

Responsabilità professionale medica, incertezza del sapere scientifico e valutazione medico-legale: necessità di una aggiornata metodologia.

Fineschi Vittorio*, Turillazzi Emanuela*

Parole chiave: responsabilità professionale, nesso di causalità materiale, valutazione medico – legale

Key words: medical responsibility, causality, medico – legal assessment

La triade concettuale rappresentata e proposta dai temi della responsabilità professionale medica, dalla difficoltà che l'evolvere ed il mutare delle conoscenze scientifiche proprio in tali settori propongono con stringente attualità e la necessità di un approdo valutativo medico-legale ancorato a criteri di affidabile certezza, o quantomeno ad una solida probabilità logica, è stata oggetto di una completa analisi da parte della Cassazione Penale Sezioni Unite (1). Da tale pronuncia emergono importanti passaggi la cui analisi e la cui ricaduta operativa medico – legale

* Sezione Dipartimentale di Medicina Legale, Università degli Studi di Foggia, Via L. Pinto n.° 1, 71100, Foggia.

(1) Cass Pen Sezioni Unite, n°30328, 11 settembre 2002.

sono di fondamentale rilievo per un corretto agire peritale nello specifico settore della responsabilità professionale medica.

“La professione medica costituisce per così dire il prototipo di un particolare modello dell'agire umano: quello dell'adozione doverosa di misure di diligenza, prudenza e perizia che - tuttavia - non offrono, di regola, la certezza di evitare un certo evento. Si è in presenza di una situazione di pericolo già concretamente manifestata connessa alla patologia in atto; oppure connessa alle possibili « complicanze » delle pratiche mediche che si stanno attuando. Il sanitario è tenuto ad adottare le misure imposte dalle *leges artis*, anche se non vi è per nulla la certezza che esse eviteranno l'evento temuto. E' un dovere imposto dallo stato dell'arte e che l'ordinamento penale riprende, fa proprio” (2).

Del tutto recentemente, in un contributo in tema di responsabilità professionale medica, era stato sottolineato come “per non lasciare scandire dalla giurisprudenza un fenomeno vissuto dai mass-media con grande apprensione, si è dunque ricorsi a far camminare con monitorizzazione costante due momenti metodologici ai fini di modificare una situazione operativa, quella sanitaria, che deve comunque crescere e migliorarsi per poter essere sempre più sicura (health care is not safe as it should be) (3). Il binomio operativo prevenzione dell'errore medico - implementazione della sicurezza del paziente, supera per

(2) BLAIOTTA R., *La causalità ed i suoi limiti: il contesto della professione medica*, Cass. Pen., 11, 181, 2002.

(3) REASON J.T., *Forward to Human Error in Medicine*, Marilyn Sue Bogner Ed., Hillsdale, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, 1994.

modernità concettuale e, soprattutto, possibile ricaduta operativa, la tendenza italiana "... alla realizzazione di un più avanzato equilibrio tra l'esigenza di non lasciare senza riparazione la vittima del danno e quella di non rinunciare allo svolgimento ed al progresso delle attività mediche che sono di essenziale utilità per l'intera collettività ..." (4). In sostanza, data l'insopprimibilità della ricorrenza dell'errore e dello sbaglio nella pratica medica, concetto insito nella facile e tangibile constatazione che la medicina non è, e mai sarà, scienza esatta, un irrinunciabile approccio al problema, cui la medicina legale da tempo si dedica è quello preventivo. "... Anche l'errore e lo sbaglio, considerati in questo ambito speculativo quali variabili negative della good clinical practice, non sono eticamente delegabili o esorcizzabili facendo parte della sostanza comportamentale e quindi del corredo della responsabilità, fermo e insopprimibile restando il successivo diritto alla difesa. Ma se vogliamo difenderci dobbiamo imparare a riconoscere anche i segnali più tenui e gli indizi meno suggestivi del nostro errore, del nostro sbagliare ..." (5).

In sostanza, l'approccio metodologico dovrebbe rispondere a quattro fondamentali domande la cui soluzione deve trovare

(4) BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, IV edizione, Cedam, Padova, 2001.

(5) BARNI M., *Responsabilità del medico tra deontologia e diritto*, in *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, FNOMCeO, Atti del Convegno di Studio, Roma 26 giugno 1999, Giuffrè Ed.

esaustivo svolgimento in un poliedrico apprezzamento multidisciplinare volto a chiarire:

- 1) quanto frequentemente l'errore medico ricorra in una data struttura;
- 2) quali fattori contribuiscano a generarlo (umano, tecnico, strutturale);
- 3) quali siano i costi collegati a tali errori;
- 4) quale sia la percezione del paziente e più in generale degli utenti in riferimento alla qualità del sistema sanitario.

Un approccio, dunque, che risiede nella concezione del metodo della scienza tipicamente Popperiano: "... essa sistematizza il metodo scientifico dell'imparare dai nostri errori; lo sistematizza attraverso lo strumento che si chiama discussione critica ... impariamo dai nostri sbagli, specialmente da quelli che ci sono resi presenti dalla discussione critica dei nostri tentativi di soluzione. Ovvero, per dirla in altre parole: problemi – teorie - critiche. Credo che in queste tre parole si possa riassumere tutto quanto il modo di procedere della scienza razionale ...” (6).

Un recentissimo autorevole studio dello statunitense Institute of Medicine, il cui titolo è quanto mai emblematico (To err is human: building a safer health system) fornisce un protocollo di lavoro per approfondire e cercare di risolvere la malpractice medica, con un approccio che non può essere ignorato proprio

(6) POPPER KR., *Logica della scoperta scientifica*, Feltrinelli, 1984.

per la correttezza metodologica propugnata (7). “One of the report’s main conclusions is that the majority of medical errors do not result from individual recklessness or the actions of a particular group--this is not a “bad apple” problem. More commonly, errors are caused by faulty systems, processes, and conditions that lead people to make mistakes or fail to prevent them”.

Le difficoltà proposte dalla scienza, dal tecnicismo e dalla spersonalizzazione dell’errore, si riverberano sulle decisioni dei Giudici, come dimostra l’insoddisfazione delle linee espresse dalla precedente giurisprudenza, che sono alla ricerca di autorità esterna alla quale attingere per individuare un paradigma che affondi nella «scienza» e nella «logica» e che consenta di risolvere senza incertezze gli scottanti problemi sul tappeto (8).

E’ comunque caposaldo inamovibile che, allorquando la giurisprudenza interviene con decisioni la cui portata supera il significato valutativo del singolo caso analizzato, ed anche del momento storico pur ampio ove si contestualizza la sentenza stessa, ecco che occorre verificare la portata dell’assunto nella sua concreta rilevanza specie nella messe di ricadute operative che vengono suggerite al medico – legale (9).

(7) IOM, Institute of Medicine, *To err is human: building a safer health system*, 2000.

(8) BLAIOTTA R., op.cit. sub 2.

(9) FINESCHI V., ZANA M., *La responsabilità professionale medica: l’evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente*, Riv .It. Med. Leg., 1, 49, 2002.

E' questo il caso della decisione della Cassazione Sezioni Unite Penali n.° 30328 del 11 settembre 2002 (10), che "... conchiude tempestivamente e con un esito pregevole il vivace dibattito giurisprudenziale animatosi negli ultimi due anni (11) attorno alle problematiche causali nell'ambito della professione medica ed offre per la prima volta una originale ed argomentata presa di posizione di carattere generale sulla causalità. La pronuncia esprime riflessioni profonde, frutto di una meditata elaborazione, che danno risposte chiare su due questioni che hanno agitato la giurisprudenza nell'ultimo ventennio: quella della causalità nei reati omissivi impropri e quella dell'accertamento del nesso causale, particolarmente nei contesti in cui entra in questione l'applicazione del sapere scientifico" (12).

Ma vediamo, in dettaglio i significativi passaggi destinati ad una profonda meditazione medico – legale:

"...- Orbene, il modello nomologico può assolvere nel processo penale allo scopo esplicativo della causalità omissiva tanto meglio quanto più è alto il grado di 'probabilità' di cui l'explanans è portatore, ma non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico 'prossimo ad 1', cioè alla 'certezza',

(10) Cass. Pen. Sezioni Unite, n° 30328, 11 settembre 2002.

11 BLAIOTTA R., *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, Cass Pen., 692, 1188, 2000.

(12) BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico – deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in corso di stampa su Cass Pen.

quanto all'efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa rispetto al singolo evento.

Soprattutto in contesti, come quello della medicina biologica e clinica, cui non appartengono per definizione parametri di correlazione dotati di tale valore per la complessa rete degli antecedenti già in fieri, sui quali s'innesta la condotta omissiva del medico, per la dubbia decifrabilità di tutti gli anelli della catena eziologica - patogenetica dei fenomeni morbosi e, di conseguenza, per le obiettive difficoltà della diagnosi differenziale, che costruisce il nodo nevralgico della criteriologia medico-legale in tema di rapporto di causalità.

*E' indubbio che coefficienti medio - bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che, anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le **cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale**, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento.*

Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale (invero

assai rare nel settore in esame), pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrilevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi l'attendibilità' in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile” (13).

La medicina legale italiana non può certamente osservare con indifferente distacco un così importante e perentorio invito a definire, completare ed offrire i temi concettuali della *più aggiornata criteriologia medico – legale* nel segno di una continuità dottrinarie e di evoluzione di pensiero più consona ai tempi moderni rispetto ad una metodologia classica ma definitivamente superata dal progresso scientifico e dall'evolvere delle conoscenze (14).

Ed in effetti non sono mancati commenti e spunti propositivi “post – decisione” che hanno subito offerto una chiave di lettura della *criteriologia medico – legale* con applicazioni operative peritali volte a far “... abbandonare vecchi percorsi valutativi per acquisire ed assolvere una effettiva funzione documentaria:

(13) Cass. Pen. Sezioni Unite, n° 30328, 11 settembre 2002.

(14) INTRONA F., *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Cedam, Padova, 1955; CAZZANIGA A., *Criteriologia medico forense*, Soc. Ed. Pavese, 1960; BARNI M., *Il rapporto di causalità materiale in medicina legale*, Giuffrè, Milano, 1995; FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1999.

- a) enunciando le evidenze in maniera chiara ed espressiva delle metodologie seguite per acquisirle, meglio se previamente indicate in adeguati protocolli;
- b) analizzando le condotte con oggettiva (e oggettivata) sicurezza, pronunciando specie in caso di omissività, condotte diverse con procedimento conflittuale.
- c) conferendo al legame tra a) e b) che verrà meglio affermato dal giudice, i materiali più idonei forniti dalle leggi naturali, dalle leggi scientifiche, dalle linee-guida, dai coefficienti contraddittori (epidemiologici) e in definitiva probabilistici ma assunti e offerti non in forma di preteso giudizio conclusivo del consulente ma come elemento oggettivo per un giudizio traghettato oltre la squassante corrente del ragionevole dubbio ...” (15).

E' peraltro evidente che alcune definizioni concettuali disegnate dalle Sezioni Unite non possono essere acriticamente assunte dalla Medicina legale italiana, ed in particolare proprio quella “dell'oltre il ragionevole dubbio”, regola dottrinarica dei Paesi di common law così definita: “... il ragionevole dubbio non è un mero dubbio possibile, perché qualsiasi cosa si riferisca agli

(15) BARNI M., *La causalità nella consulenza medico – legale: dalla adeguatezza alla certezza (al di là del ragionevole dubbio)*, in corso di stampa su Riv. It. Med. Leg.

affari umani è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. È quella situazione che, **dopo** tutte le considerazioni, dopo tutti i rapporti sulle prove, lascia la mente dei giurati nella condizione in cui non possono dire di provare una convinzione **incrollabile** sulla verità dell'accusa..." (16).

Posto che, comunque, nei processi in materia di responsabilità medica si giunge sovente alla "... conclusione che **con il sapere incerto, scientifico o esperienziale che sia, è purtroppo inevitabile fare i conti**, con una difficoltà che costituisce il punto di massima ed inesplorata complessità della scienza giuridica. Il riconoscimento indiscusso di tale necessità nella prassi costituisce uno dei motivi di più radicale contrasto tra dottrina e giurisprudenza" (17).

I passaggi fondamentali della pronunzia sono, forse, di decisa rilevanza per una ricomposizione tra divergenze giurisprudenziali aderenti ad una valutazione medico – legale fondata su di un giudizio probabilistico spesso senza aderenza alla fattualità ed alla concretezza imposte dal caso concreto.

Lo stato delle cose e delle difficoltà è così, recentemente, efficacemente sintetizzato: "Quanto alla congruenza del giudizio di fatto, vengono in evidenza soprattutto i criteri in funzione dei quali il giudice valuta le prove e costruisce le inferenze che lo

(16) Superior Court of the State of California for the County of Los Angeles, Department no.103, Hon. Lance A. Ito, Judge, *The people of the State of California, v. Orenthal James Simpson (No. Ba097211)*, Reporter's Transcript of Proceedings, 22 settembre 1995, 229, 47105.

(17) STELLA F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001.

conducono all'accertamento finale della "verità" dei fatti del caso. Talvolta può trattarsi di parametri di carattere scientifico, ed allora occorre che il giudice -servendosi di esperti quando è necessario- faccia ricorso a nozioni scientificamente attendibili e non alla *junk science* il cui uso è pure così diffuso nelle aule giudiziarie. Più spesso accade che il giudice non disponga di criteri conoscitivi scientificamente convalidati, e che quindi non possa che far uso della *background knowledges* che costituiscono la sua cultura di uomo medio, ovvero alle massime d'esperienza..." (18).

E', pertanto, di piana evidenza che sarebbe un grave errore non considerare l'impatto operativo imposto dalla impressionante messe di contributi scientifici e di conoscenze quali sono ormai a disposizione di tutti per via della notoria ed ineliminabile incertezza del sapere scientifico. Se è vero che "... L'incertezza scientifica costituisce il paradigma con il quale i giudici devono costantemente misurarsi per risolvere le controversie giudiziarie relative ai temi della modernità, legati a questioni giuridiche complesse. Così è, ad esempio, per le tematiche connesse allo sviluppo della medicina ed alla sempre crescente consapevolezza, da parte del malato, dei propri diritti..." (19), è altrettanto innegabile che il medico – legale è da sempre abituato a confrontarsi con l'incertezza causale propria del metodo forense "nell'angoscia peritale di dover coraggiosamente confessare una

(18) BLAIOTTA R., op. cit. sub 12.

(19) STELLA F., op. cit. sub 17.

impotenza scientifica mai surrogabile con il buon senso o peggio con la albagia di una presunta autorità di libero convincimento che è appannaggio, oggi molto appannato, del Giudice” (20).

La necessità di fornire a sostegno della valutazione leggi e dati scientifici di riferimento conduce così a dispute iperspecialistiche spesso poco comprensibili al giurista e talvolta anche non completamente calate nella realtà della dinamica processuale del singolo caso concretamente preso in esame. E’, questa stortura metodologica, ciò che efficacemente è stato definito come “shock da modernità”: “Gli esperti, chiamati dall'accusa pubblica e privata a testimoniare, esprimono il loro parere sui risultati delle discipline di cui sono specialisti, richiamando l'attenzione esclusivamente sui profili di causalità generale; questi profili vengono poi criticamente discussi dagli esperti specialisti della difesa, e il *clou* del processo finisce così per essere costituito proprio dalla causalità generale e dalla disputa sulle prove epidemiologiche e sui dati sperimentali, che dovrebbero sorreggere l'idea della causalità generale: nelle maglie della prassi giurisprudenziale finisce così per insinuarsi un concetto di causalità che non ha nulla a che vedere con la causalità individuale” (21).

E’ necessaria, a questo punto, una analisi del fondamento epistemologico della causalità in medicina legale e ciò per

(20) BARNI M., op. cit. sub 15.

(21) STELLA F., op. cit. sub 17.

interpretare il corretto approccio metodologico e, in particolare, verificare la presa di posizione concettuale delle Sezioni Unite.

Il modello nomologico, è uno degli snodi fondamentali della pronuncia, “può svolgere il suo ruolo esplicativo tanto meglio quanto più alto è il grado di probabilità di cui l'*explanans* è portatore, ma non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo leggi scientifiche universali e statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico prossimo ad uno. Soprattutto in contesti come quello della medicina, è necessario ricorrere anche a leggi statistiche dotate di coefficienti medio - bassi di probabilità frequentista nonché, in qualche modo, anche a generalizzazioni empiriche del senso comune nonché a rilevazioni epidemiologiche. Occorre in tali ambiti una verifica particolarmente attenta e puntuale della fondatezza delle generalizzazioni sia della loro applicabilità nella fattispecie concreta ... A tale riguardo la Corte sottolinea la necessità di verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della applicabilità alla fattispecie concreta. In particolare, nell'ambito della medicina biologica e clinica sarà possibile attingere, ai fini della valutazione dell'interazione tra le emergenze fattuali, al **metodo criteriologico** elaborato in medicina legale. Si tratta di un punto di estremo interesse che incide su un acceso dibattito tra certa dottrina penale, ispirata al modello nomologico deduttivo, e la dottrina medico-legale che -

invece- è da sempre fondata su una visione di tipo induttivo, cioè fondata sui fatti caratteristici di ciascuna evenienza, conformemente alla complessità ed irripetibilità di ciascuna vicenda, fortemente caratterizzata, di solito, dall'interazione di numerosi fattori causali. Per il medico legale (ma anche per il medico clinico la situazione non muta), quindi, non si tratta di dedurre da premesse certe conclusioni logicamente rigorose, ma di basarsi su osservazioni fondate statisticamente e probabilistiche, di raccogliere tutti i dati inerenti l'ambito biologico, e di risalire ad ogni antecedente causale di un evento sottolineandone i caratteri e le modalità d'azione ed interazione nel complesso processo che conduce all'evento. Un metodo, come si vede, lontano dall'astratta assiomaticità del ragionamento nomologico deduttivo, come è del resto naturale se si considera che nell'ambito della scienza medica si dispone di una vasta congerie di informazioni scientifiche, ma non si riscontra quasi per nulla un apparato nomologico capace di porsi quale premessa maggiore di un ragionamento deduttivo. Tale metodo empirico è assai affine a quello delineato dalle Sezioni unite ...” (22).

Ed è sempre Blaiotta che, citando Barni (23), con esemplare osservazione sottolinea come “... Per il filosofo del diritto o per il penalista teoretico, il rapporto causale si muove secondo un ragionamento deduttivo che parte da premesse certe e richiede quindi risposte sicure, considerazioni strettamente logiche,

(22) BLAIOTTA R., op. cit sub 12.

(23) BARNI M., *Il medico legale e la causalità*, Riv. It. Med. Leg. 2, 393, 1979.

espressioni rigorose. Per il medico legale, invece, il ragionamento muove da un fatto concreto (evento) che consente di risalire, con rigore induttivo, al fenomeno che lo ha determinato (causa) che è per di più un momento intermedio d'ordine biologico nel quale occorre poi verificare l'incidenza del fattore di rilievo giuridico. Si tratta del metodo criteriologico: fondato su osservazioni di valore statistico e di alta probabilità, consta della raccolta di tutti i dati inerenti l'ambito biologico e risale ad ogni antecedente causale di un evento, sottolineandone altresì con puntuale chiarezza e discernimento i caratteri; specificando ove possibile se (ma non si chiedi in quale misura, ch'è quesito al di fuori d'ogni logica) detti antecedenti, eventualmente con prevalenza o priorità biologicamente documentabili, abbiano o non concorso al realizzarsi dell'evento. Secondo la dottrina medico-legale occorre - quindi - abbandonare con coraggio concezioni teoriche ed astratte, regole assiomatiche ma sostanzialmente inapplicabili ed in palese dissidio, talora, con il buon senso e con l'amore d'equità. E' necessario abbandonare, in altri termini, la costante necessità di riferirsi a criteri d'indole generale, aventi forza di assioma anche in situazioni che per loro stessa natura rifuggono da un rigido inquadramento normativo perseguendo, invece, analogamente ed in sincronia con la dottrina medico-legale, uno studio fenomenologico più affine all'empirismo che, fondandosi sul rilievo oggettivo dei fatti, consenta d'individuare volta a volta l'essenza, la causa e la

rilevanza giuridica, in un costante e proficuo intento collaborativo fra dottrina e pratica, riportando il criterio alla realtà di ogni evenienza...” (24).

Ed allora, sulla scorta del preciso indirizzo della Suprema Corte possiamo formulare un itinerario metodologico che facendo ricorso a “... generalizzazioni **scientificamente valide** consenta infatti di ancorare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da ampi margini di discrezionalità e di indeterminatezza, a **parametri oggettivi** in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria, anche per i più complessi sviluppi causali dei fenomeni naturali, fisici, chimici o biologici...” (25). In sostanza vi è necessità di una metodologia operativa che si componga di prerogative inalienabili così riassumibili:

- 1) fondatezza scientifica**
- 2) confermabilità**
- 3) oggettività**
- 4) veda il consenso generale della comunità scientifica.**

Tali punti cardinali sono ritenuti di insostituibile necessità in tutte le democrazie giuridiche avanzate, se è vero che sia sistemi di civil che di common law si interrogano e lavorano ai fini di costruire un sistema di verità processuale denunciando, spesso, i

(24) BLAIOTTA R., op.cit. sub 12.

(25) Cass Pen Sezioni Unite, n° 30328, 11 settembre 2002.

difetti connessi ai limiti scientifici ed alla metodologia propria degli esperti nelle varie realtà.

In un recente contributo, analizzando 36 casi di medical malpractice già decisi dalle Corti di Los Angeles e di New York, la successiva revisione, da parte di un esperto, delle tesi scientifiche a supporto della condotta tecnica del chirurgo ed il relativo verdetto, in ben 10 casi sono stati ritenuti non condivisibili tanto che l'Autore titola provocatoriamente che “è più facile confondere una Giuria che convincere un Giudice ...” (26).

Di analogo tenore la pubblica ed accorata denuncia di un cardiologo coinvolto in un caso di malpractice, pubblicata sul JACC (27), in cui si stigmatizza come “...l'expert witness, che poteva vantare una esperienza di oltre 300 testimonianze in casi di malpractice medica, non aveva né titoli accademici né di rilievo scientifico non avendo pubblicazioni su riviste internazionali o comunque accreditate...ed ha basato la testimonianza su documentazione scientifica non validata (trials clinici, studi osservazionali, linee - guida accreditate, etc.) ... Il Giudice, al termine, ha comunque ritenuto la testimonianza stessa una *valid evidence* ... Ne discende che occorre qualificare gli esperti con metodologie più oggettive e scientifiche ...” per evitare che “... Le importanti prove addotte dagli **esperti**,

(26) EPSTEIN NE., *It is easier to confuse a jury than convince a judge: the crisis in medical malpractice*, Spine, 27, 2425, 2002.

(27) LAUER MS., *Cardiologist on trial: reflections on credible evidence*, JACC 40, 563, 2002.

possano essere del tutto fuorvianti, a causa delle difficoltà di valutarle. In considerazione di questo rischio **il Giudice deve esercitare un controllo molto maggiore sugli esperti** che non sui normali testimoni ... **Riconosciamo al Giudice il ruolo di custode ...**” (28).

Ed in letteratura si sottolinea, data l'importanza dell'*expert witness* nei casi di *medical malpractice* (29), non solo le responsabilità in cui è possibile incorrere rendendo una “*unscrupulous witnesses*” (30), ma anche la necessità di standardizzare e verificare l'operato degli esperti mediante raccomandazioni od accreditamenti delle Società scientifiche (31).

Orbene, riconducendo quanto sinora sintetizzato alla ricerca di un cammino operativo fondante la valutazione medico – legale, non si può dubitare che “... Per il medico – legale non si tratta di dedurre da premesse certe conclusioni logicamente rigorose, ma di basarsi su osservazioni fondate statisticamente e probabilistiche, di raccogliere tutti i dati inerenti l'ambito biologico e di risalire ad ogni antecedente causale di un evento sottolineandone i caratteri e le modalità d'azione ed interazione

(28) *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 US 579 S. Ct. 1993.

(29) SAKAMOTO N., MAEDA S., IKEDA N., ISHIBASHI H., NOBUTOMO K., *The use of experts in medical malpractice litigation in Japan*, *Med. Sci. Law*, 42, 200, 2002.

(30) BINDER RL, *Liability for the psychiatrist expert witness*, *Am J Psychiatry* 159, 1819, 2002.

(31) REHM KE, HELING HJ, *Categories for evaluating surgical procedures by expert medical witnesses*, *Chirurg* 73, 1039, 2002; *Guidelines for expert witness testimony in medical malpractice litigation. Committee on medical Liability. American Academy of Pediatrics*, *Pediatrics*, 109, 974, 2002.

nel complesso processo che conduce all'evento ...” (32), tanto che è stato autorevolmente proposto un percorso metodologico medico – legale di assoluta qualità scientifico – applicativa.

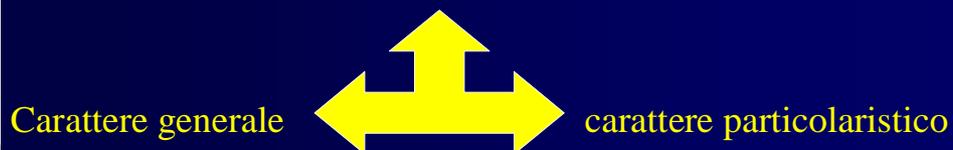
“... Vi è in primo luogo una situazione d'incertezza determinata dal dubbio circa la possibilità di riferire un evento a differenti fattori causali. Qui la soluzione problematica da risolvere riguarda l'attendibilità dell'ipotesi circa la riconducibilità dell'evento ad una (piuttosto che ad un'altra) classe di eventi. La soluzione di un tale dubbio si presenta piuttosto complicata ma non impossibile in linea di principio. Essa è affidata in larga misura al contributo del perito che sembra debba produrre al giudice due categorie d'informazioni: da un lato quelle di carattere generale inerenti alle modalità d'azione dei diversi fattori, alla loro incidenza statistica, agli altri fattori che interagiscono con essi e ne influenzano l'azione; dall'altro quelle relative alla presenza nel processo di segni, fatti cioè, che si presentano in accordo con l'esplicazione dal fattore considerato ...” (33).

(32) BLAIOTTA R.,op. cit sub 12.

(33) BLAIOTTA R.,op. cit. sub 12.

La metodologia medico - legale

- 1) Possibilità di riferire un evento a differenti e plurimi fattori causali



La valutazione complessiva in ordine alla corroborazione non è di tipo statistico ma valutativo, situazionale e critico-falsificazionista

Figura 1

Ed ancora, "... Per tornare alla medicina (ma non solo) può pure essere utile un riferimento alle situazioni in cui si è in presenza di una eziologia monofattoriale: qui si manifesta con eloquenza l'ambiguità dell'uso acritico di informazioni probabilistiche. Infatti, il fattore causale potrà manifestarsi anche in una percentuale modesta di casi. Una maldestra utilizzazione di argomenti statistici potrebbe condurre a pensare che l'incertezza statistica e l'assenza di una relazione d'immancabilità tra causa ed effetto escludano il nesso di condizionamento. In realtà non è così. Come è stato efficacemente esemplificato, se è statisticamente accertato che attraverso il morso di un serpente velenoso muore l'80% dei soggetti morsi, non si può negare

la causalità tra il morso del serpente e la morte di questo soggetti, adducendo che nel 20% dei casi la vittima non muore. In tali situazioni (che sono poi tutte quelle di lesioni o malformazioni conseguenti all'assunzione di un farmaco) occorre considerare che il corpo umano è un organismo altamente complesso e si differenzia da soggetto a soggetto: proprio da tali particolari dipende l'effetto di un medicinale, sia per quanto concerne i suoi effetti collaterali che l'efficacia curativa ..." (34). In tali casi si rende necessario valorizzare un itinerario maggiormente centrato sul caso concreto e sui suoi segni nella prospettiva di un giudizio di corroborazione dell'ipotesi sul fatto.



Figura 2

(34) BLAIOTTA R., op. cit. sub 12.

Nel tentativo di schematizzare occorre, quindi, sottolineare come il perito medico – legale, nei difficili percorsi valutativi dei complessi temi “della modernità” (responsabilità professionale, malattie professionali come lesioni personali a genesi multifattoriale, esposizione a sostanze od agenti tossici), dovrebbe seguire un procedimento in cui sono necessari tre ordini di documenti di sostegno (costituenti leggi scientifiche di copertura):

- 1) Linee-guida che esprimano un convincente ed auspicabilmente generale indirizzo sulla essenzialità di un momento diagnostico o terapeutico;
- 2) Documentazioni scientifiche e sul grado di efficacia del momento diagnostico - terapeutico in questione;
- 3) Quadri di riferimento sull’usuale decorso dell’affezione regolarmente diagnosticata e trattata, anche in termini di sopravvivenza secondo una traslazione concettuale della criteriologia prognostica (35).

Tali strumenti di lavoro specifici dovrebbero costituire il rigore scientifico condiviso e rispettato in ogni giudizio valutativo medico – legale imperniato sui temi legati alla civilizzazione tecnica - dei grandi rischi tecnologico-scientifici – che ha

(35) BARNI M., op. cit sub 15.

determinato, negli ordinamenti dei paesi del mondo occidentale, una sorta di shock da modernità (36).

In definitiva, il metodo scientifico "... poggia senza dubbio su pilastri comuni a tutte le scienze, ma deve possedere anche strumenti scientifici per singoli settori. Di tali strumenti specifici ha assoluto bisogno la Medicina legale per la sua natura di interfaccia tra la biomedicina ed il diritto, la quale richiede modulazioni particolari..." (37). Occorre dunque lavorare tenendo a mente che "... la scienza non è un sistema di asserzioni certe, o stabilite una volta per tutte, e non è neppure un sistema che avanzi costantemente verso uno stato definitivo. La nostra scienza non è conoscenza (*episteme*): non può mai pretendere di aver raggiunto la verità, e neppure un sostituto della verità, come la probabilità..." (38).

La Medicina legale ha dunque il compito ineludibile di superare un passato criteriologico alla ricerca di un metodo scientifico aggiornato ed attuale, su cui si crei il consenso della Società scientifica, con i metodi propri della ricerca imposta da una constatazione di grande profondità concettuale: "... La medicina è un campo reso filosoficamente visibile dall'introduzione nel dominio patologico di strutture grammaticali e probabilistiche ... Il modello grammaticale resta implicito e avvolto senza formalizzazione al fondo del modello concettuale ... Il modello

(36) STELLA F., op. cit sub 17.

(37) FIORI A., *Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indifferibile*, Riv. It. Med. Leg., 2, 247, 2002.

(38) POPPER KR., *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970.

matematico è sempre esplicito ed invocato; è presente come principio di coerenza d'un processo concettuale che s'è compiuto al di fuori di esso ...” (39).

RIASSUNTO

Il tema della metodologia medico – legale nell'accertamento del nesso di causalità materiale viene affrontato dagli Autori in una prospettiva di evoluzione storica sino a giungere all'attuale dibattito dottrinario che muove dalla recente pronuncia della Cassazione Penale Sezioni Unite (n° 30328/11 settembre 2002). Dopo aver tratteggiato le attuali posizioni dottrinarie sull'argomento, gli Autori individuano il compito ineludibile della Medicina legale di superare un passato criteriologico alla ricerca di un metodo scientifico aggiornato ed attuale, su cui si crei il consenso della Società scientifica.

SUMMARY

The Authors deal with the topic of the medico – legal assessment of causality with a historical evolution perspective all the way to the current doctrinaire debate starting from the recent Supreme Court's decision (Cassazione Penale Sezioni Unite, n° 30328, September 11, 2002). Describing the current doctrinarian points

(39) FOCAULT M., *Nascita della clinica*, Einaudi, Torino, 1969.

of view, the Authors point out the medico – legal challenge to go beyond outdated criteriologicals in order to pursue an up – to – date scientific approach.

Rivista Italiana di Medicina Legale, 1, 121-136, 2003

Keywords:

medical malpractice, malasanità

junk science, scienza spazzatura

background knowledges, conoscenze di base

unscrupulous witnesses, periti senza scrupoli

valid evidence, validi elementi di prova

expert witness, perito sapiente