

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/01/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37750-nei-casi-di-routine-l-osservanza-dei-protocolli-salva-il-medico>

Autore: Lorusso Alberto

Nei casi di routine, l'osservanza dei protocolli salva il medico

NEI CASI DI ROUTINE, L'OSSERVANZA DEI PROTOCOLLI SALVA IL MEDICO

Con una, sintetica, ma chiara, pronuncia, la Corte di Cassazione torna a mettere dei paletti in tema di responsabilità medica¹.

Il caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte è quello d'una donna che aveva convenuto in giudizio l'ASL (la quale, poi, aveva chiamato in causa il Medico), lamentando di aver subito, a causa dell'iniezione praticata da parte del Sanitario al fine di somministrarle la vaccinazione obbligatoria antitifica, una lesione permanente.

Segnatamente, l'attrice contestava che l'iniezione le avesse danneggiato il nervo circonflesso, noto anche come "nervo ascellare".

In ambo i gradi di merito, la domanda era stata respinta.

Lo stesso ha fatto la Suprema Corte, che pure ha rigettato il ricorso, condannando la paziente alla rifusione delle spese in favore delle altre parti.

Il ragionamento che sta alla base della decisione qui in commento è assolutamente lineare, anche se, dando mostra di considerare come scontati alcuni profili, non si sofferma in modo dettagliato su molti aspetti che, invece, avrebbero potuto essere affrontati, rendendo il provvedimento più corposo e, quindi, passibile di fungere maggiormente da riferimento per gli operatori del diritto.

Se una critica può essere articolata alla sentenza, consiste nel fatto che è forse un filo troppo asciutta, eccessivamente sintetica, quindi può risultare involuta, ma ciò sembra da ascrivere al fatto che l'ermeneutica giuridica, invero, ha affermato con molto nitore alcuni principi, che sono fermi e stabili, per cui la giurisprudenza si muove su un terreno perfettamente definito, privo di increspature, avvallamenti o depressioni carsiche che possano consentire alle soperse di annidarvisi, per cui non avverte il bisogno di spiegare ciò che ritiene ovvio.

Per i Giudici, l'orizzonte è limpido: il diritto è logica e lo sanno bene, per cui

¹ Cass. 21177/2015

² Non è questa la sede per una disamina del tema, pur se è interessante. Poiché, alla fin fine, per gli Avvocati,

incedono senza incertezze, semplicemente dipanando in maniera chiara i principi che sorreggono l'impianto dell'ordinamento.

Vale la pena di rammentare come sia ormai pacifica l'affermazione del principio per cui, in ambito sanitario, la prestazione del Medico sia di tipo contrattuale in forza vuoi d'un effettivo rapporto negoziale bilaterale, vuoi per quello che è comunemente noto come "contatto sociale"².

Conformemente, quindi, alla regola generale, il creditore che agisca per l'inadempimento del proprio debitore, risulta gravato dall'onere di fornire la prova della fonte del proprio diritto, potendo, invece, limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, la quale, come debitore, sarà onerata di dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento, ovvero dell'inesistenza dell'obbligo (Cass. SSUU 13533/2001).

Onde poter reclamare il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento, quindi, il soggetto dovrà provare il pregiudizio in rapporto al quale reclama ristoro ed il nesso causale tra l'allegato inadempimento ed il danno lamentato.

Nella decisione in esame, la Corte di Cassazione, una volta di più, ribadisce le regole in tema di ripartizione dell'onere probatorio già affermate³ con riferimento alle ipotesi in cui sia prospettato un caso di responsabilità medica, evidenziando come "nei giudizi di risarcimento del danno causato da attività medica, l'attore ha l'onere di allegare e di provare l'esistenza del rapporto di cura, il danno ed il nesso causale, mentre ha l'onere di allegare (ma non anche di provare) la colpa del Medico; quest'ultimo, invece, ha l'onere

² Non è questa la sede per una disamina del tema, pur se è interessante. Poiché, alla fin fine, per gli Avvocati, ciò che conta è quanto stabiliscono i Giudici, rimando a Cass. 8940/2014, ove viene chiarito nettamente che la c.d. legge Balduzzi non ha inciso sulla natura del vincolo obbligatorio, che resta del tipo contrattuale. Tale pronuncia di legittimità era stata comunque preceduta da arresti di merito, tra cui, *ex plurimis*, si può considerare T. Bologna, sent. 2649 del 23/09/2013.

³ Cass. 17143/2012

di provare che l'eventuale insuccesso dell'intervento, rispetto a quanto concordato o ragionevolmente attendibile, è dipeso da causa a sè non imputabile”.

È necessario avere ben chiaro un primo aspetto: nell'eventualità in cui non sia conseguito il risultato ambito, oppure insorga un peggioramento nelle condizioni di salute della persona, non ricorre *ipso facto* la prova dell'inadempimento del Medico, giacché a costui è dato di provare che il fatto negativo non sia a lui ascrivibile, in quanto derivante da fatti incontrollabili⁴.

Per quanto concerne il caso di specie, la Corte di Cassazione ratifica la soluzione adottata dalla Corte d'Appello di Napoli, la quale aveva rigettato la domanda della paziente, sul rilievo che “benchè potesse ritenersi provato che l'iniezione aveva toccato e danneggiato il nervo circonflesso, nessuna responsabilità fosse ascrivibile al Medico vaccinatore e per esso alla ASL, avendo il Medico somministrato il vaccino in maniera tecnicamente corretta e avendo il predetto nervo un andamento variabile da individuo ad individuo”.

Questo, che è il punto fondamentale della decisione, pare, francamente, poco valorizzato.

Occorre fare un passo indietro e porre mente al fatto che la giurisprudenza riconosce, pacificamente, come l'obbligazione del Sanitario sia di mezzi e non di risultato⁵.

Il Medico, quindi, salvo non vi sia un'esplicita assunzione di un obbligo in tal senso, non si vincola ad assicurare il superamento della patologia, ovvero a raggiungere l'obiettivo cui l'intervento sanitario è finalizzato, bensì a fornire una prestazione professionale che si ispiri ai criteri di perizia e diligenza.

In proposito, quindi, la giurisprudenza chiarisce come, “nell'obbligazione "di mezzi", il mancato od inesatto risultato della prestazione non consista nell'inadempimento, ma costituisca il danno consequenziale alla non diligente esecuzione

⁴ Cass. 23918/2006

⁵ *Ex plurimis*, Cass. 4400/2004.

della prestazione: in queste obbligazioni, in cui l'oggetto è l'attività, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia "vicina" a chi ha eseguito la prestazione, tanto più che, trattandosi di obbligazione professionale, il difetto di diligenza consiste nella inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto⁶.

Laddove l'intervento sia di tipo routinario, il superamento dell'onere probatorio potrà considerarsi avvenuto, fornendo la dimostrazione di essersi attenuti alle linee guida esistenti.

In sostanza – *nihil sub sole novum* – si ripropone fundamentalmente la questione della colpa generica e della colpa specifica, *id est* lo scollamento rispetto al contegno del *bonus pater familias*, oppure rispetto alle regole che sovrintendono alla materia, nondimeno la questione fondamentale da tenere presente è che, stante la qualificazione dell'obbligazione nei termini anzidetti, l'adempimento consiste proprio nella condotta conforme alle regole cautelari di tipo generico, ovvero specifico⁷.

Certo: il vantaggio non è da poco, poiché, per l'appunto, dove la prestazione sanitaria si ascriva al novero di quelle di *routine*, il Medico potrà soddisfare l'onere della prova che grava su di lui, semplicemente dimostrando di aver seguito i protocolli fissati dalla scienza medica e da questa accettati⁸.

⁶ T. Ferrara, 17/10/2008

⁷ *Ex plurimis*, T. L'Aquila, 11/02/2010, ove si afferma chiaramente che, "In tema di responsabilità medica, l'obbligazione assunta dal professionista è da considerarsi, di regola, quale obbligazione di mezzi e non di risultato con la conseguenza che l'eventuale responsabilità che nei suoi confronti possa essere fatta valere è di natura extraquiliana. Il criterio informatore, dunque, che deve ispirare il Giudicante nell'accertare l'esistenza di una condotta del Medico, commissiva o omissiva, qualificabile in termini di rimproverabilità, è quello della c.d. *culpa ex contractu*. Ne deriva che la colpa del Medico ricorre, quando, in relazione alla sua attività, venga lesa l'integrità psico-fisica di una persona, per negligenza, imperizia, imprudenza, inosservanza di leggi o regolamenti".

⁸ Gli interventi routinari sono "da intendersi non già come le operazioni di non difficile esecuzione,

Nel caso di specie, per quanto senza che ciò sia esplicitamente affermato, viene fatta applicazione di tali principi, giacché la domanda articolata dall'attrice è stata respinta, alla luce del fatto che l'istruttoria aveva consentito di appurare che l'intervento di somministrazione del vaccino era stato eseguito da parte del Sanitario in modo tecnicamente corretto, essendosi quello attenuto "ai protocolli nella localizzazione dell'iniezione e nelle modalità della sua esecuzione".

La Corte di Cassazione rileva come neppure potesse costituire violazione degli obblighi di prudenza o diligenza la circostanza che il Medico avesse trascurato di prescrivere un esame volto a ricostruire la formazione del nervo poi lesa, non essendo l'intervento di natura complessa.

La peculiarità dell'andamento della parte anatomica lesionata, essendo "variabile e talvolta imprevedibile", identifica a buon diritto un'ipotesi di caso fortuito.

L'ordinamento, dunque, accetta che alcuni eventi negativi si verificano e li mette in conto come possibili conseguenze del funzionamento del sistema.

L'alternativa, del resto, sarebbe dare la libera stura al fenomeno della c.d. medicina difensiva: con questa espressione si indica il fenomeno del ricorso ad esami su esami, che i Medici prescrivono talvolta in modo ingiustificato, al solo fine di scongiurare anche la minima possibile censura, intimoriti dalle conseguenze cui può dare luogo il loro intervento.

Come è noto, l'art. 1176 cc, al co. 1, stabilisce che "nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia", mentre, al capoverso dispone che "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale,

concetto del tutto indeterminato e arbitrario, bensì come gli interventi attinenti a settori nei quali la scienza medica abbia già enucleato uno *standard* curativo – o se si preferisce delle linee guida – universalmente accreditato (cfr. Cass. 20586/2012, Cass.5945/2000). Al contrario, laddove uno *standard* curativo ancora non esista, vuoi perché trattasi di malattie nuove, vuoi perché ancora in fieri il dibattito sull'iter terapeutico più appropriato, si è al di fuori delle c.d. operazioni di *routine*" (T. Cremona, 09/07/2014).

la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”.

Ebbene, lo sforzo che è legittimo pretendere da parte del Medico, quando l'intervento sia comune, è quello, quindi, di rispettare i dettami della Scienza medica, attenendosi scrupolosamente ai protocolli operativi da quella riconosciuti ed adottati.

In simili circostanze, gli eventi pregiudizievoli che si verificano, malgrado l'osservanza delle regole di condotta stabilite dalla Medicina, costituiscono tecnicamente caso fortuito, vale a dire che ricadono al di là del limite di ciò di cui il Sanitario risponde.

Questi, infatti, è tenuto a garantire professionalità e competenza, *id est* “scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale”⁹, la quali sono assicurate, nella misura in cui il Medico segua le regole fissate dalla Scienza.

Il Sanitario, perciò, nella misura in cui, trovandosi dinanzi ad un'operazione di *routine*, si attiene alle linee guida, mantiene un comportamento ineccepibile, di modo che si considera che il fatto pregiudizievole che sia eventualmente insorto si inserisca in quel complesso di accadimenti che stanno al di fuori della sua sfera di controllo ed in rapporto ai quali, quindi, egli non può e non deve essere chiamato a rispondere.

Il principio di diritto estrapolabile dalla decisione resa dalla Suprema Corte di Cassazione è che, laddove vi siano, se il Sanitario rispetta i protocolli condivisi dalla Scienza Medica, egli rende una prestazione che corrisponde a quella cui risulta tenuto, per cui non si verifica alcun inadempimento rispetto agli obblighi assunti.

La condotta del Medico che segua le linee guida corrisponde a quella dovuta, per cui il suo contegno è esente da colpa, con la conseguenza che non risulta a lui imputabile l'evento contestato.

Pare rilevante soffermarsi a considerare un aspetto.

Una recente sentenza di merito spiega che, nel caso di intervento routinario, poiché, statisticamente, dall'osservanza dei protocolli consegue il raggiungimento dell'obiettivo curativo proposto, ricorre una presunzione *juris tantum*, cioè semplice, di

⁹ Cass. 583/2005

inadempimento¹⁰.

In parole molto povere, muovendo dall'assunto che, per i casi routinari, il rispetto delle linee guida genera il conseguimento del risultato curativo, quando questo non sia raggiunto, scatta la presunzione che non si siano seguiti i procolli.

Ad onor del vero, anche questa pronuncia avrebbe potuto connotarsi per maggiore diffusione.

Occorre avere presente che, per l'appunto, in ambito contrattuale, l'onere della prova grava sul debitore.

La conclusione per cui sussisterebbe presunzione di inadempimento non aiuta molto e pare il frutto d'una sintesi forse eccessiva.

Concludere nel senso dell'esistenza d'una simile presunzione non offre elementi di particolare utilità.

Semmai, ciò che è rilevante è che, stante la regolarità statistica di ottenimento del risultato, quando, in presenza d'un intervento di *routine*, non si abbia tale conseguenza, a fronte della possibilità per il paziente/creditore di limitarsi ad allegare l'inadempimento del Sanitario, ricorre la presunzione del nesso di causa tra questo e le sue conseguenze pregiudizievoli.

Nelle obbligazioni di mezzi, il creditore che lamenti un inadempimento è tenuto a provare il nesso tra questo ed il risultato non conseguito.

Nel caso in cui si abbia a che far con un intervento di *routine*, tuttavia, dal momento che è già stata verificata a monte la sussunzione sotto leggi scientifiche di quel risultato, conseguendo quello normalmente dal rispetto delle linee guida, il paziente può giovare di questa sussunzione preventiva e della presunzione di inadempimento.

Si badi che l'obbligazione è e resta sempre e comunque un'obbligazione di mezzi: la sola differenza tra interventi routinari e non sta, quindi, nella sussunzione, per il caso dei

¹⁰ T. Cremona, 09/07/2014

primi, di una presunzione di inadempimento.

Ad ogni modo, la prova liberatoria che grava sul Sanitario è quella di aver rispettato le linee guida.

In definitiva, il succo della decisione qui chiosata è che a nessuno può essere consentito di sbagliare, men che meno a coloro che operano con la vita degli altri, ma ognuno ha il diritto di poter lavorare serenamente, senza correre il rischio di venire travolto, quando abbia mantenuto un contegno perfettamente aderente alle regole che sono state stabilite.

Il messaggio che si ricava dalla decisione in questione è un chiaro viatico ai Medici, ai quali viene apertamente chiarito che, se seguiranno le regole dell'arte, non succederà loro nulla.

Alberto Lorusso

Avvocato