

Rapporti tra responsabilità civile e quella penale. Nesso di causa, perita di chance e consenso informato.

La vastità dell'argomento del mio intervento necessiterebbe di molto più tempo di quello concesso: per trattare in maniera esaustiva dell'argomento non sarebbe sufficiente nemmeno tutta la mattinata, ma sarebbe necessario un ciclo di incontri ognuno esclusivamente dedicato ciascun argomento.

Fatta questa doverosa premessa mi scuserete dunque se dovrò essere particolarmente celere ed affrontare ogni argomento "a volo radente".

I rapporti, ma forse è più corretto dire, le differenze tra responsabilità civile e penale sono dovute sostanzialmente dalle stesse finalità che vengono perseguite dal diritto civile e da quello penale: l'uno a carattere principalmente risarcitorio, l'altro principalmente sanzionatorio.

Da tale basilare, ma fondamentale differenza, discende anche una delle principali caratteristiche della responsabilità penale: il criterio della personalità fisica (eccezion fatta per le ipotesi del Dlg. 231/2001 alle quali accenneremo oltre) che invece non si riscontra nella responsabilità civile nella quale anche persone giuridiche possono essere condannate a rifondere il risarcimento del danno in forza di errori commessi da persone fisiche a queste in qualche modo collegate.

In altre parole una struttura ospedaliera sotto un profilo penale non può essere condannata se un medico sbaglia l'intervento di riduzione della frattura.

Potrà invece subire un procedimento giudiziario a fronte di responsabilità penali che scaturiscano da difetti di organizzazione, sicurezza e igiene (ad esempio infezioni nosocomiali, violazione di norme antinfortunistiche).

La materia è sicuramente più complessa di quanto la si possa rendere in questa sede, ma sostanzialmente si può dire che la vera battaglia si disputa sul campo delle prove (inversione dell'onere probatorio posto a carico dell'azienda sanitaria) e su quello del nesso di causa, ovvero sia sul collegamento tra la condotta (che può anche essere, come molto spesso accade, omissiva) ed il danno (lesioni o nelle ipotesi più gravi anche la morte del paziente) e su quest'ultimo punto dobbiamo soffermarci ora.

Il nesso di causa nella responsabilità medica si atteggia in maniera molto diversa a seconda se ci si trova ad agire nell'ambito penale o in quello civile.

Nella sede penale (quelli sicuramente più complessi da valutare) la Cassazione penale a Sezioni Unite, con partire dalla nota sentenza "Franzese" emessa in ambito di reati omissivi (sent. n° 30328 dell'11.09.2010, ha chiarito che per fondare la responsabilità dell'imputato si deve raggiungere una convinzione "*prossima alla certezza*" che il danno, qualora la condotta dovuta fosse stata tenuta, non si sarebbe verificato.

E a tale convinzione si può e si deve giungere sulla base di leggi scientifiche e statistiche, ma anche attraverso un giudizio controfattuale che sia in grado di escludere le altre possibili ipotesi.

Un esempio aiuterà a capire: Il Sig. Sportivo, ambizioso maratoneta non professionista, si presenta in ospedale a fronte di disturbi della respirazione e viene dimesso con una banale diagnosi di tosse da raffreddamento. Visto che la sua situazione non tende a migliorare il Sig. Sportivo si reca nuovamente, due mesi dopo, presso un altro nosocomio nel quale gli viene diagnosticata una patologia polmonare ormai irreversibile in quanto non tempestivamente riconosciuta durante i mesi precedenti.

Rivoltosi ad un medico legale il Sig. Sportivo scopre che se la patologia fosse stata individuata, come era possibile alla precedente visita, avrebbe avuto, in base a leggi scientifiche e statistiche, il 65% di possibilità di guarire.

Nel caso ora prospettato ed in assenza di ulteriori elementi, sotto un profilo penale, la responsabilità del sanitario è tutt'altro che certa in quanto il 65% di possibilità di guarire è percentuale ben lontana dalla "quasi certezza" richiesta dalla Suprema Corte per accertare il nesso di causa.

Qualora però si accertasse che l'ulteriore 35% di possibilità venisse azzerato da una vita all'aria aperta e dall'essere non fumatore, il medico responsabile dell'omessa diagnosi sarà penalmente colpevole qualora il sig. Sportivo provi di essere un non fumatore e di vivere in una casa isolata in aperta campagna.

La dimostrazione di tutti tali elementi è a carico della pubblica accusa che dovrà quindi dimostrare sia il fatto storico consistente nell'omissione della condotta dovuta, sia il nesso di causa con la patologia (portando anche la prova dell'esclusione degli altri possibili fattori che potrebbero aver impedito la guarigione e che non ricorrono nel caso di specie). Qualora invece non riesca a fornire tali prove il medico sarà assolto e quindi possiamo affermare che l'incertezza probabilistica del nesso di causa si risolve a favore dell'imputato.

Nell'ipotesi appena accennata poi nessuna responsabilità penale potrebbe essere imputata direttamente in capo alla struttura ospedaliera.

Lo stesso esempio calato nell'ambito della responsabilità civile, invece, porterebbe a risultati totalmente diversi sia in base ai principi di accertamento del nesso causale (ispirati non al criterio "dell'altamente probabile o della quasi certezza" ma quello del "più probabile che non" in forza della sentenza a Sezioni Unite Civili n°581/2008 ) e di onere della prova!

Infatti al paziente sarà sufficiente dimostrare

l'essersi recato in ospedale,

la errata diagnosi (ovvero la possibilità di diagnosticare la patologia già in occasione del primo accesso)

ed allegare la relazione medico legale in base alla quale, sulla base delle norme statistiche e scientifiche, quella patologia polmonare si sarebbe risolta più "probabilmente che non" in una completa guarigione se il medico avesse posto la corretta diagnosi

Sarà invece onere del medico e della struttura ospedaliera dimostrare che la patologia poi successivamente sviluppatasi non sia dipesa da un fatto a loro imputabile e qualora non siano grado di fornire tale dimostrazione verranno condannati all'integrale risarcimento de danno!

In buona sostanza il criterio eziologico che collega la condotta all'evento si muoverà secondo il più ampio principio del "più probabile che non" nell'ambito civile con una evidente maggiore invasività nella sfera del sanitario responsabile rispetto al principio di "alta probabilità o quasi certezza" dell'ambito penale.

Ciò in quanto la giurisprudenza è ormai pacificamente orientata nel riconoscere una responsabilità di tipo contrattuale (nella quale spetta al debitore/responsabile dimostrare di non aver potuto adempiere alla propria obbligazione per fatto a sé non imputabile) in capo direttamente sia al medico sia alla struttura ospedaliera nel quale è avvenuto il danno, indipendentemente dal rapporto intercorrente con il sanitario che ha posto in essere la condotta illegittima, attiva od omissiva che sia.

Viste le notevolmente diverse capacità patrimoniali tra un privato ed una struttura ospedaliera il legale del danneggiato non potrà esimersi dal citare in giudizio anche quest'ultima per garantire al proprio assistito, come suo specifico obbligo professionale, il recupero materiale del risarcimento del danno nella maniera più agevole possibile.

L'analisi del nesso di causa così come delineato permette di introdurre anche un altro argomento di sicuro interesse nell'ambito della responsabilità medica: la perdita di chance.

Infatti per alcuni versi la perdita di chance può essere inquadrato sia come nesso di causa come ora visto (il paziente ha perso la chance di guarire per l'omessa diagnosi) oppure direttamente come danno (nell'accezione diciamo più storica di questa categoria).

Già detto per quanto attiene il nesso di causa, sarà ora necessario vagliare la perdita di chance quale danno vero e proprio.

Continuando ad utilizzare l'esempio sopra formulato in esame il danno da perdita di chance non si avrebbe nel 65% di possibilità di guarire (il danno per la patologia abbiamo visto è integralmente imputabile al responsabile civile) ma si potrebbe individuare nell'impossibilità per il danneggiato di partecipare a concorsi o a gare sportive per le quali necessità di una totale validità fisica. (nel caso in oggetto il danneggiato era un atleta professionista)

In questi casi infatti il danno non potrebbe essere considerato nella sua interezza, ma solo nella impossibilità di partecipare e quindi nella perdita delle chance di vincere o di ottenere un buon piazzamento.

In tal caso sarà il danneggiato a dover provare tali danni dimostrando ad esempio di aver già partecipato a diverse maratone conseguendo tempi tali da permettergli di ambire a posizioni di rilievo ed in tal caso difficilmente il danno potrà essere liquidato per intero, ma verrà ridotto proporzionalmente alle possibilità perse (es. 20% di possibilità di vincere = 20% liquidazione del danno).

D'altronde ciò pare evidente in quanto il danno in tal caso non si configura come una privazione sicura del risultato o del bene, ma solo come l'impossibilità di raggiungere un risultato futuro ed incerto e quindi verrà liquidato in base alle percentuali di raggiungimento dimostrate dal danneggiato e ritenute dal Giudice secondo il suo prudente apprezzamento.

Pertanto la perdita di chance può essere vista sia come un criterio di imputazione del danno in capo al responsabile civile (qualora si utilizzato come nesso di causa), sia come danno vero e proprio e con criteri liquidativi rapportati alle effettive chance di raggiungimento.

Ultimo argomento da trattare è il consenso informato e su questo purtroppo non posso che confermare che trattasi di una immensa spada di Damocle pendente sulle teste di medici e strutture ospedaliere.

La struttura di questo istituto giuridico può essere così agevolmente riassunta per grandi schemi:

L'attività sanitaria può essere considerata lecita solo allorquando viene eseguita con il consenso dell'avente diritto che costituisce una scriminante sotto il profilo penale ed una esimente della responsabilità civile.

Non necessita di alcuna forma scritta ad substantiam ovvero a pena di nullità, ma è fondamentale che venga potuto dimostrare senza ombra di dubbi.

Requisiti essenziali sono che lo stesso sia completo e comprensibile in quanto per giurisprudenza costante affinché sia valido il consenso dell'avente diritto deve essere "consapevole".

Il che si sostanzia in un obbligo per i sanitari particolarmente penetrante: deve contenere in maniera chiara e comprensibile, in relazione alle condizioni soggettive del paziente (ad esempio grado di scolarità), l'elencazione delle possibilità terapeutiche alternative, delle possibile complicanze note nella letteratura medica, dei rischi di insuccesso e dei rischi connessi generalmente ad un intervento.

In buona sostanza deve contenere tutti i profili di informazione necessari affinché il paziente possa autodeterminarsi (direi quasi convincersi e conseguentemente avallare la scelta del medico) ad eseguire quel dato intervento anziché non curarsi o anziché scegliere altre strade.

E sarà a carico del medico, in base al riparto dell'onere probatorio, dimostrare che il consenso sottoscritto dal paziente sia stato: informato, completo e consapevole.

Sulla scorta di tale onere probatorio e dei principi sopra espressi, vengono spesso redatti dei moduli pieni di terminologia medica fatti firmare ai pazienti.

E' bene la presenza di un modulo è sicuramente dimostrazione di una qualche attività informativa svolta dal medico, ma questo non è sufficiente a dimostrare che il paziente abbia realmente compreso l'informazione fornitagli e che abbia quindi espresso validamente il proprio consenso a quel dato trattamento medico.

Un avvocato nemmeno troppo bravo avrà infatti buon gioco a rendere totalmente inefficace il modulo sottoscritto e così compilato sostenendo che il proprio assistito non avesse realmente compreso i rischi di insuccesso dell'intervento o che non fosse stato messo a conoscenza di trattamenti terapeutici alternativi (siano essi chirurgici, siano essi farmacologici) e che pertanto avesse sottoscritto il relativo modulo come atto di fiducia nel medico.

E una volta appurato ciò il medico risponderà del danno manifestatosi a seguito del suo intervento, senza possibilità di fuga.

Premettendo ancora una volta che il consenso informato non esime il sanitario dall'eseguire la propria prestazione con perizia, prudenza e diligenza (la cui eventuale mancanza non sarebbe comunque in alcun modo sanata anche in presenza di un perfetto consenso informato) il medico e, pertanto la struttura ospedaliera nella quale questo si trova ad agire, in difetto di un valido consenso informato, saranno tenuti al risarcimento del danno nella misura di quanto da essi cagionato: sia essa una perdita di chance (ad esempio minori possibilità di guarire in un secondo intervento piuttosto che nel primo) sia esso un danno integrale (esempio paziente deceduto durante un intervento evitabile con una terapia farmacologica).

Come mettersi al riparo da situazione di questo genere: sistemi che sicuramente paralizzino ex ante una eventuale richiesta risarcitoria dei pazienti non esistono, ma vi potrebbe essere qualche sistema idoneo a essere preparati a rispondere ad eventuale doglianze di pazienti.

Una strada forse potrebbe essere quella di far sottoscrivere il modulo del consenso informato anche ad un parente prossimo del paziente (o altro soggetto da questi indicato) il quale confermi di come quest'ultimo abbia compreso quanto contenuto nel modulo a lui spiegato in termini più semplici, che il medico abbia risposto esaustivamente alle eventuali domande poste e che il modulo sia stato sottoscritto quindi in maniera estremamente consapevole.

Il vantaggio di questo sistema è quello sostanzialmente di preconstituirsì la prova testimoniale a conferma di quanto contenuto nel modulo con un soggetto, privo di collegamenti con il sanitario o con la struttura ospedaliera ed anzi legato al paziente.

In una tale situazione infatti sarà più agevole dimostrare in un eventuale giudizio l'effettivo consenso informato dato dal paziente a mezzo anche di un testimone privo di collegamenti con il medico e l'Azienda sanitaria (come sono ad esempio colleghi ed infermieri) e per questo sicuramente capace ed attendibile, il quale difficilmente potrà sconfessare davanti ad un Giudice quanto sottoscritto.

Devo ancora qualche cenno in punto D.Lgs. 231/2001 che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica responsabilità che, sebbene qualificata come amministrativa, costituisce sostanzialmente una responsabilità penale e comporta l'applicazione di pesanti sanzioni di natura interdittiva e patrimoniale qualora, a vantaggio dell'ente, sia commesso da un soggetto in posizione apicale, subordinata o connessa, uno dei reati di cui agli artt. 24 e 25 del Decreto 231, quasi tutti però difficilmente imputabili a delle Aziende Sanitarie e/o Ospedaliere

Si tratta infatti di un tassativo elenco di reati che comprende:

- concussione e corruzione;
- truffa ai danni dello Stato ed indebita percezione di erogazioni;
- (fattispecie connesse alla) falsità di monete e carte di credito;
- (varie fattispecie di) reati societari;
- (reati di) terrorismo ed eversione dell'ordine democratico;
- (reati relativi a) pratiche di infibulazione;
- riciclaggio e ricettazione
- market abuse
- falso nummario
- delitti contro la libertà individuale

Per mettersi a riparo dalle pesanti sanzioni previste dal Decreto 231 l'ente deve dimostrare la propria estraneità al fatto illecito: può farlo solo se dimostra di aver adottato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e condotta ("MOC") idoneo a prevenire i reati della specie di quello commesso. La Cassazione è recentemente intervenuta sostenendo che- se il reato è commesso da uno dei vertici - la società deve sempre essere sanzionata se non ha adottato il modello (Cassazione n. 36083 del 2009).

Dato atto della disciplina generale prevista da tale decreto, è necessario ora comprendere su che basi tale norma potrebbe concretamente e pericolosamente incidere anche nell'ambito dell'attività sanitaria ed ospedaliera a fronte di due novità una giurisprudenziale e l'altra, ancora più recente, legislativa

Una delle questioni più discusse è proprio l'applicazione di tale norma agli enti pubblici. Poiché il Decreto 231 è finalizzato al controllo dei soggetti collettivi che esercitano in forma imprenditoriale una attività dai risvolti economici, la disciplina in esso contenuta parrebbe di fatto estendibile anche ad enti pubblici economici che, a seguito del processo di "privatizzazione", agiscono attraverso atti di diritto privato.

Ciò premesso poiché una certa giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto in capo alle aziende sanitarie la natura di enti pubblici economici (TAR Toscana, II sezione Sentenza 17 settembre 2003 n. 5101), ne discende pertanto che potrebbe risultare loro applicabile la normativa 231.

Si è quindi col tempo assistito all'esperienza di ASL che si sono dotate dei modelli organizzativi di condotta, ad esempio le ASL della Regione Lombardia, benché l'adozione di tali modelli non sia obbligatoria.

Ma un'altra novità dovrebbe spingere le ASL previdenti a redigere i MOC per evitare di incorrere nella mannaia del D.Lgs 231/01: la legge 123/2007

Sino ad oggi infatti le Aziende sono state riottose rispetto a tali modelli, forse per i costi previsti, forse escludendo la commissione dei delitti previsti dalla norma e sopra elencati in seno all'azienda, ma L. 123/07, ha modificato il D.lgs 231/01 aggiungendo a quelli già previsti i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime commessi in violazione della normativa antinfortunistica e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

E' pertanto evidente che essendo tali ipotesi tutt'altro che infrequenti nell'ambiente sanitario, le A.S.L. potranno essere a breve essere coinvolte dalla combinazione di un'applicazione rigorosa della norma in esame con la citata giurisprudenza del TAR Toscana (Si pensi al banale caso del dipendente che si ferisce con strumenti di chirurgia non correttamente custoditi perché l'Azienda non ha acquistato contenitori appositi e/o non ha espressamente previsto con "Modelli di Organizzazione e Condotta" la loro custodia).

Peraltro le Aziende, ASL incluse, devono già dotarsi degli strumenti quali DVR e DUVRI (obbligatori e previsti dal TU Sicurezza), quindi la redazione dei MOC non dovrebbe creare particolare problemi. Sarà però necessario affidarsi a professionisti specializzati che, attraverso una specifica analisi dei processi aziendali, delle strutture organizzative e di una ottima conoscenza dell'ambito giudiziario e giudiziale (nel quale saranno necessari per andare esenti da responsabilità), possano redigere i MOC e curarne l'aggiornamento nel caso di modifiche interne e/o legislative, e – qualora l'Ente lo richieda – entrando a far parte dell'Organismo di Vigilanza, organo obbligatoriamente previsto dal Decreto 231 ai fini di un regolare adempimento della normativa in parola.