

di Vania Cinese
Avvocata, Foro di Roma

La dottrina inglese

È interessante notare che anche in paesi come l'Inghilterra il parametro di giudizio adottato è proprio l'"agente modello" che continua a suscitare tanti interrogativi in Italia; il famoso "homo eiusdem condicionis et professionis", ritagliato nelle stesse caratteristiche personali e professionali del soggetto concretamente agente.

Come Lord Diplock ha sottolineato nel caso *Sidaway v Bethlem Royal Hospital*: "inevitabilmente ogni trattamento, medico o chirurgico, comporta dei coefficienti di rischio e possibilità che la condizione del paziente subisca un peggioramento piuttosto che migliorare. Statisticamente, le possibilità che l'intero trattamento alla fine sia errato sono minime, ma il rischio non è mai del tutto assente ed il grado di possibile peggioramento può integrare qualsiasi tipo di danno fisico, da quello minore a quello che possiamo definire catastrofico."

Nel riferirsi al livello di preparazione e capacità assicurate a scongiurare il rischio, le Corti hanno stabilito che esso debba identificarsi nello standard di trattamenti "ragionevoli" richiesti in modo da evitare il rimprovero di colpa.

La posizione richiama le statuizioni della sezione 13 del "Supply of Goods and Services Act 1982", in tema di contratti di somministrazione di servizi, il quale stabilisce che il fornitore di servizi debba erogarli con un ragionevole livello di preparazione in relazione alle sue funzioni.

Il principio di colpevolezza che contraddistingue anche l'ordinamento inglese prevede un rigetto della responsabilità obiettiva in caso di evento avverso non direttamente

La colpevolezza in ambito sanitario: (Seconda e ultima parte)

Quale rimprovero per il medico?

Un'analisi comparata con la dottrina inglese e tedesca

Dopo aver ripercorso le tappe dell'evoluzione della dottrina italiana e il più recente orientamento in tema di "colpa" in ambito sanitario, questa seconda parte dell'articolo ci illustra come viene affrontata la materia negli ordinamenti dei due grandi sistemi giuridici mondiali: il *Common law*, di matrice anglosassone, e quello "continentale" del *Civil law*, prevalente nel resto del mondo

mente causato dalla condotta dell'agente.

In riferimento all'attività medica, il solo fatto del trattamento sanitario errato laddove da esso si attenda un beneficio che in realtà viene a mancare, non basta ad ascrivere la responsabilità al medico stesso, venendo in rilievo l'accertamento sull'omessa erogazione dell'appropriata prestazione, spostando necessariamente l'attenzione sul concetto di "prestazione e cura appropriata".

Ad esempio, ci si deve chiedere a quale condotta astratta di livello standard il medico dovrà attenersi, in maniera tale da evitare un rimprovero di colpa.

In termini generali, la colpa, ovvero la "violazione del proprio dovere", chiama in causa la condotta del soggetto che deve fornire una prestazione che

comporti dei rischi di danno verso terzi, con l'aspettativa di cura appropriata erogata da una "persona ragionevole".

Nella ricostruzione classica di Aderse B. nel caso *Blyth v Birmingham Waterworks Co*, "la colpa consiste nell'omissione di fare qualcosa che una persona ragionevole, guidata da quelle considerazioni che normalmente informano condotte umane, farebbe, oppure nell'evitare di comportarsi in modi non adottabili da un uomo prudente e ragionevole".

La nozione di persona "ragionevole" appare incerta e generica e si riferisce all'uomo "medio" o "comune".

Tuttavia, per l'Inghilterra, essa racchiude elementi prescrittivi, ossia il dovere, la regola cautelare cui attenersi, il parametro in base al quale una persona "dovrebbe" comportarsi.

Anche in Inghilterra, ciò che si richiede ad una persona sarà soggetto a variazioni a seconda della attività in questione.

Come Lord MacMillan, ancora una volta, ha affermato nel caso *Glasgow Corporation v Muir*, "coloro i quali sono coinvolti in operazioni per natura pericolose devono prendere le necessarie precauzioni che invece non sono richieste nelle attività ordinarie della vita quotidiana."

Quanto detto assume ovvia rilevanza per i medici in ragione del grado di rischio connesso alle loro prestazioni e

alla tutela del bene salute di cui sono garanti.

Di conseguenza, al medico è richiesta la dimostrazione di essere dotato di quel grado di competenza ed attitudine che ci si aspetta in un medico "ragionevole".

L'orientamento giurisprudenziale di McNair J's nel caso *Bolam v Friern Hospital Management Committee* è oggi consolidato.

"Nell'ordinarietà la colpa è valutata in base all'azione dell'uomo comune, ma ove si presenta una situazione che imponga l'uso di speciali competenze e prestazioni, allora l'analisi diretta ad accertare la sussistenza o meno di colpa non può riguardare l'uomo "ordinario", comune, perché questi è sprovvisto delle dovute qualifiche e competenze.

L'analisi dovrà riguardare l'uomo generalmente considerato competente nell'atto dell'esercizio delle sue funzioni specifiche."

Grado di preparazione e rischiosità della prestazione

Le Corti inglesi, a seguito del richiamato orientamento, tendono a modulare le proprie decisioni a seconda della specializzazione dell'agente.

Come Lord Bridge ha sottolineato nel caso *Sidaway v Board of Governors of Bethlem Royal Hospital*, "il tipo di linguaggio dell'analisi Bolam chiaramente richiede il diverso grado di preparazione dello specialista nell'ambito del suo campo specifico, piuttosto che di un medico generico. Nel campo della neu-

rochirurgia, sarebbe necessario sostituire la frase "vietati i medici con preparazione ordinaria", con la frase "vietati i neurochirurghi con preparazione ordinaria."

In tale contesto, è evidente che il termine "preparazione" è stato usato in senso lato in modo da comprendere non solo le capacità tecniche proprie dei trattamenti medici, ma anche la competenza e l'esperienza necessarie per giungere a delle valutazioni relative alla diagnosi ed al trattamento terapeutico.

Del pari la Corte, in relazione alla riconoscibilità del pericolo in un campo delicato come quello della medicina, ha sottolineato un aspetto importante riguardo la consapevolezza dei rischi connessi ad un dato intervento, e cioè il dovere dei medici di effettuare un costante e ragionevole aggiornamento della casistica medica e delle nuove scoperte della scienza e della tecnica (se necessario, dimostrando la pericolosità ignorata in passato di una tecnica di intervento già esistente, oppure documentando la presenza di un metodo più moderno che comporti un minor rischio).

Tuttavia, le corti inglesi prestano molta attenzione alla valutazione della condotta dell'agente in riferimento ai rischi conosciuti al tempo della prestazione, applicando un criterio il più possibile oggettivo.

In tal modo, l'agente è giudicato non sulla base di come egli avrebbe potuto agire, bensì sulla base di come una persona ragionevole si sarebbe comportata nelle medesime circostanze.

A tal riguardo, un medico particolarmente preparato non può essere ritenuto colpevole nel caso di fallimento nel raggiungimento di uno standard di prestazioni eccezionali, in riferimento ad un caso specifico (fatta salva la dimostrazione della diligenza, perizia e prudenza del medico ragionevole).

Come osservato da McNair J nel caso Bolam, "non si può pretendere sempre il massimo livello di preparazione per non incorrere nel rimprovero di colpa professionale. È ben affermato dalla legge che è necessariamente sufficiente l'esercizio della sua preparazione ordinaria, propria di un uomo ordinariamente competente."

Di contro, però, rileva anche il singolo errore riconducibile all'ambito della preparazione ordinaria.

Un ulteriore effetto dello standard oggettivo è dato dal fatto che la responsabilità può essere ravvisata nei confronti di un agente che non è mai stato nella condizione di esercitare il livello di cura richiesto.

Val la pena ricordare il caso *Wilsher v Essex Area Health Authority*, in cui un giovane medico del dipartimento di pediatria, effettuò analisi errate riguardanti il tasso di ossigeno nel sangue su di un bambino prematuro; con la

► Segue a pagina 26



Un'analisi comparata con la dottrina inglese e tedesca

► Segue da pagina 25

conseguente saturazione eccessiva di ossigeno nel bambino, e la successiva cecità.

Nella sua sentenza Glidewell LJ affermò: "Dal mio punto di vista, la legge richiede che lo specializzando o tirocinante sia giudicato con gli stessi parametri applicati ai suoi colleghi più esperti. In caso contrario, l'inesperienza verrebbe utilizzata come esimente nella colpa professionale." Così si esprime la giurisprudenza inglese: "Il medico inesperto chiamato ad esercitare una prestazione specialistica dovrebbe chiedere il parere dei suoi superiori quando ne ravvisi l'esigenza, potendo esonerarsi dal rimprovero di colpa, in caso di prestazione errata, qualora si sia uniformato al parere richiesto allo specialista di maggiore esperienza.

Altre importanti pronunce delle corti inglesi sulla questione dello standard delle cure mediche, hanno riguardato la carenza organizzativa di risorse sanitarie.

La dottrina tedesca

Nell'ordinamento tedesco il punto di partenza nel definire lo standard rilevante di trattamento medico è dato dal § 276 II BGB (il codice civile della Germania), il quale afferma che, al fine di evitare la colpa, l'agente deve adoperarsi per fornire "il livello di cura medica socialmente richiesto". Questa affermazione rende immediatamente evidente che rispetto al concetto di "trattamento ragionevole" proprio del diritto inglese, lo standard in questione è di natura prescrittiva, anziché descrittiva.

In particolare, il livello di standard di trattamento medico "ordinario" o di uso comune che prevale nella società, non prevede alcun parametro di riferimento; è la giurisprudenza che

definisce il livello richiesto.

Le Corti tedesche, al pari di quelle inglesi, prestano attenzione alla condotta solitamente accettata dell'individuo accorto, impegnato nello stesso ambito lavorativo dell'agente.

Come fatto notare da Gerven, Lever e Larouche, numerose definizioni si sono succedute nel cor-

Il criterio generale adottato in Italia, come in Inghilterra o Germania implica che il medico con una competenza ed esperienza superiori alla media debba offrire un livello di cure commisuratamente maggiore

so degli anni.

"I concetti tipici includono il riferimento al "bonus pater familias" la persona di media, ordinaria intelligenza, il membro diligente e coscienzioso del gruppo sociale e professionale interessato.

Come in Inghilterra, il grado di scrupolosità richiesto in ambito medico varierà a seconda del coefficiente di difficoltà e di rischio inerente alla prestazione dell'agente.

A tal riguardo, la Corte Federale di Germania (BGH) ha sostenuto che i medici devono dimostrare di fornire il livello standard di trattamento proprio di un "professionista medico rispettabile e coscienzioso di media esperienza nel campo in questione." In ottemperanza a tali doveri, i medici dovrebbero costantemente aggiornarsi e conoscere le nuove tecniche, potendosi muovere il rimprovero di errata applicazione di quei metodi nuovi e meno rischiosi, se non conoscibili.

Come le Corti inglesi, le corti tedesche distinguono in base alla specializzazione del medico che eroga la propria prestazione: così, un medico specialista sarà tenuto ad una maggiore competenza e preparazione, tipiche di uno "specialista ragionevole", con la conseguenza di addebito di colpa qualora una particolare e difficile operazione, come può essere l'intervento alla tiroide, risulti eseguita da altri anziché da un chirurgo specializzato nel settore.

Come per lo standard di cura medica cui si fa riferimento in Inghilterra, il trattamento richiesto dal § 276 II BGB esige una doverosità di natura oggettiva; stabilendo che nell'esercizio della professione

sanitaria, la professione del medico è automaticamente valutata in relazione a quella del ragionevole collega di "pari grado".

Per dirla secondo le parole di Dieter Giesen, "un medico, nell'accettare di curare un paziente, implicitamente assicura di avere la competenza necessaria ad esercitare la sua professione e specializzazione con accortezza e rimettendosi alla valutazione di uno specialista di maggiore esperienza o di altra branca, qualora il paziente abbia bisogno di ulteriore approfondimenti, trattamenti terapeutici.

Il criterio generale adottato in Italia, come in Inghilterra o Germania, implica che il medico con una competenza ed esperienza superiori alla media debba offrire un livello di cure commisuratamente maggiore.

In tale contesto, gli errori personali del medico, ad esempio dovuti al sovraccarico di lavoro o carenze strutturali ed organizzative, non servono ad esonerarlo

dalla possibile censura di colpa, al pari dell'inesperienza che non può essere una scusante del suo errore.

Al medico che abbia agito sprovvisto dei requisiti standard richiesti potrà muoversi il rimprovero di essersi assunto un compito per lo svolgimento del quale egli non aveva la dovuta qualifica o preparazione tecnica (*Ubernahmeverschulden*).

In merito, le Corti inglesi e tedesche hanno enfatizzato la necessità di un'opera di autocritica, rilevando come il medico inesperto debba informare il paziente della sua inesperienza, in maniera che questi possa considerare la sua scelta nel consenso informato.

Quando la struttura è responsabile

Singolare è poi l'incremento nelle pronunce straniere del riconoscimento della responsabilità dell'autorità della struttura ospedaliera per incapacità organizzativa ed aggiornamento del proprio personale, preposto negli ambiti corrispondenti alle rispettive qualifiche.

Lo standard di prudenza, diligenza, perizia nell'erogazione delle cure, ritagliato sulle caratteristiche dell'"agente modello", introduce l'analogo criterio utilizzabile per la struttura.

In tale contesto, le corti tengono conto della diversità locale nella cura offerta ai pazienti, a seconda della tipologia del nosocomio e del livello di competenza del personale sanitario.

Così, ad un ospedale municipale non è richiesto il massimo livello possibile previsto per i centri di cura maggiori, ma si prevederà l'obbligo per l'ente di indirizzare il paziente in altra struttura più adeguata o specialistica se si tratti di trattamenti di elezione e non di urgenza.

In Inghilterra, un ospedale dotato delle migliori e più avanzate dotazioni è considerato negligente se l'amministrazione non se ne avvalga in casi specifici. Val la pena notare che i rischi

derivanti dalla scarsità di personale disponibile sono ricondotti nell'ambito di censurabilità dell'ospedale, o dei suoi legali rappresentanti/amministratori, in interventi che avrebbero assicurato un esito fausto con ogni ragionevole prevedibilità, se vi fosse stata una migliore programmazione.

In tali casi denominati "dei cosiddetti rischi largamente prevedibili", l'onere di dimostrare di aver fatto tutto il possibile per garantire un'efficiente organizzazione di mezzi e personale è a carico dell'ospedale.

Nei confronti di errori dovuti al sovraccarico di lavoro di un singolo medico, l'Inghilterra mostra pronunce di minor rigore nei confronti del sanitario, tenendo conto delle difficoltà delle circostanze che il medico è stato costretto a fronteggiare, suo malgrado.

Giova notare che in termini generali, per stabilire se l'agente abbia soddisfatto il livello standard di cura richiesto nell'erogazione della prestazione, le Corti prestano grande attenzione al rischio prevedibile nel caso concreto, che si differenzia dalle "aspettative di guarigione" nutrite dal paziente.

In Inghilterra la colpa è modellata sull'agente concreto, con il suo patrimonio di conoscenze ed esperienze acquisite, ma anche le situazioni contingenti, capaci di condizionare la conoscenza del fatto e l'apprensione della regola cautelare.

Il giudizio di colpevolezza del medico si muove cioè su percorsi molto simili a quelli utilizzati dalla dottrina e giurisprudenza italiana.

Il riscontro è ancor più visibile se si considera che le Corti inglesi valutano se l'agente si sia comportato secondo le regole cautelari e l'attenzione alla natura normativa della colpevolezza.

Non c'è dubbio che sia constatabile una convergenza di orientamenti in tema di colpa medica. **Y**

Colpa medica e "rischio consentito"

► Segue da pagina 24

mento medico e ciò sulla scorta di quanto enunciato dall'art. 32 della Costituzione.

Viceversa, nel caso in specie, è ravvisabile la colpa del sanitario sotto il profilo della negligenza, dal momento che il medico, pur consapevole degli effetti indesiderati del farmaco, non ha sottoposto la paziente ai dovuti controlli che avrebbero consentito,

attraverso la sollecita sospensione della terapia, di evitare l'evento dannoso successivamente verificatosi. In questo senso, il Sanitario non ha in alcun modo calcolato il rapporto rischio-beneficio del trattamento attuato, il che costituisce il fondamento della responsabilità medica per colpa. Una precisazione assai interessante viene espressa inoltre dai giudici della Cassazione in materia di colpa professionale medica.

L'attività del medico è giuridicamente autorizzata in quanto socialmente utile e come ta-

le comporta un rischio consentito dall'ordinamento vigente.

La colpa professionale può essere attribuita al medico quando, nell'esercizio dell'attività, non venga evitato il superamento del rischio consentito, da cui derivi l'evento dannoso per il paziente.

In altri termini, ove il medico osservi le "leges artis", egli non risponderà dei danni verificatisi "nonostante la fedele osservanza delle regole tecniche, trattandosi di rischio consentito che l'ordinamento si è ac-

collato nello stesso momento in cui autorizza l'attività rischiosa".

Una nota sui periti

Merita di essere sottolineata la parte della pronuncia concernente il contributo che i periti d'ufficio e di parte possono fornire al giudice (Peritus peritorum) ai fini della formulazione del verdetto.

Di fronte agli elaborati tecnici dei periti, il magistrato può abbracciare una tesi, anche se di segno opposto ad altra tra quelle prospettategli, purché dimostri di aver preso nella debita

considerazione le argomentazioni diverse rispetto alla tesi su cui egli basa il proprio giudizio. In ogni caso, il giudice non è tenuto a fornire la dimostrazione dell'esattezza della tesi del Perito d'ufficio (ove su quest'ultima intenda basare il proprio convincimento) e per contro dell'erroneità degli argomenti offerti dal perito di parte, delle cui conclusioni egli comunque deve tener conto, dimostrando di aver opportunamente valutato le tesi in oggetto, ancorché difforni tra di loro. **Y**