



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione

Rel. n. 157

Roma, 4 settembre 2012

LA RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE DEL CHIRURGO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO:

PARTE PRIMA. LA RESPONSABILITÀ CIVILE

1. Attività chirurgica e responsabilità.
2. Gli elementi della responsabilità civile.
3. La colpa del chirurgo.
 - 3.1. I princìpi generali.
 - 3.2. La casistica.
 - 3.3. La responsabilità per colpa lieve (art. 2236 c.c.).
4. L'obbligo di informazione.
5. Il nesso di causalità.
 - 5.1. La causalità commissiva.
 - 5.2. La causalità omissiva.
 - 5.3. Nesso di causalità ed onere della prova.
 - 5.4. Il concorso di cause umane e naturali.
6. Il danno.

PARTE SECONDA. LA RESPONSABILITÀ PENALE

7. L'elemento oggettivo del reato. Il consenso informato.
8. L'elemento soggettivo.

- 8.1. La colpa penale del chirurgo.**
- 8.2. Colpa penale ed attività d'équipe.**
- 9. Il nesso di causalità.**

PARTE PRIMA

LA RESPONSABILITÀ CIVILE

1. Attività chirurgica e responsabilità.

Restano tuttora molto numerose, purtroppo, le controversie civili che vedono contrapposti pazienti e medici chirurghi, aventi ad oggetto il risarcimento d'un danno che si assume derivato dall'esercizio dell'attività medica in generale, e di quella chirurgica in particolare.

Anzi, se ci si dovesse basare soltanto sulle fattispecie portate all'attenzione dell'autorità giudiziaria, non sembra azzardato sostenere che l'attività chirurgica rappresenta quella che più frequentemente espone il medico al rischio di vedersi convenire in giudizio dal paziente.

Purtroppo la mancanza di dati statistici ampi ed esaustivi, raccolti a livello nazionale, impedisce allo stato di analizzare con esattezza questo fenomeno: non è possibile, dunque, stabilire se l'aumento del contenzioso sia dovuto ad un maggior affanno delle strutture sanitarie, ovvero ad una più intensa proclività alle liti da parte dei pazienti, od ancora ad altre cause, di tipo sociologico o psicologico.

Nondimeno, proprio questo incremento del contenzioso ha consentito alla giurisprudenza di elaborare regole e principi, ormai divenuti uniformi e condivisi, in materia di responsabilità del medico in generale, e del chirurgo in particolare.

Tali regole tuttavia non sono affatto statiche ed immutabili: la vertiginosa evoluzione della scienza e della tecnica da un lato, ed il divenire della coscienza sociale dall'altro, fanno sì che i principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica siano quotidianamente sottoposti a severi stress-test, che consentono di valutarne la perdurante validità. Non può dunque a priori escludersi che principi oggi ritenuti consolidati possano essere domani rimeditati. Del resto, gli stessi principi giurisprudenziali oggi dominanti non lo erano affatto in passato: si pensi al problema dell'accertamento del nesso causale in tema di colpa omissiva, campo nel quale si è passati dalla regola della "assoluta certezza" a quella della "ragionevole probabilità"; ovvero al problema dell'accertamento della colpa nel caso di interventi complessi, nel

quale si è passati dalla regola dell'affermazione della responsabilità del medico nei soli casi di colpa grave, a quella dell'affermazione di responsabilità in ogni caso, eccezion fatta per la colpa lieve consistita in imperizia (con esclusione, dunque, della colpa per imprudenza o negligenza); od ancora si pensi al tema del riparto dell'onere della prova, nel quale si è passati dalla regola che addossava al paziente l'onere di provare la colpa del medico, ad una regola diametralmente opposta.

I mutamenti di cui si è detto non scaturiscono, ovviamente, da un volubile capriccio degli organi giudicanti, ma da meditate riflessioni sulla funzione della responsabilità civile, alla luce del concreto atteggiarsi del rapporto medico-paziente nel divenire della coscienza sociale e dell'evoluzione scientifica. Non bisogna, infatti, dimenticare che per lungo tempo la giurisprudenza considerava il rapporto medico-paziente un *hortus conclusus* nel quale il giudice non poteva interferire, salvo il caso di errori medici manifesti e grossolani. In un passato non troppo remoto nelle aule di giustizia suonava come un'eresia ammettere che il giudice potesse sindacare nel merito la correttezza della prestazione terapeutica eseguita dal medico. "La responsabilità - si diceva - viene meno, perché manca la colpa, laddove si è nel campo della dottrina e delle opinioni disputabili, ed il medico ha seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea"; e di conseguenza ove si fosse ascritto al medico di avere violato leggi scientifiche, occorreva provare non una generica colpa, ma la "trascuranza di canoni fondamentali od elementari della medicina"¹. E' intuibile quanto un simile atteggiamento rendesse di fatto assai difficile per il paziente, spesso "parte debole" del rapporto, allegare e dimostrare in giudizio la colpa del sanitario.

Deve pertanto concludersi, alla luce di tali riflessioni preliminari, che le regole della responsabilità medica non si distillano soltanto nell'alambicco del giurista: esse scaturiscono anche dalla realtà concreta dei rapporti economici e sociali, e per questa ragione l'affinamento ed il perfezionamento di tali regole non può prescindere dal concorso di idee, di studi, di riflessioni provenienti dal mondo di chi quelle regole deve osservare.

2. Gli elementi della responsabilità civile.

¹ Sono parole di Cass. 22.12.1925, in Giur. it. 1926, I, 1, 537.

La responsabilità civile si compone di tre elementi: una condotta colposa, un danno ingiusto (cioè lesivo di un interesse giuridicamente protetto), ed un nesso di causalità tra la prima ed il secondo.

La responsabilità del chirurgo non fa eccezione a questa regola: è dunque opportuno esaminarla separatamente nei suoi tre elementi costitutivi.

Come vedremo, ciascuno di essi presenta alcune peculiarità rispetto ai principi generali in tema di responsabilità civile, il che ha indotto taluni autori prima, e la stessa Corte di cassazione poi, a descrivere la responsabilità medica come un “sottosistema” della responsabilità civile (così, per prima, Cass. 19.5.2004 n. 9471, con affermazione sovente ripetuta: da ultimo, in tal senso, si è espressa Cass. 11.11.2011 n. 23564).

3. La colpa del chirurgo.

3.1. I principi generali.

La colpa civile consiste nel tenere una condotta diversa da quella che, per legge o per comune prudenza, si sarebbe dovuta tenere.

Criterio di valutazione della colpa è la diligenza (art. 1176 c.c.): è in colpa chi non ha tenuto una condotta diligente, cioè una condotta che qualsiasi altra persona, investita del medesimo incarico, avrebbe tenuto nelle stesse circostanze.

Il chirurgo tuttavia, in quanto svolgente un’attività a contenuto professionale, nell’adempimento delle proprie obbligazioni è tenuto non già alla diligenza generica del *bonus paterfamilias*, ma alla più accurata diligenza esigibile dall’*homo eiusdem generis et condicionis*. Ciò vuol dire che tiene una condotta negligente il chirurgo il quale non si comporti come qualunque medico “ideale” avrebbe fatto nelle medesime circostanze. Ma chi è il medico “medio”? Quanto dev’essere ampia la sua cultura, quanto aggiornate le sue conoscenze, quanto ramificati i suoi contatti con gli specialisti di altre discipline?

A tal riguardo da molti anni la Corte di cassazione viene ripetendo che la diligenza esigibile dal medico deve essere

“superiore alla media”²; che la diligenza che “deve impiegare [il medico] nello svolgimento [della] professione è quella del regolato ed accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale”³.

Questa speciale diligenza esigibile dal medico “comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica”⁴, ed impone al medico non solo la corretta esecuzione della prestazione sanitaria in senso stretto, ma anche la corretta esecuzione delle attività accessorie, come l’obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato anche nella fase postoperatoria⁵. La conseguenza è che versa in colpa il medico che causi un danno per “inadeguatezza od incompletezza di preparazione”, anche se lieve, poiché il bagaglio tecnico del medico “deve necessariamente comprendere la conoscenza di tutti i rimedi che non siano ignoti alla scienza ed alla pratica della medicina”⁶.

Per la Corte di cassazione, insomma, il medico “medio” di cui all’art. 1176, comma 2, c.c., non è il medico “mediocre”, ma il medico “bravo”, anzi, “molto bravo”: un medico che si aggiorna, che va ai convegni, che studia, che si preoccupa della sorte del paziente

² Così per la prima volta, parrebbe, Cass. 15.12.1972 n. 3616, in Resp. civ. prev., 1973, 243. Il principio non è stato però sempre incontrastato: secondo Cass. civ., sez. III, 18-10-1994, n. 8470, in Foro it. Rep. 1994, Professioni intellettuali, n. 107, ad esempio, “*la disciplina generale di cui all’art. 1176 c.c. (...) importa [per il medico] l’obbligo di usare la diligenza del buon padre di famiglia*”.

³ Principio affermato per la prima volta già da Cass. 8.3.1979 n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1494, e da Cass. 22.2.1988 n. 1847, in *Arch. civ.*, 1988, 684, poi divenuto tralatizio. Tra le ultime, in tal senso, Cass. civ., sez. III, 11-03-2002, n. 3492, in Guida al dir., 2002, fasc. 24, 24; Cass. civ., sez. III, 19-05-2004, n. 9471, in Dir. e giustizia, 2004, fasc. 25, 32; Cass. 18.9.2008 n. 23846.

⁴ Cass. 3.3.1995 n. 2466, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 91, con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*; Cass. civ., sez. III, 19-05-1999, n. 4852, in Foro it., 1999, I, 2874; Cass (ord.) 29.7.2010 n. 17694, inedita.

⁵ Cass. civ., sez. III, 11-03-2002, n. 3492, in Guida al dir., 2002, fasc. 24, 24; Cass. 1.2.2011 n. 2334, in Danno e resp., 2011, 835, con nota di Bugatti, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell’onere probatorio. (Responsabilità per danni al neonato)*.

⁶ Così, ancora, Cass. 1441/79, cit.

anche quando non è tenuto ad essere presente in ospedale⁷, che consiglia al paziente tutte le alternative terapeutiche possibili e ragionevoli.

Ora, è sin troppo noto che tra la regola di diligenza di cui all'art. 1176 c.c. e l'area della responsabilità esiste un rapporto di proporzione diretta: più alta è la soglia di diligenza esigibile dal professionista, maggiore è l'area della responsabilità professionale, perché basteranno mancanze anche lievi per essere giudicati "negligenti" e, quindi, in colpa; all'opposto, più bassa è la soglia di diligenza esigibile dal professionista, minore sarà l'area della responsabilità professionale, perché per essere condannati al risarcimento occorrerà commettere mancanze macroscopiche. La giurisprudenza attuale, come si è visto, è orientata nel primo senso, sicché l'asticella della diligenza professionale minima, ex art. 1176 comma 2, c.c., per il medico è collocata molto in alto.

3.2. La casistica.

Vediamo ora in che modo i principi appena tratteggiati sono stati applicati all'attività chirurgica. Va da sé che la casistica in tale materia è sterminata: si sono trascelti tra i tanti, perciò, solo i casi rappresentativi di un trend giurisprudenziale.

Poiché, come si è visto, deve ritenersi in colpa ex art. 1176 c.c. il medico che abbia una preparazione anche solo lievemente inadeguata od incompleta, la S.C. ha ritenuto in colpa il medico che abbia **omesso di adottare un "rimedio atto a scongiurare determinate complicazioni postoperatorie"**, che fosse "acquisito

⁷ Anche con riferimento a tale principio il *leading case* è molto risalente: si tratta di Cass. 8.3.1979 n. 1441, in Giur. it., 1979, I, 1, 1494, ove si legge: "la prestazione professionale del chirurgo non si esaurisce nel compimento del puro e semplice atto operatorio, ma comprende tutto il complesso di cure e di rimedi cui il paziente deve essere assoggettato allo scopo di praticare l'intervento con il minore rischio e di assicurare in seguito un rapido e favorevole decorso dell'infermità, prevedendo o eliminando le possibili complicazioni attraverso le misure ritenute più opportune. Ne discende che, ove per il mancato compimento di tale attività, il paziente subisca un evento lesivo collegato all'insorgere di dette complicanze, non può negarsi la responsabilità del chirurgo, qualunque sia la natura, contrattuale o meno, dell'opera professionale da lui prestata nei confronti del paziente, trattandosi di compiti strettamente inerenti all'attività professionale del chirurgo, il quale è comunque tenuto al loro assolvimento quando procede ad un intervento chirurgico, indipendentemente dal rapporto giuridico in base al quale egli l'esegue e, quindi, anche se il paziente abbia concluso il contratto di prestazione d'opera professionale con il responsabile sanitario della clinica, in cui l'intervento chirurgico è stato poi effettuato. Ne tale responsabilità viene meno ove il chirurgo non abbia l'obbligo di trattarsi nella clinica ove ha effettuato l'intervento operatorio, dal momento che dal compimento dell'intervento stesso discende il suo obbligo di praticare tutti i necessari trattamenti post-operatori e quindi di fare in modo di essere prontamente avvertibile per apprestare i necessari rimedi contro possibili complicanze".

alla pratica medica perché insegnato senza contrasto da un autore di tecnica operatoria e non ripudiato da altri autori o dalle varie scuole alla stregua del progresso scientifico”.

Se poi le complicanze che quel rimedio intendeva prevenire si dovessero effettivamente verificare, l'omessa sua adozione da parte del medico-chirurgo giustifica l'affermazione di responsabilità di quest'ultimo a seguito del verificarsi delle complicazioni che il rimedio proposto tendeva ad evitare. Così, si ritenne in colpa il chirurgo che, dopo un intervento di artrodesi del ginocchio reso necessario da tubercolosi ossea, non aveva applicato un drenaggio in gomma a tutti e due gli angoli della ferita, per evitare il formarsi di raccolte ematiche negli spazi lasciati vuoti dall'intervento chirurgico⁸; ovvero il medico che, a fronte di una presentazione anomala del feto, che lo esponeva al rischio di una distocia di spalla, abbia optato per l'applicazione della ventosa in luogo del taglio cesareo (Cass. civ., sez. III, 08-09-1998, n. 8875, in Foro it. Rep. 1998, Professioni intellettuali, n. 163).

Molto frequenti sono anche le decisioni che hanno ravvisato la negligenza di cui all'art. 1176 c.c., da parte del chirurgo, **nel ritardo** col quale si è eseguito un intervento da ritenersi urgente: una fattispecie tipica assai ricorrente in tal senso è quella concernente la responsabilità dell'ostetrico-ginecologo, per ritardata esecuzione del parto cesareo pur a fronte di inequivoci sintomi di sofferenza perinatale del feto (Cass. civ., sez. III, 19-05-1999, n. 4852, in Foro it., 1999, I, 2874). Analogo è il caso della **ritardata esecuzione di esami diagnostici** in grado di inquadrare correttamente sintomi aspecifici: è stata, infatti, ritenuta colposa per negligenza la condotta del chirurgo che, sia pure a fronte di un caso clinico molto raro, aveva omesso di approfondire i sintomi manifestati dal paziente. Questo principio venne affermato in un caso in cui un paziente, operato di ernia del disco, aveva manifestato subito dopo l'intervento una paraplegia acuta, dovuta (come si scoprì solo successivamente) ad un tumore infiltrante tra l'XI e la XII vertebra dorsale. Il chirurgo, tuttavia, aveva omesso di adottare provvedimenti decisivi, ed anzi aveva disposto il trasferimento del paziente nel reparto di neurochirurgia soltanto sette ore dopo il manifestarsi della paraplegia. Chiamata a valutare tale fattispecie, la S.C. ha ritenuto corretta la decisione di merito, la

⁸ Cass. 8.3.1979 n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1494.

quale aveva ravvisato nella condotta del chirurgo gli estremi della negligenza colpevole (Cass. civ., sez. III, 19-04-2006, n. 9085, in Resp. e risarcimento, 2006, fasc. 6, 64).

Nella valutazione della diligenza del chirurgo, inoltre, non sempre costituisce una scusante la circostanza che questi sia stato chiamato ad affrontare **una urgenza esulante dalle sue competenze**, ovvero il cui trattamento esigeva strutture od apparati non disponibili presso quell'ospedale: anche in tali circostanze, infatti, il medico ha l'obbligo di "valutare con prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale", ricorrendo anche all'ausilio di un consulto se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo. Egli, inoltre, deve adottare tutte le misure necessarie per ovviare alle carenze strutturali ed organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento, ovvero, ove ciò non sia possibile, deve informare il paziente, consigliandogli, se manca l'urgenza di intervenire, il ricovero in una struttura più idonea. In applicazione di questi principi, la S.C. ha cassato la decisione della Corte di merito che aveva escluso la responsabilità dei medici del pronto soccorso i quali avevano proceduto, eseguendola scorrettamente, alla sutura del nervo ulnare di un ragazzo ricoverato per ferita da taglio al terzo inferiore del braccio destro con lesione muscolo - nervosa, senza interpellare il dirigente chirurgo, malgrado la loro inesperienza per tale tipo di intervento e la mancanza di strutture di ausilio per sopperire ad essa (Cass. civ., sez. III, 05-07-2004, n. 12273, in Dir. e giustizia, 2004, fasc. 33, 28).

Merita di essere ricordato, infine, come possa incorrere in responsabilità non solo il chirurgo il quale non esegua interventi necessari o richiesti dal paziente, ma anche quello che esegua interventi che il paziente ha **espressamente rifiutato**, a nulla rilevando che tale omissione esponga il paziente a pericolo di morte.

Va tuttavia soggiunto che tale principio, sebbene affermato in teoria, finora non ha mai condotto ad alcuna condanna al risarcimento di medici che abbiano salvato la vita al paziente, in quanto il dissenso di quest'ultimo a ricevere cure salvavita è ritenuto valido ed efficace soltanto quando sia attuale ed inequivoco: da ciò la conseguenza che il medico, di fronte ad un peggioramento imprevisto ed imprevedibile delle condizioni del paziente e nel concorso di circostanze impeditive della verifica

effettiva della persistenza di tale dissenso, può legittimamente ritenere certo od altamente probabile che esso non sia più valido e praticare, conseguentemente, la terapia già rifiutata, ove la stessa sia indispensabile per salvare la vita del paziente. In applicazione di questo principio, la S.C. ha ritenuto esente da responsabilità un medico il quale aveva eseguito una trasfusione di sangue ad un “Testimone di Geova”, che all’atto del ricovero in ospedale aveva dichiarato di rifiutare trasfusioni di sangue, ma le cui condizioni si erano drasticamente aggravate nel corso dell’intervento chirurgico, e non vi era possibilità di interpellare altri soggetti legittimati in sua vece (Cass. civ., sez. III, 23-02-2007, n. 4211, in Danno e resp., 2008, 27).

3.3. La responsabilità per colpa lieve (art. 2236 c.c.).

La responsabilità del medico – come quella di qualsiasi altro professionista – è attenuata dal disposto dell’art. 2236 c.c., in virtù del quale “se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”, il professionista risponde soltanto se versa in colpa grave.

Tuttavia l’elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni ha, per i medici come per gli altri professionisti, in vario modo delimitato la portata dell’art. 2236 c.c.

Tale norma infatti è pacificamente ritenuta inapplicabile:

- (a) nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione;
- (b) nel caso di colpa per imprudenza o per negligenza.

Che l’art. 2236 c.c. sia applicabile ai soli casi di colpa per imperizia, non a quelli di colpa per imprudenza o negligenza, è principio affermato dalla S.C. ormai da molti anni, in base al rilievo che se la colpa è consistita in una mancanza di perizia, l’accertamento di essa da parte del giudice non può essere necessariamente “rigoroso”, in quanto il giudice deve tener conto che la patologia è sempre condizionata, nelle sue manifestazioni concrete, dalla individualità biologica del paziente; che i dati nosologici non sono tassativi e che è sempre possibile un errore di apprezzamento dei riscontri clinici, sicché il giudizio diagnostico può, con frequenza, risultare errato. Di conseguenza, se il medico è stato imperito, egli risponde soltanto se versi in colpa grave (a meno che, come si è detto, l’intervento non fosse routinario o di facile esecuzione (così Cass., sez. III, 18-11-1997, n. 11440: da ultimo, nello stesso senso, Cass. civ., sez. III, 28-05-2004, n.

10297, in Danno e resp., 2005, 26). Se, invece, la colpa è consistita in una mancanza di diligenza, l'esame deve essere particolarmente rigoroso, perché la tutela della salute, che viene affidata al medico, impone a questi l'esercizio della massima attenzione⁹.

Deve altresì aggiungersi che, col tempo ed a causa del progresso tecnologico e delle tecniche chirurgiche, la giurisprudenza è venuta slargando l'area degli interventi ritenuti "di speciale difficoltà", ai sensi dell'art. 2236 c.c.

Sono stati ritenuti interventi di non speciale difficoltà, ad esempio:

-) un intervento di polipectomia endoscopica (Cass. 8.10.2008 n. 24791, in Danno e resp. 2009, 414);

-) la diagnosi precoce nel neonato della fenilchetonuria (Cass. 2.2.2005 n. 2042, in **R**agiusan, 2005, 365);

-) l'esecuzione per via naturale di parto rivelatosi distocico per la microsomia del feto ed il prolungarsi del periodo gestazionale sino alla 43° settimana (Cass. 13.1.2005 n. 583, in Giust. civ., 2006, I, 2186);

-) la corretta immobilizzazione delle articolazioni di un arto ustionato (Cass. 3.3.1995 n. 2466, in Giur. it., 1996, I, 1);

-) l'elettroshock (Cass. 15.12.1972 n. 3616, in Resp. civ. prev., 1973, 243).

4. L'obbligo di informazione.

Si è detto (supra, § 3) che per la giurisprudenza versa in colpa il chirurgo il quale viola, ignora o applica male le regole tecniche elaborate dalla comunità scientifica per l'esecuzione dell'attività diagnostica e terapeutica.

Tuttavia una colpa civile del chirurgo può sorgere non solo dalla violazione delle *leges artis* (o *guidelines*), ma anche dalla violazione dell'obbligo di informare il paziente in merito ai rischi, ai vantaggi, alle alternative dell'intervento.

Fondamento e limiti di tale colpa per negligenza sono ormai consolidati nella giurisprudenza, e possono così riassumersi:

(a) l'obbligo di informazione scaturisce da un set di fonti normative diverse: dagli artt. 2, 13 e 32 della costituzione; dall'art. 5 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, adottata dal

⁹ La sentenza capostipite in tal senso sembra essere Cass., 11-07-1980, in Riv. pen., 1981, 283.

Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 19.11.1996, ed aperta alla firma il 4.4.1997 (non ancora attuata dall'Italia), il quale stabilisce che “un intervento nel campo della salute può essere effettuato dopo che la persona interessata ha dato un **consenso libero ed informato**. La persona interessata può liberamente revocare il consenso in qualsiasi momento”; dagli artt. da 33 a 39, e dall'art. 16, del “Codice di deontologia medica”, approvato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici chirurghi ed odontoiatri il 16.12.2006;

(b) il consenso all'atto medico non costituisce rimozione di un ostacolo all'esercizio di un'attività (quella medica) altrimenti illecita, ma rappresenta esercizio di un diritto di libertà; esso, pertanto, è necessario per qualsiasi intervento medico, sia esso di diagnosi o di cura (tali principi sono pacificamente affermati dalla S.C. a partire dalla sentenza 6.12.1968 n. 3906, inedita, in seguito sempre conforme: da ultimo in tal senso si vedano Cass. 28.11.2007 n. 24742; Cass. 2.7.2010 n. 15698).

Perché la volontà del paziente di consentire all'intervento medico possa dirsi liberamente formata, è necessario che il paziente stesso abbia ricevuto una informazione completa e dettagliata. L'informazione fornita deve comprendere, in particolare:

(a) la natura dell'intervento o dell'esame (se sia cioè distruttivo, invasivo, doloroso, farmacologico strumentale, manuale, ecc.);

(b) la portata e l'estensione dell'intervento o dell'esame (quali distretti corporei interessi);

(c) i rischi che comporta, anche se ridotti (come effetti collaterali, indebolimento di altri sensi od organi, ecc.);

(d) la percentuale verosimile di successo;

(e) la possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi, ed i rischi di questi ultimi (in questo senso, ex multis, Cass. 25.11.1994 n. 10014, in Foro it., 1995, I, 2913 cit., e Cass. 15.1.1997, n. 364, in Foro it., 1997, I, 771);

(f) le eventuali inadeguatezze della struttura ove l'intervento dovrà essere eseguito (Cass. 21.7.2003 n. 11316).

In altri termini, il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni rischio ed ogni alternativa: “nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la **portata** dell'intervento, le inevitabili **difficoltà**, gli **effetti conseguibili** e gli eventuali **rischi**, sì da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo,

attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito (...), non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento" (Cass. 15.1.1997 n. 364, in Foro it., 1997, I, 771; ma in senso sostanzialmente conforme, si vedano già Cass. 26.3.1981 n. 1773 e Cass. 9.3.1965 n. 375, in Foro it. 1965, I, 1040).

Il giudice di legittimità ha dunque posto limiti rigorosi all'obbligo di informazione: esso comprende tutti i rischi prevedibili, anche se la loro probabilità è minima; mentre non comprende i rischi anomali, cioè quelli che possono essere ascritti solo al caso fortuito.

E' quindi in colpa (da inadempimento contrattuale) sia il medico che non fornisca al paziente le necessarie informazioni, sia quello che le fornisca in modo insufficiente, sia quello che le fornisca in modo errato (Cass. 28.11.2007 n. 24742).

Deve aggiungersi che, in materia di completezza dell'informazione fornita al paziente, la giurisprudenza di legittimità ha distinto tra intervento a fini funzionali ed intervento di chirurgia estetica.

Nel primo caso, il paziente deve essere informato soprattutto sui possibili rischi dell'operazione; nel secondo caso, invece, il paziente deve essere informato sulla effettiva conseguibilità di un miglioramento fisico (Cass., 12-06-1982 n. 3604, in Giust. civ., 1983, I, 939). Pertanto, nel caso di chirurgia estetica, l'informazione da fornire deve essere assai più penetrante ed assai più completa (specie con riferimento ai rischi dell'operazione) di quella fornita in occasione di interventi terapeutici (Cass. 08-08-1985 n. 4394, in Foro it., 1986, I, 121).

Il consenso, inoltre, deve essere **continuato**. Esso non può essere prestato una tantum all'inizio della cura, ma va richiesto e riformulato per ogni singolo atto terapeutico o diagnostico, il quale sia suscettibile di cagionare autonomi rischi. La Corte Suprema è stata su questo punto molto chiara: "è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in équipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentino, nelle varie fasi, rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l'obbligo di

informazione si estende anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi” (Cass. 15.1.1997 n. 364, in Foro it. 1997, I, 771).

A tale regola si fa eccezione nel caso di interventi urgenti, anche quando l’urgenza non sia assoluta: in tal caso, il consenso consapevole prestato dal paziente che si considera implicitamente esteso anche alle operazioni “complementari”, qual è quella di sostegno, durante l’intervento, delle risorse ematiche del paziente, che siano assolutamente necessarie e non sostituibili con tecniche più sicure (Cass. 26.9.2006 n. 20832).

Molto delicato è il problema di chi debba dare il consenso all’atto medico.

Per essere efficace, il consenso all’attività medica deve essere prestato da soggetto **capace di intendere e di volere**. Quando il paziente è legalmente e naturalmente capace, soltanto lui è titolare del potere di consentire o rifiutare l’intervento. La giurisprudenza – anche su tale questione mutando il proprio precedente orientamento – ha radicalmente escluso che, quando il paziente sia compos sui, il consenso all’intervento possa essere richiesto ai congiunti più stretti (ad esempio, al fine di evitare traumi al malato): perciò non sarà responsabile il medico che esegua una terapia necessaria ma non voluta dal paziente, quando il dissenso di quest’ultimo non era né noto, né presumibile al medico (Cass. 23.2.2007 n. 4211).

Per il soggetto legalmente incapace, il consenso deve essere prestato da chi ne ha la rappresentanza legale (il genitore od il tutore).

Il consenso non può tuttavia essere prestato dal soggetto che, pur legalmente capace, si trovi in concreto in stato d’incapacità di intendere e di volere (Cass. 6.12.1968 n. 3906, in Resp. civ. prev. 1970, 389). In quest’ultimo caso, qualora vi sia l’urgenza e l’indifferibilità di un trattamento terapeutico anche rischioso, il medico non andrà tuttavia incontro a responsabilità di sorta per avere omesso di informare il paziente, in quanto la sua condotta sarebbe comunque giustificata dalla necessità di evitare un danno grave alla salute od alla vita del paziente, ai sensi dell’art. 54 c.p.

Va segnalato comunque che la S.C., sul punto qui in esame ha, sensibilmente ridotto l’area di responsabilità del medico, stabilendo che la mancanza del consenso del paziente al trattamento sanitario è irrilevante non soltanto quando il medico abbia agito in stato di necessità ex art. 54 c.p., ma anche quando questo stato di

necessità, oggettivamente inesistente, sia stato soltanto supposto dal medico, senza sua colpa (Cass. 23.2.2007 n. 4211; Cass., 15.11.1999 n. 12621; nella stessa decisione è contenuta, sia pure obiter dictum, un'altra importante affermazione: l'applicazione del principio di cui all'art. 2236 c.c. non solo alle ipotesi di malpractice in senso stretto, ma anche alle ipotesi di omessa informazione).

Una significativa evoluzione della giurisprudenza di legittimità, in senso meno gravoso per il medico convenuto in giudizio, si è registrata sul delicato problema delle conseguenze della violazione dell'obbligo di informazione.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale a lungo dominante, nel caso di omessa informazione del paziente il medico rispondeva dell'insuccesso dell'intervento, anche se in concreto non fosse a lui addebitabile alcuna colpa (Cass. 14.3.2006 n. 5444; Cass. 24.9.1997 n. 9374, in Resp. civ. prev. 1998, 78).

Questo orientamento, che aveva ricevuto non poche critiche in dottrina (in quanto consentiva la condanna del medico anche in assenza della prova di un valido nesso di causalità tra omissione e danno) è stato di recente **abbandonato**. La S.C., infatti, ha rivisto le proprie posizioni al riguardo, ritenendo che in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito secondo le *leges artis*, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, il medico che abbia violato l'obbligo di informazione può essere chiamato a risarcire il danno alla salute patito dal paziente solo se questi dimostri che, se fosse stato compiutamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute (Cass. 9.2.2010 n. 2847).

5. Il nesso di causalità.

5.1. La causalità commissiva.

Nei giudizi di accertamento della responsabilità del chirurgo uno degli snodi cruciali dell'istruzione è spesso l'accertamento di un valido nesso causale tra la condotta del medico ed il pregiudizio lamentato dal paziente.

Da un lato, infatti, l'opera del chirurgo si innesta di norma su un quadro clinico già compromesso; dall'altro lato la malattia è spesso un fenomeno multifattoriale, concausato da predisposizioni

soggettive o concause esterne rispetto all'operato del medico. Di qui la difficoltà di stabilire se il peggioramento delle condizioni di salute possa effettivamente ascriversi eziologicamente alla condotta del sanitario, o se esso piuttosto non si sarebbe verificato in ogni caso.

E tuttavia l'accertamento del nesso di causalità resta, a tutt'oggi, uno degli elementi più tormentati della responsabilità medica.

E' largamente ricevuto l'insegnamento secondo cui ai fini dell'accertamento della responsabilità del chirurgo occorre accertare un duplice nesso causale: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. **causalità materiale**), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (c.d. **causalità giuridica**). La distinzione fra causalità materiale e giuridica è pacifica nella giurisprudenza di legittimità¹⁰.

Secondo questa impostazione, nel caso di responsabilità per danno alla salute in ipotesi derivante da colpa del medico, occorre in primo luogo stabilire se dalla azione od omissione del medico sia derivata una lesione della salute; quindi – in caso affermativo – accertare quali conseguenze dannose (in termini di sofferenza, compromissione della validità psicofisica, pregiudizi patrimoniali) ne siano derivate. L'obbligo risarcitorio sorge dunque allorché siano positivamente accertati tre fatti giuridici (condotta, lesione e danno), legati da due nessi causali (causalità materiale tra la condotta e la lesione, causalità giuridica tra quest'ultima ed il danno).

Secondo il giudice di legittimità, l'accertamento del nesso di causalità materiale (quello tra condotta ed evento) deve essere compiuto, in qualsiasi branca del diritto, alla luce dei principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p. Per contro, il nesso di causalità giuridica (quello tra evento e danno) va accertato in base al principio posto dall'art. 1223 c.c.

In base a questo criterio, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che un valido nesso causale tra condotta e danno può ritenersi sussistente allorché ricorrano due condizioni:

(a) che la condotta abbia costituito un antecedente necessario dell'evento, nel senso che questo rientri tra le conseguenze "normali" del fatto (con l'avvertenza che il concetto di "normalità" non coincide con quello di "frequenza");

¹⁰ *Ex multis*, si vedano in particolare Cass., sez. III, 02-02-2001, n. 1516, in Riv. giur. circolaz. e traspr., 2001, 291, e soprattutto la "storica" decisione sul "caso Meroni" resa da Cass. sez. un. 26 gennaio 1971 n. 174.

(b) che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano eziologico, dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento¹¹.

Per quanto attiene ai criteri in base ai quali stabilire la sussistenza del nesso causale tra condotta illecita e lesione dell'interesse, si afferma che il giudice non deve fare ricorso né alla causalità naturalistica intesa in senso stretto (il che porterebbe a ritenere «causa» di un evento tutta la sterminata serie di precedenti senza i quali il fatto non si sarebbe potuto verificare); né alla causalità statistica (impossibile da applicare per la mancanza di rilevazioni oggettive); né alla intuizione del giudice, anche se fondata sulla logica. Secondo la S.C., il nesso di causalità va invece accertato “valutando tutti gli elementi della fattispecie, al fine di stabilire se il fatto era obiettivamente e concretamente (cioè con riferimento a quel singolo caso contingente) idoneo a produrre l'evento”¹².

In applicazione di tale principio si è affermato che l'accertamento del nesso causale tra condotta illecita ed evento di danno non è necessaria la dimostrazione di un rapporto di consequenzialità necessaria tra la prima ed il secondo, ma è sufficiente la sussistenza di un rapporto di **mera probabilità scientifica**. Pertanto il nesso causale può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile¹³.

L'effetto pratico di questa impostazione teorica è che un nesso causale tra la condotta (commissiva) del medico ed il danno lamentato dal paziente può ravvisarsi non solo quando vi sia in tal senso una certezza scientifica, ma anche quando sussista unicamente “un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica”, purché “qualificata” da ulteriori elementi idonei a

¹¹ *Ex multis*, Cass. 5.1.2010 n. 25; Cass. 30.10.2009 n. 23059; Cass. 7-7-2009 n. 15895; Cass., sez. III, 15-02-2003, n. 2312, in *Dir. e giustizia*, 2003, fasc. 10, 45; Cass., sez. III, 22-10-2003, n. 15789, in *Foro it. Rep.* 2003, Responsabilità civile, n. 164; Cass., sez. III, 10-05-2000, n. 5962, in *Arch. circolaz.*, 2000, 840.

¹² Cass. 30.10.2009 n. 23059; Cass., sez. III, 11-09-1998, n. 9037, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1999, 86.

¹³ Cass. 30.10.2009 n. 23059 (la quale ha escluso la sussistenza del nesso causale tra l'incendio scoppiato in un immobile e la morte di una persona ivi residente per edema polmonare acuto, nesso invocato invece dagli eredi della vittima i quali allegavano che lo spavento causato dall'incendio aveva accelerato l'esito letale della malattia; cfr. anche Cass. 26.6.2007 n. 14759).

tradurre in certezze giuridiche le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici¹⁴.

L'accertamento del nesso causale, da compiere secondo il criterio appena indicato, deve essere preliminare ad ogni altro, ed in particolare a quello della colpa. Ciò vuol dire che il giudice di merito deve accertare separatamente dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno, e quindi valutare se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa. Sulla base di questo principio è stata ritenuta viziata la decisione la quale aveva escluso il nesso causale per il solo fatto che il danno non potesse essere con certezza ascritto ad una condotta colposa, posto che il suddetto nesso deve sussistere non già tra la colpa ed il danno, ma tra la condotta ed il danno, mentre la sussistenza dell'eventuale errore rileverà sul diverso piano della imputabilità del danno a titolo di colpa¹⁵.

In sintesi, dunque, in tema di causalità commissiva tra atto medico e danno al paziente i principi affermati dal giudice di legittimità sono così riassumibili:

(a) il nesso eziologico va accertato col criterio della "causalità adeguata";

(b) causalità adeguata vi è ogni qual volta sia "ragionevole" ritenere che la condotta del medico abbia causato il danno;

(c) è ragionevole ritenere che la condotta del medico abbia causato il danno quando vi sia in tal senso anche solo una mera probabilità scientifica, corroborata però da ulteriori elementi oggettivi.

Nondimeno, se tali principi sono pacifici a livello teorico, è doveroso riconoscere che l'applicazione pratica di essi non sempre ha condotto a risultati univoci.

Ne è un esempio il caso deciso da Cass. 8.7.2010 n. 16123, inedita, nel quale la Corte di cassazione è giunta ad affermare che essendo il medico "tenuto a espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso". In questo

¹⁴ Cass. civ., sez. III, 11-11-2005, n. 22894, in Foro it. Rep. 2005, Professioni intellettuali, n. 215.

¹⁵ Cass. 26.6.2007 n. 14759.

caso specifico, pertanto, al paziente non è stato necessario provare la sussistenza della “probabilità scientifica” d’un valido nesso tra la condotta colposa del medico ed il risultato indesiderato, ma è stato sufficiente dimostrare soltanto la colpa del medico ed il peggioramento del proprio stato, tanto bastando per la S.C. a ritenere in via presuntiva sussistente il nesso di causalità.

5.2. La causalità omissiva.

Vari contrasti, in questo caso però recentemente risolti, hanno diviso la giurisprudenza in merito all’individuazione dei criteri di accertamento del nesso di causalità tra la condotta omissiva del medico ed il danno lamentato dal paziente.

Per molto tempo, la giurisprudenza penale del giudice di legittimità si era divisa tra quanti ritenevano che, nel caso di colpa omissiva, l’autore rispondesse del danno quante volte la condotta omessa avrebbe avuto “serie ed apprezzabili possibilità” di evitare il danno¹⁶, e quanti invece esigevano la “certezza ragionevole” che la condotta omessa avrebbe evitato il danno.

Le Sezioni Unite penali della S.C., componendo il contrasto medio tempore insorto in seno alle sezioni semplici, hanno abbandonato la vecchia nozione di “serie ed apprezzabili possibilità di successo”, e sancito per contro l’obbligo di fare ricorso a diversi criteri logici di accertamento del nesso causale, che possono essere così riassunti:

(a) per quanto attiene all’accertamento del nesso causale tra omissione e danno, resta valido il ricorso al “giudizio controfattuale”, ossia a quella particolare astrazione consistente nell’ipotizzare quali sarebbero state le conseguenze della condotta alternativa corretta omessa dal medico;

(b) per quanto attiene al grado di probabilità, in base al quale stabilire astrattamente se l’effettuazione della condotta omessa avrebbe evitato il danno, occorre avere riguardo non già alla mera “probabilità statistica” desunta da eventuali precedenti, ma al differente concetto di “probabilità logica”, la quale deve essere prossima alla certezza;

¹⁶ In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. IV, 24-02-2000, in Ced Cass., rv. 216732; Cass., sez. IV, 05-10-2000, in Riv. pen., 2001, 452; Cass., sez. IV, 01-10-1999, in Dir. pen. e proc., 2001, 469.

(c) la “probabilità logica”, a sua volta, va accertata collazionando le probabilità statistiche di successo dell’intervento omissivo con tutte le circostanze del caso concreto, quali risultanti dal materiale probatorio raccolto (Cass. sez. un. 11.9.2002 n. 30328, in Dir. e giust., 2002, fasc. 35, 21, ma specialmente 26–27).

Al criterio delle “serie ed apprezzabili possibilità di successo”, pertanto, era venuto a sostituirsi quello della “alta o elevata credibilità razionale” del giudizio controfattuale.

Tuttavia, sebbene il nesso di causalità materiale sia disciplinato anche in materia civile dagli artt. 40 e 41 c.p., le sezioni civili della Cassazione non si sono uniformate all’interpretazione che di tali norma hanno dato le sezioni penali.

Al contrario, hanno continuato ad affermare che il giudizio controfattuale possa ritenersi soddisfatto, in tema di colpa omissiva, quando si possa ritenere che, in presenza della condotta omissiva, il danno avrebbe avuto “serie ed apprezzabili possibilità” di non accadere¹⁷.

Questo “scostamento” tra i criteri di accertamento della causalità omissiva in sede penale rispetto alla sede civile è stato definitivamente sancito dalla importante decisione pronunciata da Cass. sez. un. 11.1.2008 n. 581, nella quale si è definitivamente stabilito che ai fini del risarcimento del danno il nesso causale tra una condotta omissiva e l’evento dannoso deve ritenersi sussistente ogni qual volta possa affermarsi, in base alle circostanze del caso concreto, che la condotta alternativa corretta avrebbe impedito l’avverarsi dell’evento con una probabilità superiore al 50%, secondo la regola del “più sì che no”.

Quindi, mentre per la Cassazione penale il nesso causale tra omissione ed evento esige l’accertamento che senza l’omissione il danno non si sarebbe verificato “con alta o elevata credibilità razionale”, per la Cassazione civile il nesso causale tra omissione ed evento non esige la certezza assoluta che senza la condotta il danno sarebbe accaduto, ma semplicemente la ragionevole probabilità di ciò¹⁸. Con l’ulteriore precisazione che una “probabilità ragionevole” non è necessariamente quella che abbia statisticamente una

¹⁷ Cass. 11-5-2009 n. 10743; Cass. 26.6.2007 n. 14759; Cass., sez. III, 04-03-2004, n. 4400, in Foro it., 2004, I, 1403, nonché in Corriere giur., 2004, 1010, con nota di VITI; in Dir. e giustizia, 2004, fasc. 14, 38. Nello stesso senso, peraltro, si veda già Cass., 13-05-1982, n. 3013, in Foro it. Rep. 1982, *Professioni intellettuali*, n. 45.

¹⁸ Così Cass. 11-5-2009 n. 10741.

probabilità di accadimento superiore al 50%, ma è quella da ritenersi tale in base ad una analisi logico deduttiva del singolo caso, e dunque ben potrebbe ritenersi “ragionevole” una probabilità inferiore al 50%.

5.3. Nesso di causalità ed onere della prova.

Una terza peculiarità dell'accertamento del nesso di causa tra la condotta del chirurgo e il danno lamentato dal paziente riguarda l'onere della prova.

In linea generale, infatti, l'onere della prova del nesso causale tra condotta del medico e danno spetta alla vittima (Cass. 11.5.2009 n. 10743). Il giudice di legittimità ha tuttavia ammesso la possibilità di pronunciare un giudizio di condanna nei confronti del medico in base ad un nesso di causalità – per così dire – “presunto”: più esattamente, per questo orientamento, quando non è possibile stabilire se la morte di un paziente sia stata causata dall'incuria del medico curante o da altre cause, e l'incertezza derivi dalla incompletezza della cartella clinica o dall'omesso compimento di altri adempimenti ricadenti sul medico, quest'ultimo deve ritenersi responsabile del decesso, allorché la sua condotta sia stata astrattamente idonea a causarlo¹⁹.

Questo principio è stato affermato persino in un caso in cui la probabilità che il danno fosse stato causato dalla condotta del medico appariva addirittura minore rispetto ad altre possibili cause, in base al rilievo che “il difetto di accertamento del fatto astrattamente idoneo ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento non può essere invocato, benché sotto il profilo statistico quel fatto sia “più probabile che non”, da chi quell'accertamento avrebbe potuto compiere e non l'abbia, invece, effettuato” (Cass. 17.2.2011 n. 3847).

Pertanto, quando applica il principio della causalità adeguata alla materia della responsabilità del medico, la corte sembra aggiungervi un ulteriore corollario in materia di riparto dell'onere della prova, che può essere così riassunto:

(a) se è accertato che il medico ha posto in essere un antecedente causale astrattamente idoneo a produrre il danno;

¹⁹ Cass. 13.9.2000 n. 12103, in Dir. e giust., 2000, fasc. 34, 33; Cass. 21.7.2003 n. 11316; Cass. 27.4.2010 n. 10060; cfr. altresì, sull'obbligo di tenuta della cartella clinica, Cass. 18.9.2009 n. 20101.

(b) se non è accertato se, nella specie, il danno sia stato effettivamente causato dalla condotta del medico;

(c) in simili evenienze, incombe sul medico l'onere di provare concretamente, se vuole andare esente da responsabilità, che il danno è dipeso da un fattore eccezionale ed imprevedibile.

5.4. Il concorso di cause umane e naturali.

L'accertamento del nesso di causalità, specie tra la condotta del medico ed il danno alla salute del paziente, ha fatto registrare decisioni discordi in seno al giudice di legittimità nell'ipotesi in cui alla produzione del danno abbia concorso sia il fatto umano (la condotta del medico), sia cause naturali, quali la predisposizione del paziente o patologie pregresse di cui era portatore.

Per la comprensione di tale problema occorre ricordare come, per lunghi anni, la Corte di cassazione aveva costantemente affermato che se alla produzione dell'evento di danno concorrono la condotta dell'uomo e cause naturali, il responsabile non può invocare alcuna riduzione della propria responsabilità, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile (così, ex plurimis, Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2007, n. 7577; Cass. civ., sez. lav., 9 aprile 2003, n. 5539).

Poi, nel 2009, la Corte di legittimità aveva mutato avviso proprio nel decidere un caso di colpa medica, con la sentenza pronunciata da Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975.

Il caso oggetto di quest'ultima decisione riguardava la vicenda di un paziente, già infartuato, al quale i chirurghi nel corso di un intervento procuravano un'emorragia in conseguenza della lesione accidentale di un vaso sanguigno. Dopo l'emorragia il paziente pativa un secondo infarto che lo conduceva a morte: sicché era sorto il problema di stabilire se la morte fosse stata causata dall'emorragia, ovvero se il secondo infarto fosse sopravvenuto per un fattore autonomo, quale naturale sviluppo dello stato di salute in cui il paziente si trovava al momento del ricovero.

La Corte nel decidere questa vicenda, dopo avere ribadito il tradizionale principio secondo cui il nesso di causalità tra la condotta e l'illecito sussiste, ai sensi dell'art. 40 c.p., a condizione che senza la prima il secondo non si sarebbe mai potuto verificare,

ha sentito il bisogno di aggiungere, a mo' di obiter dictum, che in ogni caso il giudice di merito, cui sarebbe stata rinviata la causa, nella liquidazione del danno avrebbe dovuto tenere conto delle gravi condizioni di salute del paziente, preesistenti all'intervento.

In particolare, ove avesse accertato che la morte del paziente fu determinata da un concorso di causa (la condotta imperita dei sanitari e le pregresse condizioni di salute), secondo la S.C. il giudice di merito avrebbe dovuto "procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo". Anche nel caso di incertezza sulle cause dell'illecito dovrebbe infatti trovare applicazione l'art. 1226 c.c., per evitare di addossare tutto il risarcimento del danno al responsabile di una sola porzione di esso.

Questa conclusione venne corroborata poi da due rilievi: sia l'art. 2055 c.c., in tema di regresso fra condebitori solidali; sia l'art. 1227 c.c., in tema di concorso colposo della vittima nella produzione del danno, prevedono che la misura del regresso e – rispettivamente – la riduzione del risarcimento siano determinate in funzione delle conseguenze derivate dalla condotta del condebitore o della vittima, in tal modo ammettendo che il nesso di causalità possa essere concettualmente frazionato.

L'effetto di questa sentenza, di fatto, fu quello di circoscrivere l'area della responsabilità medica. Infatti, quando il paziente avesse invocato la responsabilità del sanitario che l'aveva avuto in cura, ma fosse emerso che comunque alla produzione del danno alla persona del paziente aveva concorso non solo l'opera del medico, ma anche le pregresse condizioni di salute del paziente stesso, si consentiva al giudice di ridurre in via equitativa – ai sensi dell'art. 1226 c.c. – l'ammontare del risarcimento.

Il principio affermato dalla sentenza 975/09 è stato però successivamente abbandonato dalla sentenza 21 luglio 2011 n. 15991 della Corte di cassazione.

La sentenza più recente ha rilevato come la soluzione adottata nel 2009 (e cioè la graduabilità della responsabilità del medico in funzione delle pregresse condizioni del paziente) confondeva due diversi nessi di causalità: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. causalità materiale, disciplinata dall'art. 40 c.p.), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (c.d. causalità giuridica, disciplinata dall'art. 1223 c.c.: cfr. supra, § 3.1).

La circostanza che un paziente, prima dell'intervento rivelatosi infausto, fosse portatore di patologie pregresse non può mai comportare - ha stabilito Cass. 15991/11 - il "frazionamento" del nesso di causalità tra condotta e danno. Tale nesso o c'è o manca, senza che sia possibile alcuna graduazione percentuale. Pertanto, quand'anche il medico abbia con la propria azione od omissione fornito un contributo causale solo dell'1% alla produzione del danno, il quale è dovuto per il resto al concorso di cause naturali, egli dovrà comunque risponderne per intero.

Le pregresse condizioni di salute del paziente, e più in generale il concorso di concause naturali alla produzione del danno, vengono invece in rilievo nel momento della liquidazione del danno: più esattamente, nella selezione, tra tutte le conseguenze provocate dall'errore medico, delle sole che siano giuridicamente risarcibili, quali conseguenze immediate e dirette dell'illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c.

Sotto questo profilo, la sentenza 15991/11 si spinge a suggerire una autentica tassonomia dei casi più frequentemente ricorrenti:

(a) se il paziente era già malato od invalido, e l'atto medico aggrava le sue condizioni di salute, il danno va liquidato considerando quale sarebbe stata la condizione del paziente se non ci fosse stato l'errore medico;

(b) se il paziente era già "affetto da patologie prive di effetti invalidanti", e l'atto medico gli causa un danno alla salute, il danno va liquidato senza tenere conto dello stato pregresso del paziente;

(c) se il paziente era affetto da una patologia non letale, e l'errore del medico ne causa la morte, lo stato di salute pregresso:

(c') è irrilevante ai fini della liquidazione del danno patito iure proprio dai familiari della vittima;

(c'') può giustificare la riduzione del risarcimento dell'eventuale danno alla salute patito dalla vittima primaria e trasmesso iure successionis agli eredi;

(d) se il paziente era già affetto da una malattia letale, ma l'errore del medico ne accelera la morte, le sue pregresse condizioni di salute possono giustificare una riduzione del risarcimento spettante iure proprio ai familiari, in proporzione dello scarto temporale tra la durata della vita effettivamente vissuta e quella che la vittima, in assenza dell'errore medico, avrebbe verosimilmente potuto sperare.

6. Il danno.

In linea generale, il danno del quale il paziente può chiedere il ristoro al medico dal quale è stato malamente curato non differisce da quello che qualsiasi altra persona, lesa nella salute per qualsivoglia causa, può domandare al responsabile dell'illecito: esso si compone del pregiudizio non patrimoniale (inclusivo del danno biologico od alla salute), e del danno patrimoniale, consistente di norma nelle spese di cura e nell'eventuale riduzione della capacità di guadagno.

Sarebbe ovviamente ultroneo in questa sede, dare conto dei principi che presiedono all'accertamento ed alla liquidazione del danno non patrimoniale e di quello patrimoniale. Tuttavia è doveroso ricordare come anche sul piano del danno risarcibile la giurisprudenza abbia elaborato dei principi ad hoc nel campo della responsabilità medica.

Innanzitutto, la circostanza che, dopo l'intervento, il paziente non sia peggiorato rispetto allo stato quo ante, non basta di per sé ad escludere l'esistenza d'un danno risarcibile. Secondo la S.C., infatti, "risultato anomalo" dell'intervento che è fonte di responsabilità del chirurgo sussiste non solo in presenza di aggravamento dello stato morboso, o in caso di insorgenza di una nuova patologia, ma anche quando l'esito non abbia prodotto il miglioramento costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto. In applicazione di questo principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito la quale, accertato che un intervento di settorinoplastica non aveva migliorato le condizioni del paziente, aveva ciononostante ritenuto la condotta del medico esente da responsabilità (Cass. civ., sez. III, 13-04-2007, n. 8826, in Giur. it., 2008, 63).

In secondo luogo, la circostanza che il paziente fosse comunque affetto da una malattia grave, od addirittura incurabile, non vale di per sé ad escludere la sussistenza d'un danno risarcibile, nel caso di errore del chirurgo (vuoi per omessa diagnosi, vuoi per imperita esecuzione dell'intervento), quando per effetto di tale errore:

(a) il paziente abbia trascorso la parte terminale della sua vita in condizioni peggiori di quelle in cui si sarebbe altrimenti trovato, oppure

(b) sia andata perduta dal paziente anche solo la chance di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti (Cass. 18.9.2008 n. 23846).

Tuttavia, in tali casi, la liquidazione del danno dovrà pur sempre avvenire tenendo conto del momento in cui il danno (alla salute od alla vita) si sarebbe comunque prodotto naturalmente (Cass. 12.7.1999 n. 7345).

Infine, nella liquidazione del danno alla salute causato da un errore del chirurgo, la giurisprudenza ritiene irrilevante ai fini della riduzione del risarcimento, ai sensi dell'art. 1227 c.c., la circostanza che il paziente abbia rifiutato di sottoporsi ad intervento chirurgico correttivo, al fine di diminuire l'entità del danno, atteso che non può essere configurato alcun obbligo a suo carico di sottoporsi all'intervento stesso e non essendo perciò, quel rifiuto, inquadrabile nell'ipotesi di concorso colposo del creditore, previsto dall'art. 1227 cod. civ. (Cass. 3.2.1990 n. 772; Cass. 5.7.2007 n. 15231; Cass. 10.5.2001 n. 6501).

PARTE SECONDA

LA RESPONSABILITÀ PENALE

7. L'elemento oggettivo del reato. Il consenso informato.

L'errore d'un chirurgo, a livello teorico, può integrare gli estremi di varie fattispecie criminose: le lesioni colpose, l'omicidio colposo, la violenza privata.

Elemento oggettivo di questi, come di tutti i reati, è una condotta imputabile, un evento (ove previsto dalla legge), ed il nesso causale tra condotta ed evento.

La condotta medica, come già visto trattando della responsabilità civile del sanitario, è lecita solo in presenza di un consenso libero ed informato del paziente: e tale principio non soffre deroga allorché viene in rilievo la responsabilità penale del chirurgo. Anche in questo caso il consenso espresso dal paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non

è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato (Sez. 4, Sentenza n. 11335 del 16/1/2008, dep. 14/3/2008, Rv. 238968).

Nondimeno, sebbene nessuno dubiti dell'imprescindibilità del consenso del paziente per trasformare un atto illecito (la violazione dell'integrità psico-fisica) in un atto lecito, esso in ambito penale viene inquadrato in due modi diversi: da taluni l'esistenza del consenso è considerata alla stregua di una causa di giustificazione, ricondotta alla previsione dell'art. 50 c.p. a presidio del diritto all'integrità fisica; secondo altri, invece, il consenso costituisce una causa di esclusione della tipicità dell'illecito penale, a tutela del diritto alla libertà morale della persona.

Ed infatti, il consenso del paziente ad un trattamento medico – che non si identifica con quello di cui all'art. 50 cod. pen., ma che costituisce un presupposto per la validità e liceità dell'attività medica – perde di efficacia, ancorché consapevolmente prestato in ordine alle conseguenze lesive all'integrità personale, se queste si risolvano in una menomazione permanente che incide negativamente sul valore sociale della persona umana (Sez. 6, Sentenza n. 11640 del 14/2/2006, dep. 4/4/2006, Rv. 233851).

Da tali premesse consegue che, in assenza di consenso informato, l'espletamento dell'attività medico-chirurgica costituisce atto illecito, per cui il medico deve rispondere di tutte le conseguenze negative arrecate al paziente.

Qualora, poi, ricorra una situazione di emergenza tale per cui l'ammalato non sia in grado di esprimere il consenso, il medico può agire con una cura adeguata (indipendentemente dalla volontà di eventuali parenti), giustificata dalle circostanze contingenti, trovando in questo caso applicazione l'esimente dello stato di necessità prevista dall'art. 54 cod. pen.

Il consenso del paziente che, se espresso validamente e nei limiti di cui all'art. 5 cod. civ., preclude la possibilità di configurare il delitto di lesioni volontarie, assumendo efficacia scriminante, non è necessario, perché l'intervento medico-chirurgico sia penalmente lecito, in presenza di ragioni di urgenza terapeutica o nelle ipotesi previste dalla legge (Sez. 4, Sentenza n. 34521 del 26/5/2010, dep. 23/9/2010, Rv. 249817).

Il medico è sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito

consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte (Sez. 1, Sentenza n. 26446, del 29/5/2002, dep. 11/7/2002, Rv. 222581).

Si è, perciò, ritenuto configurabile il reato di lesione personale dolosa in relazione alla condotta del medico che abbia sottoposto, con esito infausto, il paziente ad un trattamento chirurgico, al quale costui abbia espresso il proprio dissenso (Sez. 4, Sentenza n. 21799 del 20/4/2010, dep. 8/6/2010, Rv. 247341).

Tuttavia è prevalente l'orientamento che esclude che il trattamento medico arbitrario possa essere ricondotto alla fattispecie di lesioni personali con specifico riferimento all'elemento soggettivo. Secondo questo orientamento, infatti, l'atteggiamento psicologico del medico e, in particolare, la finalità curativa dell'attività chirurgica, non può integrare il delitto di omicidio preterintenzionale o conciliarsi con il dolo di lesioni, salvo casi estremi, in cui una menomazione venga inferta senza necessità effettiva, ad esempio per scopi esclusivamente scientifici.

Il delitto di omicidio preterintenzionale si configura solo nel caso in cui il medico sottoponga il paziente ad un intervento (dal quale consegua la morte) in assenza di finalità terapeutiche, ovvero per fini estranei alla tutela della salute, ad esempio provocando coscientemente un'inutile mutilazione, od agendo per scopi estranei (scientifici, dimostrativi, didattici, esibizionistici o di natura estetica), non accettati dal paziente; al contrario, non ne risponde, nonostante l'esito infausto, il medico che sottoponga il paziente ad un trattamento non consentito ed in violazione delle regole dell'arte medica, quando nella sua condotta sia rinvenibile una finalità terapeutica, o comunque la terapia sia inquadrabile nella categoria degli atti medici, poiché in tali casi la condotta non è diretta a ledere, e l'agente, se cagiona la morte del paziente, risponderà di omicidio colposo ove l'evento sia riconducibile alla violazione di una regola cautelare (Sez. 4, Sentenza n. 34521 del 26/5/2010, dep. 23/9/2010, Rv. 249818).

Ma se l'intervento chirurgico, pur eseguito senza consenso, si conclude con esito fausto, si è esclusa la configurabilità del reato di violenza privata o di lesioni personali dolose (Sez. U, Sentenza n. 2437 del 18/12/2008, dep. 21/01/2009, Rv. 241752).

8. L'elemento soggettivo.

8.1. La colpa penale del chirurgo.

La maggioranza dei casi di responsabilità professionale in ambito sanitario (difetto di manualità, errore ed antidoverosità dell'intervento), per la mancata tipizzazione dell'atto medico e per la carenza di espresse norme cautelari, è fondata sulla "colpa generica" e, quindi, sulla violazione dei doveri non scritti di diligenza, prudenza e perizia. L'accertamento di tale colpa va effettuato in base non alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale (come l'art. 2336 cod. civ.) ma a quelle penali, in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali-economici (Sez. 4, Sentenza n. 1693 del 29/9/1997, dep. 11/2/1998, Rv. 210351).

L'inesistenza per la stessa patologia di un unico e tassativo protocollo di cure assicura la libertà di scelta tecnica del trattamento sanitario (anche per il progresso della scienza e dell'evoluzione migliorativa dei percorsi terapeutici), ma può moltiplicare contemporaneamente i rischi di possibili errori di apprezzamento. La scelta degli interventi terapeutici, purché tecnicamente validi, è rimessa alla discrezionalità del medico, cosicché la colpa di quest'ultimo, nell'ipotesi d'alternativa terapeutica, non può essere valutata con riguardo alla necessità della certezza del risultato, bensì in relazione all'osservanza delle regole di condotta proprie della professione che sono finalizzate alla prevenzione del rischio collegato all'opzione terapeutica eletta (Sez. 4, Sentenza n. 33384 dell'1/7/2008, dep. 12/8/2008, Rv. 240964).

Tuttavia, il margine di discrezionalità del medico in ordine alla diagnosi e alla terapia si riduce, fino ad annullarsi, allorché le manifestazioni della malattia siano così vistose e univoche, che il non rilevarle appaia incompatibile con il minimo di preparazione ed esperienza richiesto dalla specializzazione conseguita (Sez. 1, Sentenza n. 11024 del 10/6/1998, dep. 22/10/1998, Rv. 211605). Pertanto la scelta compiuta dal sanitario il quale, tra due possibili modalità d'esecuzione di un intervento chirurgico, abbia preferito quella ritenuta più agevole ancorché maggiormente rischiosa,

integra gli estremi della condotta imprudente e dunque comporta la sua responsabilità per le lesioni conseguite al paziente (Sez. 4, Sentenza n. 45126 del 6/11/2008, dep. 4/12/2008, Rv. 241908).

Sul piano della prova della colpa, la giurisprudenza penale ritiene che tale prova sussista di per sé sia quando si accerti che il rispetto dei protocolli terapeutici avrebbe certamente impedito l'evento lesivo; sia quando non vengono applicate le cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione medica, come un minimo di abilità manuale o di perizia tecnica anche nell'esecuzione di manovre ed interventi chirurgici o nell'utilizzo di strumenti tecnici o, infine, nella mancanza di prudenza o diligenza che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria (Sez. 4, Sentenza n. 14446 del 2/10/1990, dep. 6/11/1990, Rv. 185685).

Oltre alla perfetta esecuzione dell'intervento chirurgico, alla neutralizzazione di possibili complicanze, alla corretta diagnosi (Sez. 4, Sentenza n. 40789 del 26/6/2008, dep. 31/10/2008, Rv. 241365), alla rimozione dei ferri chirurgici o dei corpi estranei dall'addome del paziente (Sez. 4, Sentenza n. 39062 del 26/5/2004, dep. 6/10/2004, Rv. 229832) e alla vigilanza sull'operato dei collaboratori (Sez. 4, Sentenza n. 790 del 7/11/1988, dep. 23/1/1989, Rv. 180245), rientrano nell'ambito del titolo di imputazione soggettiva la preparazione del composto medicinale da somministrare al paziente, anche nel caso in cui ne venga delegata l'esecuzione materiale a persona competente, (Sez. 4, Sentenza n. 24360 del 28/5/2008, dep. 16/6/2008, Rv. 240941), nonché l'assunzione dal paziente o da altre fonti affidabili di tutte le informazioni necessarie al fine di garantire la correttezza del trattamento sanitario (Sez. 4, Sentenza n. 19527 del 13/3/2008, dep. 15/5/2008, Rv. 239762).

8.2. Colpa penale ed attività d'équipe.

L'attività medico-chirurgica coinvolge generalmente la partecipazione di più professionisti, che sono portatori di convergenti esperienze multidisciplinari e specializzazioni convergenti, i quali compiono ciascuno una prestazione che si combina funzionalmente con quella degli altri per il raggiungimento di un risultato comune.

Il concetto di "attività medico-chirurgica in equipe" viene normalmente inteso in un'accezione particolarmente ampia, comprensiva non solo di un gruppo di sanitari che opera nel

medesimo contesto spazio-temporale, ma, più in generale, di ogni ipotesi in cui all'attività curativa prenda parte una pluralità di soggetti, sia pure in tempi diversi. In questo caso ogni sanitario è tenuto al rispetto non solo delle regole di diligenza proprie della specifica mansione svolta, ma anche di quegli obblighi che derivano ad ognuno dal convergere delle attività verso un fine comune ed unitario. Ogni componente dell'equipe deve perciò cooperare per la perfetta riuscita dell'intervento, sia che eserciti una funzione in posizione gerarchicamente sovraordinata o sottordinata, sia che svolga la propria attività in un diverso ambito di specializzazione. (Sez. 4, Sentenza n. 18548 del 24/1/2005, dep. 18/5/2005, Rv. 231535; Sez. 4, Sentenza n. 33619 del 12/7/2006, dep. 6/10/2006, Rv. 234971).

Ciascuno dei soggetti che si dividono il lavoro risponde dell'evento illecito, non solo per non aver osservato le regole di diligenza, prudenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma altresì per non essersi fatto carico dei rischi connessi agli errori riconoscibili commessi nelle fasi antecedenti o contestuali al suo specifico intervento (Sez. 4, Sentenza n. 41317 dell'11/10/2007, dep. 9/11/2007, Rv. 237891).

L'evidenza dell'errore va intesa non in senso quantitativo, come grossolanità dello scostamento della condotta del collega dalle regole dell'arte che disciplinano la corretta esecuzione della prestazione dovuta, ma in senso qualitativo, come concreta percezione o percepibilità da parte di un professionista che è pur sempre astretto, in via primaria, dall'obbligo della diligente esecuzione delle mansioni di sua competenza.

Né può invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché allorquando il garante precedente abbia posto in essere una condotta colposa che abbia avuto efficacia causale nella determinazione dell'evento, unitamente alla condotta colposa del garante successivo, persiste la responsabilità anche del primo in base al principio di equivalenza delle cause, a meno che possa affermarsi l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che deve avere carattere di eccezionalità ed imprevedibilità, ciò che si verifica solo allorquando la condotta sopravvenuta abbia fatto venire meno la situazione di pericolo originariamente provocata o l'abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente

garante della scelta operata (Sez. 4, Sentenza n. 46824 del 26/10/2011, dep. 19/12/2011, Rv. 252140).

Tuttavia i medici che si trovano in posizione subordinata possono legittimamente confidare nella circostanza per cui il “superiore gerarchico” non solo adempia correttamente ai propri obblighi di diligenza, ma impartisca direttive corrette: la responsabilità del sottoposto può dunque residuare solo se le circostanze del caso rendano “agevolmente” riconoscibile l’errore o quando l’errore del superiore sia “evidente e non settoriale”. Infatti la responsabilità penale di ciascun componente di una “equipe” medica per il decesso del paziente sottoposto ad intervento chirurgico non può essere affermata sulla base dell’accertamento di un errore diagnostico genericamente riferibile alla “equipe” nel suo complesso, ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica, in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri (Sez. 4, Sentenza n. 19755 del 9/4/2009, dep. 8/5/2009, Rv. 243511).

La giurisprudenza si è mostrata particolarmente rigida nel caso di abbandono di corpi estranei nell’addome del paziente: tutti i soggetti intervenuti all’atto operatorio devono partecipare ai controlli volti a fronteggiare il ricorrente e grave rischio di lasciare nel corpo del paziente oggetti estranei; ne consegue che non è consentita la delega delle proprie incombenze agli altri componenti, poiché ciò vulnererebbe il carattere plurale, integrato, del controllo, che ne accresce l’affidabilità (Sez. 4, Sentenza n. 15282 del 7/3/2008, dep. 11/4/2008, Rv. 239605).

Il principio generale, dunque, resta quello di un legittimo affidamento nel diligente adempimento altrui, salvo che l’errore commesso sia “riconoscibile” da un agente modello corrispondente al “medico in generale” e non al “medico specialista” e che la violazione della regola cautelare sia riferibile all’agente concreto.

Il principio dell’affidamento, così temperato, si armonizza con il modello organizzativo della divisione dei compiti e media in modo equilibrato da un lato l’esigenza di assicurare la distribuzione del lavoro, e quindi di sostanziare il dovere di diligenza dei sanitari attraverso obblighi di condotta e di informazione che garantiscano una effettiva protezione della vita e dell’integrità psico-fisica del paziente, e dall’altro la necessità di circoscrivere i contenuti dell’obbligo entro limiti compatibili con il principio della personalità della responsabilità penale. Di conseguenza il chirurgo capo equipe,

fatta salva l'autonomia professionale dei singoli operatori, ha il dovere di portare a conoscenza di questi ultimi tutto ciò che è venuto a sapere sulle patologie del paziente e che, se comunicato, potrebbe incidere sull'orientamento degli altri (Sez. 4, Sentenza n. 3456 del 24/11/1992, dep. 8/4/1993, Rv. 198445).

Pertanto il principio di affidamento non opera quando colui che si affida sia in colpa per aver violato norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte confidando che altri, succedendo nella posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio all'omissione (Sez. 4, Sentenza n. 18568 del 26/1/2005, dep. 18/5/2005, Rv. 231538).

Allorché il professionista abbia svolto ed esaurito le prestazioni attinenti al compito assegnatogli, l'intervento abbia seguito il suo normale decorso e residui il solo compimento di adempimenti semplici e routinari, il suo allontanamento può essere giustificato solo da particolari esigenze, da un lato perché è più intenso e ragionevole l'affidamento nell'esecuzione diligente da parte dei colleghi delle attività rimanenti, dall'altro per il fatto che la condizione generale del paziente non presenta caratteri tali da rendere plausibile l'attivazione dei propri poteri impeditivi e di controllo in relazione all'ulteriore e prevedibile corso del trattamento.

In tal senso è stato sancito che la circostanza dello "scioglimento dell'equipe operatoria", che abbia a verificarsi quando ancora l'intervento deve essere completato da adempimenti di particolare semplicità, esclude l'elemento della colpa per negligenza in capo al medico che ha abbandonato anticipatamente l'equipe, sempre che non si tratti di intervento operatorio ad alto rischio e l'allontanamento sia giustificato da pressanti ed urgenti necessità professionali (Sez. 4, Sentenza n. 22579 del 6/4/2005, dep. 16/6/2005, Rv. 231783).

9. Il nesso di causalità.

Allo straordinario progresso della scienza e della conoscenza medica paradossalmente sembra accompagnarsi la crescita dell'incertezza causale per il raggiungimento di conoscenze che fanno lievitare il numero delle leggi scientifiche in grado di spiegare la causalità dei fenomeni biologici e patologici dell'essere umano.

Anche in materia penale, pertanto, l'accertamento del nesso causale costituisce il punto d'arrivo di un lungo percorso intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità alla ricerca di una equilibrata soluzione al dibattuto problema nell'ambito della responsabilità medica.

La problematicità del nesso causale deriva dall'intrinseca natura della medicina, che è un settore notoriamente governato da leggi scientifiche di natura statistica o probabilistica, nel quale devono armonicamente conciliarsi il carattere relativo delle spiegazioni causali con le esigenze di certezza che devono sorreggere il giudizio di responsabilità penale.

Il nesso di causalità può essere, dunque, ravvisato quando si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con intensità meno lesiva (v. in tema Sez. 4, Sentenza n. 14435 del 26/9/1990, dep. 6/11/1990, Rv. 185676), poiché accelerare il momento della morte di una persona destinata a soccombere equivale a cagionarla (Sez. 4, Sentenza n. 3185 del 17/10/1990, dep. 22/03/1991, Rv. 186727).

Se si ripercorre brevemente l'evoluzione giurisprudenziale sul tema, si coglie con immediatezza un percorso che tende alla progressiva svalutazione del grado percentuale delle probabilità di esito positivo sufficiente per l'accertamento del nesso eziologico fra la colpevole condotta da parte del medico e la morte del paziente.

Alcune pronunce nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza delle conseguenze della condotta, avevano sostituito quello della probabilità (anche limitata) degli effetti, ritenendo necessaria la presenza del trenta (Sez. IV, 12/07/1991), del cinquanta (Cass. 12/5/1989), del settantacinque (Sez. 4, Sentenza n. 1126 del 7/12/1999, dep. 01/02/2000, Rv. 215659) o dell'ottanta-settanta per cento (Sez. IV, 10/7/1987) di probabilità di successo dell'intervento chirurgico.

In taluni casi è stata affermata la responsabilità del medico per l'omissione di un intervento chirurgico necessario, anche quando esso non sia tale da garantire in termini di certezza la sopravvivenza del paziente, se solo vi sia una limitata, purché apprezzabile, probabilità di successo, indipendentemente da una determinazione

matematica percentuale di questa (Sez. 4, Sentenza n. 360 dell'11/11/1994, dep. 18/01/1995, Rv. 201554).

Successivamente, l'incerto criterio relativo alla seria ed apprezzabile probabilità di successo dell'intervento è stato sostituito da quello dell'impedimento dell'evento lesivo con un elevato grado di probabilità di successo prossimo alla certezza, in una percentuale di casi quasi prossima a cento (Sez. IV, 28/11/2000, n. 14006), non essendo sufficiente a tal fine un giudizio di mera verosimiglianza (Sez. 4, Sentenza n. 10437 del 27/9/1993, dep. 16/11/1993, Rv. 195459).

La sussistenza del nesso di causalità non può essere affermata sulla base di una valutazione di probabilità statistica, risultando invece necessaria la formulazione di un giudizio di probabilità logica che consenta di ritenere l'evento specifico riconducibile alla condotta dell'agente al di là di ogni ragionevole dubbio (Sez. 4, Sentenza n. 39594 del 21/6/2007, dep. 26/10/2007, Rv. 237876).

Questa impostazione si colloca nell'ambito del più recente orientamento per il quale l'accertamento di un elevato coefficiente di probabilità, riferibile a percentuali di certezza, costituisce un'interpretazione più aderente ai principi costituzionali in materia penale.

Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva (Sez. U, Sentenza n. 30328 del 10/7/2002, dep. 11/9/2002, Rv. 222138).

È stata definitivamente accolta la teoria condizionalistica, codificata nell'art. 41 cod. pen., secondo la quale "la verifica della causalità postula il ricorso al giudizio controfattuale nel senso che la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato".

Il meccanismo controfattuale, necessario per stabilire l'effettivo rilievo condizionante della condotta umana deve essere fondato su

affidabili informazioni scientifiche nonché sulle contingenze significative del caso concreto, dovendo essere considerati: **a)** il consueto andamento della patologia in concreto accertata; **b)** la normale efficacia delle terapie; **c)** i fattori che in genere influenzano il successo degli sforzi terapeutici (Sez. 4, Sentenza n. 32121 del 16/6/2010, dep. 20/8/2010, Rv. 248210).

L'esigenza di rispettare il fondamentale principio di tassatività nel diritto penale ha comportato la scelta di integrare tale metodo con l'utilizzo di un criterio idoneo a guidare l'interprete nell'operazione di esclusione degli antecedenti dell'evento.

Tale criterio è identificato nel modello generale di sussunzione del singolo fatto sotto leggi scientifiche di copertura (distinte in universali e statistiche) oppure sotto massime di esperienza.

Le leggi universali sono quelle che riconoscono nella successione di determinati accadimenti invariabili regolarità senza eccezioni, mentre le leggi statistiche si limitano ad affermare che un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa.

Si ha quindi la conferma della struttura ipotetica della spiegazione causale, fondata su un metodo eziologico a base probabilistica, tanto più valido quanto più vicino alla certezza: l'eventuale dubbio residuo non sarebbe ragionevole.

Il giurista dovrebbe tenere conto dell'efficacia terapeutica dell'intervento omissivo, non limitandosi ad utilizzare acriticamente le leggi di copertura scientifica, ma verificando la loro adattabilità al caso concreto, previa considerazione di tutti gli elementi ed i fattori interagenti e caratterizzanti la fattispecie.

Tuttavia, se si pretendesse una spiegazione causale di tipo deterministico, secondo criteri di certezza assoluta, si finirebbe col frustrare gli scopi general-preventivi e repressivi del diritto penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari.

Al contempo le difficoltà di prova in materie caratterizzate da attività complesse, implicanti un elevato livello di organizzazione e di distribuzione delle competenze, non possono, comunque, legittimare l'adozione di una nozione debole di causalità accertata attraverso coefficienti di probabilità indeterminati e arbitrari.

Si ritiene perciò necessario un giudizio di responsabilità fondato su un accertamento della sussistenza del nesso causale con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale, rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto (Sez. 4,

Sentenza n. 19777 del 25/11/2004, dep. 25/5/2005, Rv. 231530), sicché devono escludersi processi causali alternativi e deve affermarsi in termini di “certezza processuale”, ossia di alta credibilità razionale o probabilità logica, che sia stata proprio quella condotta a determinare l’evento lesivo (Sez. 4, Sentenza n. 38334 del 3/10/2002, dep. 15/11/2002, Rv. 222862).

Per la prova del nesso di causalità si deve fare riferimento al ragionamento inferenziale evocato in tema di prova indiziaria dall’art. 192, comma secondo, cod. proc. pen., oltre che alla regola generale in tema di valutazione della prova di cui al primo comma dello stesso articolo ed alla ulteriore regola della ponderazione delle ipotesi antagoniste, prevista dall’art. 546, comma primo, lett. e), cod. proc. pen. (Sez. 4, Sentenza n. 17523 del 26/3/2008, dep. 30/4/2008, Rv. 239542).

La novità dell’elaborazione consiste nel riferire il giudizio di probabilità alle circostanze del caso concreto, rifiutando la possibilità di stabilire un coefficiente di percentuale probabilistica assoluto o predeterminato, valutando con maggior cautela le rilevazioni statistiche.

Il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico, rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell’evento lesivo, comporta l’esito assolutorio del giudizio.

In presenza di una condotta colposa posta in essere da un determinato soggetto, non può ritenersi interruttiva del nesso di causalità (art. 41 cod. pen.) una successiva condotta parimenti colposa posta in essere da altro soggetto, quando essa non abbia le caratteristiche dell’assoluta imprevedibilità e inopinabilità.

Questa condizione non può configurarsi quando la condotta sia consistita nell’inosservanza, da parte di un soggetto successivamente intervenuto, di regole dell’arte medica già disattese da quello che lo aveva preceduto (Sez. 4, Sentenza n. 6215 del 10/12/2009, dep. 16/2/2010, Rv. 246421).

(Red.ri Luigi Cuomo – Marco Rossetti)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)