

Cassazione meno rigida col dottore

Si intravede un argine alla pioggia di contenziosi che tanto spaventa i medici, un freno alla valanga di risarcimenti accordati ai pazienti. Il "vento nuovo" - partito da due sentenze delle Sezioni Unite civili della Cassazione datate gennaio 2008 - è andato al cuore della questione. Chiarendo che anche in sede civile deve essere rigoroso l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta del medico e il danno arrecato al malato: l'elemento che concorre, insieme con la colpa, a configurare la responsabilità del camice bianco.

Si dirà: sono sottigliezze da azzecagarbugli. E invece no. In estrema sintesi, le Sezioni Unite hanno

detto chiaro e tondo che non si può condannare un medico a risarcire i danni se non si prova l'esistenza di probabilità superiori al 50% che proprio la prestazione eseguita sia stata causa della lesione. Siamo lontani dalla severità probatoria del processo penale, dove vige la regola della prova «oltre ogni ragionevole dubbio». Ma siamo fortunatamente anche più distanti dal far west del probabilismo selvaggio e astratto cui certi giudici civili sembravano essersi abbandonati. Alimentando il circolo vizioso della medicina difensiva. Che danneggia tutti. (M.Per.)

A PAG. 10-11

Si stringe la forbice tra i due rami della Cassazione nella valutazione della responsabilità medica

Malpractice, giudici più concordi

Sull'accertamento del nesso causale cresce il rigore anche in sede civile

In un contesto giurisprudenziale caratterizzato da una netta divaricazione di orientamenti nell'accertamento del nesso causale tra la condotta del medico e l'evento lesivo subito dal paziente sopravvivono le decisioni delle Sezioni unite civili dell'11 gennaio 2008 (sentenze nn. 576 e 581), le quali possono fondatamente segnare, ove correttamente intese e applicate, una svolta di grande rilievo (che per il vero non sembra essere stata sottolineata nel dibattito dottrinale).

Alcune proposizioni delle sentenze in questione danno la netta sensazione che l'autorevole consenso, reso consapevole dell'inadeguatezza del trend interpretativo di legittimità in materia di causalità, abbia avvertito la necessità improcrastinabile di riportarvi chiarezza di principi.

In effetti, la Suprema Corte mostra di prendere vigorosamente le distanze dal paradigma giustificativo impiegato nei propri precedenti, allorché - a esempio - quasi ammonisce (e pur orbitando la responsabilità civile intorno alla figura del danneggiato) la corretta individuazione di un responsabile sia sempre e comunque necessaria anche nell'illecito civile: «Un responsabile è pur sempre necessario, se non si vuole trasformare la

responsabilità civile in un'assicurazione contro i danni, peraltro in assenza di premio». Va nella stessa direzione quando aggiunge che, quale che sia il criterio di imputazione soggettiva del danno (e dunque anche se indipendente dalla colpa e operante in via oggettiva), tale criterio non fornisce indicazioni proprie e autonome circa l'accertamento del nesso causale, sicché un tale nesso deve essere pur sempre riscontrato tra la condotta del responsabile (in ipotesi di responsabilità colposa) o la condotta di altri (a esempio, art. 2049 Cc) o i fatti considerati dalla specifica norma (articoli 2051, 2052, 2054, c. 4, Cc), collocati all'inizio della serie causale.

Fondamentali e finalmente chiarificatori appaiono i principi di diritto dettati:

- non esiste una teoria della causalità autonoma per il diritto civile ma, anche per quest'ultimo, la matrice normativa della causalità riposa negli articoli 40 e 41 Cp, che fissano la regola della condizione necessaria (e cioè dell'equivalenza causale), temperata dall'intervento interruttivo dei fattori sopravvenuti di cui al cpv. dell'art. 41 Cp (per il vero, a tale indiscutibile enunciato si fa anche seguire il richiamo, quale criterio effettivamente applicabile, alla teoria della

causalità adeguata alias della «regolarità causale», a garanzia della non imputazione delle conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili della condotta, ma unicamente di quelle prevedibili nel momento della condotta e dunque ex ante: teoria, per come è noto, in realtà assai censurata in dottrina e poco condivisa nella giurisprudenza);

- in particolare, in caso di omissione, il criterio metodologico di verifica consiste nel giudizio controfattuale di tipo prognostico-ipotesico, secondo il medesimo protocollo di indagine applicato in sede penale;

- ciò che diverge, tra processo penale e processo civile, è la regola probatoria, «in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", mentre nel secondo la regola è quella della "preponderanza dell'evidenza" alias "del più probabile che non": essendo la diversità degli standard probatori la conseguenza della diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti»;

- il "probabile" probatoriamente rilevante è quello «logico» e non quello meramente statistico, essendo la probabilità logica la risultante del ne-

cessario raffronto tra le leggi (scientifiche) statistiche e tutte le circostanze del caso concreto, e questo anche allo scopo di escludere l'intervento di fattori causali alternativi; a tale stregua, l'attendibilità di una ipotesi ricostruttiva deve essere vagliata sulla base degli elementi di conferma che riceve nel processo.

Potrebbe per sintesi dirsi, enucleando l'essenza del pensiero espresso nelle decisioni in rassegna (e a parte la riserva in ordine al richiamato criterio della cosiddetta "causalità adeguata"), che la Suprema Corte segnali due assolutamente univoche e non più eludibili prospettive di valutazione nell'accertamento del giudice riguardo al rapporto causale:

a) la necessità del transito da spiegazioni causali unicamente fondate sulle astratte probabilità, al massimo indicative, in ultima analisi, della potenzialità causale della condotta (ossia disvelatrici di una - non probante e inutile al processo - causalità "in generale") alla verifica "particolaristica" e "individuale" del nesso eziologico (quella realmente servente al processo), la quale non può prescindere dal confronto dell'ipotesi astratta con tutte le circostanze del fatto concreto, al fine di accertare se l'ipotesi stessa riceva o me-

no elementi di conferma dalle prove disponibili. È questo il corretto metodo che consente anche di escludere l'interferenza di cause alternative (in effetti responsabili della produzione dell'evento);

b) l'attingimento, all'esito dell'indagine ricostruttiva, di un risultato probatorio («il più probabile che non») espressivo di una persuasività adeguatamente rassicurante del ragionamento causale, confortata

dalla preponderanza logica dell'evidenza di affidabilità della (unica) ipotesi causale proponibile, ovvero, in caso di più ipotesi, di una di esse rispetto alle altre (sempre che, di per sé, l'ipotesi più accreditata ri-

sulti in ogni caso sostenuta da un grado di probabilità logica superiore al limite minimo del 51 per cento).

*pagine a cura di
Gianfranco Iadecola*

Quelle soluzioni ricostruttive poco convincenti

È noto come, storicamente, nella verifica del collegamento causale tra condotta ed evento lesivo nei processi per responsabilità sanitaria, l'atteggiamento valutativo della Cassazione civile (come si sa sorretto dal dichiarato intento di protezione del paziente, quale soggetto più debole, in quanto "più distante dalla prova" nella relazione di cura), da un lato, non sia stato contrassegnato da assoluta chiarezza e linearità circa i rapporti con gli approdi correlativi (di garanzia) - a un tempo, singolarmente, evocati e disattesi - della giurisprudenza penale, dall'altro, abbia quasi sempre prodotto soluzioni ricostruttive poco convincenti, in quanto non dimostrative, in termini sufficientemente persuasivi, della effettiva ricorrenza del nesso di derivazione.

A tale stregua, si è generalmente ritenuto risultato probatorio appagante il riscontro di genericamente «serie e apprezzabili probabilità di successo» dell'intervento medico omesso, ovvero la mera «ragionevole possibilità» della lesività della condotta del sanitario, come anche la sola astratta idoneità causativa di danno della medesima, o la «probabilità scientifica» dell'ipotesi di correlazione,

quand'anche non integrata da elementi di conferma tratti dal caso concreto. Secondo una linea interpretativa che, palesemente attestata sulla soglia di una causalità potenziale o «in generale», davvero affidava a basi poco solide, per non dire evanescenti, la (pur indeclinabile) prova «particolaristica» del rapporto causale, ossia la sua dimostrazione nella individualità del concreto caso processuale, avuto riguardo a tutte le circostanze del medesimo (cfr., in tali inappaganti termini, tra le molte, Cass., sez. terza civile: n. 12103/2000, n. 17152/2002, n. 4400/2004, n. 7997/2005, n. 11609/2005, n. 11755/2006, sent. 18/5/2007, Alvaro c. Asl 4 Chiavari, sent. 26/6/2007, Artistico c. Soc. Fondiaria Sai).

Si è assistito chiaramente, in questa prospettiva interpretativa, a una sorta di "volatilizzazione" della causalità e al sostanziale svigorimento del suo statuto, con il costante e grave rischio dell'attribuzione del danno a soggetti che non ebbero effettivamente a provocarlo (rischio assai preoccupante, attesa la ben nota afflittività delle statuizioni risarcitorie - ai limiti della punitività - in ambito, in particolare, di alcuni settori specialistici della medicina).

Probabilismo contro certezza

Si è ormai chiaramente delineata in giurisprudenza, e proprio in relazione all'accertamento del nesso causale in tema di responsabilità medica, la diversità dei livelli di prova da attingere a seconda che si versi in sede civile o penale. È ormai noto come si ritenga che mentre nel giudizio penale occorra la prova «oltre ogni ragionevole dubbio» di tale nesso, in quello civile sia sufficiente raggiungere la soglia (minima) del «più probabile che non», alias della cosiddetta "preponderanza dell'evidenza" (in tali sensi: Cass., sez. terza civile, sentenza n. 21619/2007; Cass., Sezione Unite civili, sentenze n. 576 e 581 dell'11 gennaio 2008).

Deve essere però sottolineato che lo standard probatorio "minore", che è proprio del processo civile, non potrebbe essere inteso come "bastevolezza di una prova qualsiasi", quand'anche meramente indicativa di una giustificazione

possibile o appena sensata, ma debba viceversa comunque postulare un risultato dimostrativo che, pur non attingendo le certezze necessarie per la condanna penale, esprima una spiegazione adeguatamente persuasiva, ossia attendibile, del fatto ritenuto in sentenza.

E infatti, al di là di ogni altra considerazione afferente alla necessità di soluzioni non totalmente disarmoniche tra i due ordinamenti (implicata dai raccordi esistenti tra gli stessi: si pensi all'esercizio dell'azione civile nel processo penale, mediante la costituzione di parte civile, e alle conseguenze della stessa, ex articoli 74, 75, 652 del Codice di procedura penale), una siffatta conclusione risulta postulata dallo stesso esatto significato della formula probatoria - di matrice processuale di common law - del «più probabile che non».

CANONE PROBATORIO SOTTO LALENTE

Il significato autentico del «più probabile che non»

Il senso del canone probatorio del «più probabile che non» esige qualche ulteriore riflessione. L'imprescindibilità di un livello maggiore di persuasività del risultato dimostrativo

finale circa la ricorrenza del nesso costituisce, innanzitutto, la diretta e immediata conseguenza della regola indicata del «più probabile che non», ove accettata nel suo più esatto e

autentico - "originale" - significativo.

Il reale senso di una tale formula probatoria non può che derivarsi dagli ordinamenti occidentali menzionati nelle decisioni delle Sezioni unite civili di gennaio 2008, e in particolare dai sistemi di common law, ove il criterio del «più probabile che non» (more probable than not), definito anche della «preponderanza dell'evidenza» (preponderance of evidence), risulta tradizionalmente applicato nei giudizi civili.

In tali sistemi esso significa necessario riscontro in ordine al thema probandum, alla luce del complessivo compendio probatorio, di un grado di probabilità logica superiore al 50%, per cui, in tema di causalità, il danneggiato è richiesto di provare, tramite la «preponderanza» della prova (superativa del livello percentualistico indicato) che il comportamento alternativo doveroso del convenuto avrebbe evitato il pregiudizio patito. Il che vale a dire, nei processi per responsabilità medica, che l'attore deve provare l'esistenza di probabilità superiori al 50% che proprio la prestazione sanitaria eseguita sia stata causa but for dell'evento lesivo (a esempio, dimostrando che le aspettative di guarigione o di sopravvivenza, senza la condotta colposa del sanitario, sarebbero state superiori al 50 per cento).

L'illustre dottrina penalistica cui si devono gli studi più approfonditi in tema di causalità non mancava di ricordare come le corti civili nordamericane, che non si appagano del parametro valutativo della "causalità generale" ed esigono la prova particolaristica della "causalità individuale" (dal momento che la prima nulla dice sul caso concreto), non lascino transitare spiegazioni eziologiche non sostenute da siffatto minimo grado di certezza probabilistica (superiore allo standard del 50%), al di sotto del quale esse considerano l'ipotesi dell'attore pari a illazione o a inammissibile congettura, ovvero solo inutilmente dimostrativa di una mera possibilità di presenza della correlazione tra la prestazione del sanitario e il danno lamentato dal paziente (si veda Federico Stella, *Giustizia e modernità*, Milano 2002, 2ª ed., p. 299 e seg., e passim).

Sembra evidente allora, a una tale stregua, che l'impiego del criterio probatorio indicato dalle Sezioni unite, esattamente inteso (ossia "letto" alla luce dell'accezione che riceve nei sistemi giuridici da cui proviene), non possa ormai più contemplare spiegazioni causali approssimative e non effettivamente probanti, alla pari di quelle proposte per lunghe

stagioni dalla giurisprudenza civile. Di certo non risulta più soddisfacente, rispetto al livello giustificativo ora postulato, il ricorso al formulario delle generiche «serie e apprezzabili probabilità di successo» o della «probabilità scientifica dell'ipotesi», ovvero della stessa «idoneità causativa» della condotta denunciata.

Simili parametri dimostrativi segnalano per il vero, al più, che la verifica giudiziale ha attinto il riscontro di una dimensione di una (insufficiente) potenzialità causale, ossia ha individuato una ipotesi di derivazione verosimilmente sensata e plausibile, che però, in quanto recante una giustificazione del nesso in generale, manca per definizione della capacità dimostrativa ormai richiesta. Che implicherebbe, semmai, il reperimento nel processo di elementi di prova confermativi dell'ipotesi stessa, in grado di conferirle adeguata attendibilità in relazione al caso concreto (individuale) dedotto in giudizio.

L'avallo alla fondatezza della valenza dimostrativa "forte" postulata dal canone probatorio di novello conio in rassegna, si può del resto trarre dalla stessa «attenta dottrina» citata dalle Sezioni unite (allorché, nelle decisioni richiamate, si soffermano sulla regola della prova nel processo civile), le quali, pur senza espressamente menzionarli, con ogni fondatezza si riferiscono agli studi del processualista Taruffo sul tema della prova.

L'esimio autore spiega assai lucidamente, nel suo scritto più noto in materia, come l'ipotesi «più probabile che non» debba necessariamente superare, nel vaglio giudiziale, il quoziente percentualistico di probabilità logica del 50% (egli sottolinea come il dato numerico sia solo un modo per esprimere rapporti logici), individuando nella soglia del 51% il «limite minimo» per «una versione attendibile del fatto», ossia «un'attendibilità appena sufficiente per porre l'ipotesi a base della decisione». Sicché «può ritenersi ragionevolmente attendibile l'ipotesi sul fatto che abbia un grado di probabilità logica di almeno 0,50». Sotto un tale limite, «non è ragionevole considerarla attendibile; sarà sensata, ma non è attendibile» (Michele Taruffo, «La prova dei fatti giuridici», Milano, 1992, p. 272 e segg.).

**La prova sia fondata
almeno al 51%**

LEZIONI PER IL FUTURO

Adesso stop ai giudizi «deboli»

Troppe condanne approssimative

Il complessivo discorso sin qui sviluppato rende manifesto come il criterio del «più probabile che non» si configuri come un vero e proprio principio di garanzia sul piano dell'accertamento giudiziale del fatto, di per sé inconciliabile con spiegazioni causali (le quali al fatto ineriscono) per così dire «deboli», ossia elaborate in astratto e non adeguatamente corroborate dagli elementi di prova disponibili.

La sua corretta applicazione processuale assicura infatti un risultato dimostrativo oggettivamente credibile circa l'esistenza del nesso causale, non consentendo l'avallo di

alcuna ipotesi ricostruttiva che, pur in sé plausibile ovvero più plausibile delle altre con cui si trovi a concorrere, risulti però intrinsecamente sprovvista di una qualificata attendibilità logica (che si collochi almeno al livello «minimo assoluto» del 51% di fondatezza, secondo quanto precisato).

In tale prospettiva, vengono a risultare sostanzialmente violative della reale essenza del criterio probatorio in discorso, e devono essere perciò disattese, letture giurisprudenziali che continuano a essere genericamente attestate sull'unica giustificazione causale proponibile (non sottoposta ad alcuna pre-verifica di intrinseca consistenza) o su quella tra le

altre apparentemente più dotata di probabilità di fondatezza, senza che ne sia stata vagliata la «precondizione» della intrinseca pregnanza dimostrativa secondo il parametro probabilistico (se non eccellente, di sicuro qualificato) più volte ribadito.

Deve essere, in conclusione, ribadito il rilievo decisivo che (a nostro giudizio, per lo meno) assumono, nel capitolo della causalità nella responsabilità medica, le sentenze delle Sezioni Unite civili del gennaio del 2008, se è vero che esse introducono un protocollo di verifica e individuano un risultato probatorio minimo e indefettibile dell'indagine causale che, correttamente intesi e applicati, si distaccano sensibilmente dagli approdi poco giustificativi e appaganti tradizionalmente propri della giurisprudenza precedente della medesima Suprema Corte. Al

punto che non sembra lontano dal vero prefigurare che l'adozione dello standard probatorio del «più probabile che non», con la più persuasiva e solida spiegazione causale implicata, avrebbe fondatamente comportato, per il passato, una quantità assai meno numerosa di esiti sfavorevoli ai medici nei giudizi civili per responsabilità professionale.

Certo, qualora le indicazioni delle Sezioni Unite rimanessero disattese, e si continuasse in giurisprudenza, pur magari ritualisticamente evocandone i dicta, a praticare in materia di causalità le

letture meramente apparenti e non realmente esplicative del passato, il consolidamento della eccessivamente ampia divaricazione tra prova penale e prova civile sull'«elemento strutturale dell'illecito» dovrebbe far riflettere sulla stessa permanente e ragionevole giustificabilità dell'istituto della costituzione di parte civile nel processo penale, con il connesso profilo della efficacia preclusiva del giudicato ex art. 652 Cpp.

Sembra in effetti che quanto più evanescente e presuntiva venga a essere la ricostruzione causale nel processo civile per risarcimento del danno, tanto più fondatamente si configuri come una vera e propria aporia del sistema ordinamentale complessivo l'assoggettamento del vaglio della medesima pretesa civilistica, ove fatta valere nella sede penale attraverso la costituzione di parte civile, al regime di garanzia della certezza processuale (ossia di una dimostrazione probatoria capace di resistere a ogni dubbio appena ragionevole) in tale sede vigente.

