



LE MODALITÀ DELL'EVENTO MEDICO: LA CASSAZIONE AGGIUNGE IL QUOMODO ALL'HIC ET NUNC

*Nota a Cass. IV, 9 giugno 11 (19 luglio 11) n. 28782, Cezza,
est. Brusco; Cass. IV, 12 luglio 11 (26 ottobre 11) n. 38774,
Causo, est. Foti*

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. "Non sarebbe cambiato nulla". "Sarebbe successa la stessa cosa". - 2. Tempo. - 3. Conseguenze. - 4. Modo. - 5. L'ampliamento giurisprudenziale in esame appare condivisibile.

1. "Non sarebbe cambiato nulla". "Sarebbe successa la stessa cosa".

Sono frasi spesso ricorrenti nella difesa processuale dei medici. E' la carta che si gioca una volta che si è stabilito che il medico non si è comportato come avrebbe dovuto.

La carta della fatalità.

Più nello specifico la difesa suona, ad es., così: "E' vero che la neoplasia maligna non è stata diagnosticata, ma una diagnosi precoce non avrebbe cambiato le cose: il paziente sarebbe comunque morto per quella malattia". Oppure: "Sì, il paziente era depresso e non è stato vigilato in fase acuta, ma la depressione era tale che si sarebbe comunque suicidato alla prima occasione". O ancora: "Ho errato nell'esecuzione dell'intervento, perché ho leso un'arteria, ma le condizioni del paziente erano tali, che comunque il quadro sarebbe mortalmente crollato da lì a poco".

Viene del tutto naturale difendersi sostenendo che non sarebbe cambiato nulla. E non solo nel processo penale. La nostra mente è infatti prigioniera in una cella, che assume la forma di un giudizio: le cose sarebbero cambiate se mi fossi comportato/a diversamente?

Occorre però chiedersi se sarebbe successa davvero la stessa cosa o una cosa diversa. E' chiaro infatti che la difesa "non tiene", diventa inefficace se non sarebbe successa la stessa cosa, ma una cosa diversa.

Ed allora: quando può dirsi che sarebbe successa non la stessa cosa, ma una cosa diversa? O in termini tecnici: lo stesso evento o un evento diverso?

Si è d'accordo sul fatto che non si tratta dell'evento in astratto, ad es., dell'evento morte in astratto, ma dell'evento in concreto. E' infatti risaputo che non ha senso chiedersi in astratto se il paziente sarebbe morto anche se correttamente curato, dato che prima o poi, in quanto essere umano, sarebbe comunque morto.

E' appunto su come va descritto l'evento in concreto che sta avvenendo da ultimo un arricchimento giurisprudenziale.

Oltre al tempo, cioè a quando l'evento si è verificato e alle conseguenze avutesi, ci si estende anche al modo, cioè a come l'evento si è verificato.

2. Tempo.

L'elemento più frequente di diversità dell'evento è dato dal tempo, cioè dal momento di verifica. **Si è al riguardo ormai consolidato il principio giurisprudenziale per il quale l'evento è diverso, se in presenza della condotta doverosa, si sarebbe comunque verificato, ma in un momento successivo.**

A questo proposito le applicazioni giurisprudenziali riguardano soprattutto le neoplasie maligne non diagnosticate e quindi non trattate quando invece ciò sarebbe stato possibile. Neoplasie che comunque avrebbero portato a morte il paziente e con riferimento alle quali una diagnosi e un trattamento precoce avrebbero soltanto posticipato l'evento: non si sarebbe verificato quindi lo stesso evento, ma un evento diverso per epoca di verifica. Il principio chiaro già agli inizi degli anni novanta¹, si è consolidato negli anni duemila. Lo si è applicato in diversi casi, ad es., omessa refertazione radiologica di un carcinoma polmonare²; mancata diagnosi e terapia di un carcinoma malpighiano al collo dell'utero³; tardiva escissione di un melanoma⁴; omessa refertazione radiologica di una neoplasia maligna al pancreas⁵. In tutti questi casi si è appunto ritenuto che una cura corretta e tempestiva avrebbe posticipato l'evento morte.

E' intuitivo che un evento che si verifica in un tempo diverso è un evento diverso.

Ma affinché la diversità sia ritenuta rilevante, occorre che l'epoca di verifica dell'evento sarebbe stata "significativamente" posteriore, se la condotta doverosa fosse stata compiuta⁶. Si precisa che con l'avverbio

¹ Cass. IV, 26 settembre 1990 (6 novembre 1990) n. 14435, Corbetta, est. Avitabile, Rv. 185676

² Cass. IV, 3 ottobre 2002 (15 novembre 2002) n. 38334, Albissini, est. Romis, Rv. 222862

³ Cass. IV, 3 gennaio 2003 (14 aprile 2003) n. 17379, De Paula, est. Chiliberti, Rv. 225317

⁴ Cass. IV, 26 ottobre 2010 (24 novembre 2010) n. 41563, Giordano, est. Brusco; in GIUNTA ed altri, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, E.S.I., 2011

⁵ Cass. IV, 11 marzo 2011 (18 aprile 2011) n. 15563, Messina, est. Marinelli, in <http://www.assmedici.it/Notizie/2011/5/18/>

⁶ Sez. Un., 10 luglio 2002 (11 settembre 2002) n. 30328, Franzese, est. Canzio, Rv. 222138

significativamente s'intende non minuti o ore⁷: implicitamente si riconosce quindi la rilevanza anche di un giorno di posticipazione dell'evento⁸. Nell'indicazione della misura di tempo che segna la diversità gioca un ruolo l'intensità di tutela che si vuole assegnare al bene penalmente protetto: minore è la misura del tempo e maggiore è il numero di condanne.

E' evidente sul punto, nel silenzio della legge, la discrezionalità giurisprudenziale. Resa manifesta dal fatto che, ad es., in Germania, la giurisprudenza si è talvolta accontentata anche solo di ore⁹.

3. Conseguenze.

L'evento è ritenuto in giurisprudenza diverso anche se si sarebbe ugualmente verificato, ma con minore intensità lesiva¹⁰. Quando si parla di minore intensità lesiva, si fa riferimento alle conseguenze, che sarebbero state appunto meno dannose se il paziente fosse stato curato.

Di recente questo principio è stato applicato in un caso di omesso trattamento per un distacco osseo in un braccio di un bambino¹¹. Dal distacco è derivato dismorfismo dell'arto superiore e deficit funzionale del gomito omolaterale. La Cassazione ha dato atto che quel distacco (epifisario epicondilo) lascia spesso residuare nei bambini postumi invalidanti, che tuttavia possono essere contenuti con un trattamento tempestivo. In altri termini, se il distacco fosse stato trattato, non si sarebbe verificato lo stesso evento, ma un evento diverso perché si sarebbero ridotte le conseguenze lesive.

Le maggiori conseguenze lesive dell'omesso trattamento possono manifestarsi anche prima che l'evento si verifichi, per le sofferenze patite dal paziente non curato, con riferimento a quella che in giurisprudenza viene chiamata "qualità della vita". Ciò è stato affermato, ad es., in un caso di ritardo di diagnosi e terapia di un carcinoma spinocellulare della portio uterina: si afferma che la terapia, anche se non salvifica, avrebbe comunque garantito alla paziente una sicuramente più accettabile qualità della vita, anche sotto il profilo psicologico¹².

4. Modo.

⁷ Cass. IV, 2 ottobre 2008 (31 ottobre 2008) n. 40924, Tolaro, est. Bricchetti; Cass. IV, 22 settembre 2010 (2 novembre 2010) n. 38571, Poloni, est. Brusco; Cass. IV, 23 settembre 2010 (2 novembre 2010) n. 38586, Montrasio, est. Brusco; tutte in Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, E.S.I., 2011

⁸ Cfr. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, 2006, 1320 e ss.

⁹ V. Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 2003, 217 e ss. e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰ Sez. Un., 10 luglio 2002 (11 settembre 2002) n. 30328, Franzese, est. Canzio, Rv. 222138

¹¹ Cass. IV, 11 ottobre 11 (27 ottobre 11) n. 38873, Iacobellis, est. Marinelli, inedita

¹² Cass. IV, 7 giugno 2007 (3 ottobre 2007) n. 36164, Bernardini, est. Foti; in Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, E.S.I., 2011

Con le due sentenze in commento la Cassazione prende in considerazione anche le modalità causali dell'evento, ampliando quindi, rispetto al tempo e alle conseguenze, le coordinate di descrizione.

Riassumiamo brevemente i due casi.

La sentenza Causo. Durante un parto spontaneo di un feto macrosomico avviene una distocia di spalla dalla quale deriva al nascituro un indebolimento permanente dell'arto superiore. Viene affermata la colpa del ginecologo, per non avere proceduto al parto cesareo, data la macrosomia del feto. Il ginecologo sostiene che la distocia di spalla si sarebbe potuta avere comunque anche se si fosse proceduto al cesareo. La cassazione ritiene tuttavia che, anche a volere ipotizzare che la distocia di spalla si sarebbe avuta ugualmente in un cesareo, non sarebbe stata comunque una distocia del tipo di quella che si crea nel parto spontaneo, nel quale vi è l'opposizione della sinfisi pubica all'espulsione del feto.

Ci troviamo quindi in presenza di una diversità per modalità di produzione dell'evento: non si sarebbe verificato l'evento così come si è verificato e cioè per l'opposizione della sinfisi pubica al passaggio del feto, ma per un'altra modalità.

Negli stessi termini strutturali si presenta anche l'altro caso in commento, quello della sentenza Cezza. Un oculista, dopo l'estrazione di una cataratta, non sutura la ferita chirurgica, perché la paziente è particolarmente agitata; la trasferisce quindi in un altro ospedale. Durante il trasferimento, dalla ferita non suturata avviene la fuoriuscita di tessuto oculare, con conseguente perdita del visus in quell'occhio. Si afferma la responsabilità penale dell'oculista per non avere suturato la ferita, previa sottoposizione della paziente ad anestesia generale, atteso che lo stato di agitazione della paziente non consentiva di suturare altrimenti la ferita. L'oculista ricorre per Cassazione sostenendo che non può affermarsi che l'anestesia generale avrebbe evitato l'evento, dato che anche l'intubazione può produrre la perdita di tessuto oculare. La Cassazione rigetta il ricorso ritenendo che non si sarebbe verificato "quell'evento" che si è verificato, ma un altro. **Si sarebbe cioè verificato un evento diverso per modalità di verificaione:** non cecità quale conseguenza dell'omessa sutura della lesione oculare, ma quale conseguenza dell'intubazione.

A sostegno si aggiunge in motivazione l'esempio, tratto dalla dottrina tedesca e frequentemente citato, di chi uccide un condannato a morte mentre sta per essere giustiziato. Esempio che peraltro attiene a una diversità nel tempo dell'evento, che si verifica poco prima della programmata esecuzione capitale. Con riferimento alle modalità dell'evento, la dottrina tedesca fa invero l'esempio del cumulo di detriti che si trova su un doppio binario ferroviario: l'addetto al controllo aziona una leva che determina uno spostamento della locomotiva da un binario all'altro, cosicché il conducente trova la morte, esattamente nello stesso momento, non nel binario che percorreva, ma nell'altro¹³.

I due casi pongono in evidenza una realtà giurisprudenziale che appare a questo punto innegabile: nella descrizione dell'evento ai fini del giudizio causale, la

¹³ Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Frankfurt, 1972, 98 e ss.

Cassazione si sta estendendo alle coordinate modali. E non si tratta di due pronunce sparute¹⁴.

A firma dello stesso estensore della sentenza Cezza, vi è un'altra sentenza con la quale è stata affermata la responsabilità di un medico che aveva rilasciato ad un paziente, affetto da disturbi psichici, un certificato anamnestico per l'idoneità all'uso di armi¹⁵. Con la pistola, in tal modo legalmente detenuta, il paziente compie atti etero e autolesivi. Nella sentenza si afferma l'irrelevanza dell'ipotesi che il paziente avrebbe comunque potuto rivolgersi al mercato clandestino per acquistare l'arma e compiere gli stessi atti: irrilevanza quindi di altre modalità di procacciamento dell'arma e quindi di produzione dell'evento.

Proprio in psichiatria appare davvero chiara la diversità di modalità: un suicidio per ingestione abnorme di farmaci è evento diverso da un suicidio per defenestramento.

In termini riassuntivi: al tradizionale hic et nunc si aggiunge il quomodo.

5. L'ampliamento giurisprudenziale in esame appare condivisibile.

E' infatti logicamente innegabile che debba essere ritenuto diverso un evento che si verifica con modalità diverse. Già nel linguaggio comune qualifichiamo diverso un evento che si verifica con diverse modalità: ad es., lo smarrimento del cellulare perché caduto dalla barca è diverso dallo smarrimento dello stesso oggetto in un locale affollato.

Sotto il profilo giuridico l'ampliamento alle coordinate modali può apparire espressione delle potenzialità espansive del consolidato principio sull'intensità lesiva, allorchè questa si manifesta prima della verifica dell'evento e con modalità di maggiore sofferenza per il paziente.

Anche sotto il profilo medico è poi di tutta evidenza che, ad es., una distocia di spalla durante un parto spontaneo è evento diverso da un'ipotetica lesione della spalla durante un cesareo.

Peraltro non tutte le modalità causali possono essere prese in considerazione. Pensiamo, ad es., ad un'occlusione coronarica non trattata con trombolisi quando tuttavia la necrosi era già in atto al momento della visita: la lisi farmacologica non avrebbe evitato la morte per infarto. In un caso come questo non pare proprio che possa sostenersi che l'evento sarebbe stato diverso con la somministrazione del trombolitico e cioè che la morte sarebbe stata evento diverso, solo perché ci sarebbe stato il ripristino della circolazione distrettuale su un tessuto ormai in necrosi.

E' perciò necessario un criterio di discriminare fra modalità rilevanti e non rilevanti.

¹⁴ Negli ultimi anni la Cassazione ha più volte espresso il principio che il rapporto causale va riferito non solo al verificarsi dell'evento, ma anche alla natura e tempi dell'offesa; anche se il principio è stato enunciato nell'ambito di un altro di carattere più generale (v. le sentenze citate alla nota 7).

¹⁵ Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009) n. 4107, Calabrò, est. Brusco, in Cass. Pen., 2010, 1462, con nota adesiva Piras-Sale.

Si consideri la palmare la differenza che c'è fra l'esempio dell'occlusione coronarica da un lato e dall'altro i casi in commento della ferita oculare non suturata e della distocia di spalla. Nell'esempio dell'occlusione coronarica emerge chiaramente l'inutilità del rispetto di linee guida e letteratura: la somministrazione del fibrinolitico non avrebbe comunque offerto al paziente alcuna chance in più. Nei casi in commento invece l'anestesia generale e il parto cesareo avrebbero offerto, eccome, più chances al paziente¹⁶.

Potrebbero quindi ritenersi rilevanti tutte quelle modalità di verifica che evidenziano l'utilità della condotta doverosa nel caso concreto. Ma un tale criterio andrebbe incontro ad un'obiezione: così si addebita al medico la verifica dell'evento non per averlo causato, ma solo per avere privato il paziente di chances di guarigione.

In realtà sul piano del diritto sostanziale, non appare rinvenibile un criterio di discriminazione. Già Antolisei, circa ottant'anni fa, lo segnalava: *"... il dire che l'evento deve essere considerato nella sua forma concreta, non significa che tutte le particolarità di esso, anche le più secondarie, debbano essere rilevate... spetta al buon senso del giudice l'ultima parola; una regola generale non è possibile."*¹⁷.

Tappeto rosso al buon senso del giudice, che però vorrà forse una mano a decidere.

Nello spirito eminentemente pratico di queste righe, l'analisi viene spostata sul piano processuale¹⁸.

Dovranno essere ritenute rilevanti solo quelle modalità di verifica che non danno luogo a dubbio "ragionevole" che l'evento non si sarebbe verificato se la condotta doverosa si fosse tenuta.

In altri termini la diversa modalità di verifica, difensivamente prospettata, non può essere "congetturale", come posto in chiara evidenza nella sentenza Cezza. La diversa modalità deve essere basata su dati concreti presenti negli atti processuali¹⁹. Occorre dare ragioni. Appare invero congetturale la modalità di un'intubazione determinante comunque la perdita di tessuto oculare, perché appunto non confortata dai dati probatori. Così come congetturale appare l'ipotesi di una lesione di spalla in corso di cesareo e quindi all'atto dell'estrazione del feto dallo scavo pelvico, in assenza di alcun dato che porti a dubitare che ciò si sarebbe potuto verificare nel caso concreto.

Un dubbio senza ragioni non è un dubbio ragionevole.

¹⁶ In argomento: Viganò, *Riflessioni sulla c.d. causalità omissiva in materia di responsabilità medica*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, 1705 e ss.

¹⁷ Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1934, 261.

¹⁸ L'analisi delle questioni sotto questo angolo visuale corrisponde ai suggerimenti dell'attenta dottrina contemporanea, così Demuro: *"L'accertabilità processuale acquista... una funzione selettiva della sostenibilità dei concetti teorici, che dipenderà (non solo per il dolo) dalla loro verificabilità empirica"*, *Il dolo*, Milano, 2010, 152

¹⁹ Sul punto la giurisprudenza è consolidata, v. ex plurimis, Cass. IV, 17 giugno 2011 (3 agosto 2011) n. 30862 Rv. 250903, Giulianelli e altri, est. Piccialli.

