

La negligenza del medico nel sistema di *common law*: il caso Morrissey e l'applicazione dei Dunne Principles

Luca Armano**

A doctor must always act bona fide in the best interests of his patients taking all the patient's circumstances including family circumstances into account. He must keep reasonably up to date in his sphere of practice so that he will be in a position to give a good standard of care to the patient. There can be no excuse for any want of genuine concern for the patient much less any hint of a could not care less attitude on the part of a medical practitioner¹

SOMMARIO: 1. Il caso Morrissey. – 1.1. Il giudizio della Corte Suprema. – 2. I principi Dunne e la loro applicazione nel diritto irlandese. – 2.1. L'applicazione dei primi due principi da parte della giurisprudenza. – 2.2. L'applicazione del terzo principio da parte della giurisprudenza. – 2.3. L'applicazione dei principi quattro, cinque e sei da parte della giurisprudenza. – 3. La negligenza medica nel sistema di *common law*. – 3.1. Sviluppo del dovere di diligenza nei tribunali britannici. – 3.2. Sviluppo del dovere di diligenza nei tribunali irlandesi. – 3.3. Negligenza medica e *standard* professionale di cura e il nesso di causalità. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT:

La sentenza in esame consente di sviluppare differenti riflessioni sul tema della responsabilità medica, in particolar modo, circa il profilo della negligenza. Il giudice relatore della sentenza in esame afferma che il punto di partenza di qualsiasi caso di negligenza professionale richiede l'identifica-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Avvocato nel Foro di Milano, luca.armano@studiolegalesalvemini.it.

¹ F.H. & Ors v Staunton & Ors, [2013] IEHC 533 & ors.

zione dello standard di approccio da applicare. Tale operazione, nel sistema irlandese e, quindi, di *common law*, segue i principi elaborati dalla giurisprudenza delle corti, meglio noti come principi Dunne. Il contributo, dopo l'attenta analisi di ciascun postulato, analizza l'evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità medica elaborata dalle Corti britanniche e da quelle irlandesi. Vengono, così, posti in luce i differenti profili problematici, nonché le ricorrenti tensioni derivanti dalla sovrapposizione dell'approccio tecnico-scientifico con quello tecnico-giudiziario. Al contempo si cerca di delineare l'evoluzione dei criteri di giudizio nella individuazione delle condotte mediche negligenti e nella valutazione del nesso di causalità nella produzione dei danni alla salute nella pratica diagnostica e clinica. In questi termini si comprende che, per il sistema di *common law*, la diligenza richiesta al professionista comporti non solo il rispetto degli standard medici dettati dalle linee guida scientifiche, ma altresì di quegli standard imputabili al medico specialista. Quest'ultimo, infatti, deve esprimere un grado di competenza tecnica di riferimento più elevato, proprio in conformità alla maggior capacità ed esperienza vantata.

The judgement develops different considerations on the issue of medical liability, in particular, in reference to the negligence's liability. The judge states that the starting point of any case, about professional negligence, requires the identification of the standard of approach to be applied. In medical negligence, determination of the duty issue is generally problematic: different courts have expressed the nature of the duty owed by doctors to their patients in different ways, with variable emphasis and injunction. The most important statement, referred to medical negligence, is Dunne (an infant) v National Maternity Hospital [1989] IR 91. The existence of the duty is usually clear: the class of persons to whom the duty is owed, generally patients, is almost invariably readily identifiable. The judgment of the present essay covers a multiplicity of issues regularly encountered by practitioners in personal injuries claims, while restating the principles applicable. The principles decide best professional practice methods regarding diagnosis and treatment. Therefore it is vital to provide an in-depth analysis of the professional negligence principles in order to understand the applicability to a medical negligence claim. The required professional diligence involves not only compliance with the standards referable to the healthcare guidelines, but also those attributable to the practitioner.

1. Il caso Morrissey

Il giudizio² è stato promosso dalla signora Morrissey, malata terminale di cancro, la quale si era sottoposta a un pap-test di controllo, così come suggerito dalle linee guida del National Cervical Screening Program³ (c.d. *Cervical Check*) sia nel 2009 sia nel 2012.

In entrambi i casi, il pap-test aveva dato esito negativo e non erano state evidenziate anomalie. Tuttavia, nel 2014, la signora Morrissey, recatasi a una visita per un'emorragia uterina, veniva sottoposta a un nuovo esame ginecologico, a seguito del quale le veniva riscontrata la presenza di un cancro al collo dell'utero.

² Morrissey v HSE [2020] IESC 6.

³ Per un approfondimento sul tema si veda <https://www2.hse.ie/cervical-screening/>, ultima data di consultazione 8 gennaio 2021.

In ragione di detto accertamento, i laboratori responsabili dei precedenti test avevano riesaminato i predetti test eseguiti.

Dalle analisi, nel primo test era emersa la presenza di cellule anomale, mentre nel secondo si riscontrava l'assenza di un numero minimo di cellule idoneo a consentire di procedere alla corretta esecuzione dell'esame stesso.

Di tale errore, la signora Morrissey veniva notiziata dal Servizio Sanitario soltanto nel 2018, sebbene quest'ultimo ne fosse a conoscenza già a partire dal 2015.

Alla luce di questa scoperta, la signora Morrissey, ormai malata terminale, insieme al marito, ha instaurato un procedimento civile volto ad accertare la responsabilità del Servizio Sanitario (HSE), nonché delle aziende appaltatrici aventi in gestione l'analisi dei test utilizzati per eseguire i pap-test, ossia la Quest Diagnostic e la Medlab Pathology Limited.

La High Court, adita in prima istanza, ha riconosciuto⁴ alla famiglia Morrissey un risarcimento pari ad € 2.152.508.

A fronte di tale sentenza, i convenuti hanno proposto ricorso *per saltum*⁵ alla Corte Suprema attesa la litispendenza di differenti giudizi incardinati dalla signora Morrissey presso sedi giurisdizionali differenti che avrebbero potuto generare un conflitto di giudicati.

1.1. Il giudizio della Corte Suprema

La sentenza in esame è foriera di numerosi spunti di riflessione sia in tema di negligenza medica sia dal punto di vista risarcitorio e della quantificazione del danno. Tuttavia, nel presente contributo, ci si limiterà ad analizzare soltanto il primo tema.

Pertanto giova soffermarsi sull'individuazione del momento in cui la condotta medica devia dai parametri della diligenza e si traduce in un profilo di responsabilità, soprattutto nel caso attinente alla valutazione e l'attendibilità dei test clinici, quale è il pap-test.

Il giudice di prime cure, richiamando una nota giurisprudenza⁶ del Regno Unito, aveva ritenuto che un test clinico, perché potesse dirsi scevro da critiche e quindi sicuro, avrebbe dovuto rispondere al criterio della c.d. "*absolute confidence*", ossia della assoluta attendibilità e precisione. Un simile approccio da parte del giudice di primo grado ha richiamato l'attenzione della dottrina irlandese⁷ sulla possibilità di scorgere un *revirement* rispetto alla giurisprudenza consolidatasi sul tema della negligenza medica e dell'attendibilità richiesta per i test clinici. La giurisprudenza di Dublino, formatasi sul punto, è da ricondurre ai c.d. Principi di Dunne, enucleati nella sentenza Dunne contro il National Maternity Hospital⁸ e di cui a breve si darà evidenza.

⁴ Sentenza resa il 3 maggio 2019 (Morrissey & anor c. Health Service Executive & ors [2019] IEHC 268).

⁵ Il ricorso *per saltum* è un termine improprio in quanto tratto dal diritto italiano, ma certamente il più rispondente all'istituto di *common law* che prende il nome di *leapfrog appeal*.

⁶ Cfr. Penney, Palmer and Cannon v East Kent Health Authority, [1999] QB.

⁷ C. CRAVEN, *Professional Negligence Claims against Doctors: A Shift in Duty and Standard?*, Bar Council CPD Conference, 2013.

⁸ Dunne (an infant) v National Maternity Hospital [1989] IR 91.

Nel 2008, il National Cancer Screening Service (NCSS) ha dato vita al programma *Cervical Check*, la cui funzione consiste nel fornire, *inter alia*, pap-test gratuiti per le donne di età compresa tra 25 e 60 anni, al fine di verificare l'eventuale comparsa dei primi segni dello sviluppo di cancro cervicale.

Nel 2010, il consiglio di amministrazione del NCSS è stato sciolto e le sue funzioni sono state assunte dall'HSE, che ha appaltato il collaudo dei campioni a società private, tra cui Quest e Medlab.

I contratti di concessione prevedono che i test debbano risultare conformi alle linee guida del NCSS⁹ al fine di assicurare il rispetto di *standard* qualitativi precisi e condivisi dalla comunità scientifica internazionale.

I pap-test, come noto, non sono esami diagnostici, bensì test di *screening* per determinare se le cellule esaminate siano sane o se possano essere state interessate dal virus HPV.

La pericolosità di tale virus è dovuta alla tendenza dello stesso a cagionare lesioni epiteliali idonee a ingenerare la formazione di masse tumorali di tipo aggressivo anche a carico dei linfonodi.

Perché un campione possa essere considerato accurato, come richiesto dal sistema Bethesda¹⁰, occorre riscontrare la presenza di un numero minimo di cinquemila cellule squamose ben visualizzabili. Qualora vengano rilevate cellule anomale, indipendentemente dall'adeguatezza del campione, il vetrino dovrà essere classificato come anormale¹¹.

È chiaro che lo *screening* non sia infallibile. Ad esempio, potrebbe accadere che le cellule anomale, effettivamente presenti nel corpo del paziente, possano non essere state localizzate nel campione.

Per accertare, in ogni caso, se vi sia stata negligenza o inadempimento, ogni test di *screening* dovrebbe essere valutato individualmente.

Il giudizio in oggetto, preso atto della presenza di una possibile indeterminatezza circa la definizione e l'applicabilità del concetto di negligenza, ha cercato di fornire una soluzione al seguente quesito: "Quale condotta e codice di comportamento avrebbe seguito un medico specialista competente in materia¹²? Il professionista, oggi chiamato in giudizio

⁹ Le *Guidelines for Quality Assurance in Cervical Screening* sono consultabili all'indirizzo: https://www.cervicalcheck.ie/_fileupload/Publications/Final.pdf, ultima data di consultazione 8 gennaio 2021.

¹⁰ Il sistema Bethesda (TBS – *The Bethesda System*) è un sistema per la compilazione standardizzata delle diagnosi di citopatologia cervicale o vaginale, usato per refertare i risultati degli strisci di pap-test. Per un maggior approfondimento sul punto si veda I. VERMA, V. JAIN, T. KAUR, *Application of Bethesda System for Cervical Cytology in Unhealthy Cervix*, Journal of clinical and diagnostic research, 2014.

¹¹ I termini contrattuali concordati tra il Cervical Check e le società Quest e Medlab prevedevano che i laboratori eseguissero lo screening dei campioni utilizzando uno dei seguenti processi: uno screening primario e secondario manuale completo; uno screening primario manuale completo e un riesame rapido della revisione; uno screening di anteprima primaria e rapida manuale completo; o una delle opzioni di cui sopra con screening automatizzato assistito al posto dello screening manuale.

¹² Principio dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*. Sul punto per un'approfondita analisi della responsabilità medica e del principio in oggetto si rimanda a N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica. Guida operativa alla*

a rispondere di una possibile negligenza professionale, ha agito secondo i predetti *standard*?”.

In questi termini, il giudizio si è tradotto nel dovere del giudice di fissare un criterio idoneo a individuare un livello *standard* di professionalità sotto il quale non sarebbe stato possibile scendere se non integrando un profilo di negligenza medica.

La Corte Suprema, nel caso *Morrissey*, da subito, ha precisato che l'individuazione di uno *standard* qualitativo non possa essere demandato in ultima istanza a un magistrato privo di quegli strumenti di conoscenza scientifica idonei a elaborare specifiche tesi.

Ne consegue che, almeno in molti casi, il tribunale non rivesta alcun ruolo nel determinare lo *standard* da applicare, se non quello di valutare le prove fornite dai professionisti in merito ai parametri che essi stessi considerano appropriati a chiunque abbia la levatura e le capacità del convenuto.

In un simile contesto può residuare in capo all'organo giudicante un margine di valutazione soltanto nel caso in cui, dalle risultanze istruttorie, siano emerse criticità, più o meno evidenti, sull'attendibilità della tipologia di cura o di esame condotto dal medico curante. Al contempo, si ritiene che il tribunale sia privo del potere di imporre uno specifico *standard* di approccio a un professionista. Piuttosto, sono gli *standard* della professione stessa, come dimostrano le prove, a imporre gli *standard* richiesti.

In quest'ottica si comprende che le valutazioni, elaborate dal giudice di primo grado, hanno fatto un uso soltanto parziale della sentenza resa dalla Court of Appeal for England and Wales nel caso *Penney Palmer*, atteso che la stessa si era basata su elementi di prova emersi in quel preciso caso.

È in questo contesto che la Corte di Appello ha fatto uso del termine *absolute confidence* alla luce delle considerazioni degli esperti.

Nella sentenza *Palmer*, infatti, si legge come tutti gli esperti, interrogati sul caso concreto, pur con differenti argomentazioni, avessero posto in dubbio l'attendibilità del test clinico eseguito¹³.

Ad avviso del giudice della Suprema Corte, pertanto, tale requisito non è frutto di una peregrina e autonoma valutazione dell'organo giudicante, bensì di una specifica risultanza probatoria applicabile solo nel caso oggetto di quello specifico giudizio.

Il giudice del caso *Morrissey* richiama l'attenzione dei giuristi sull'importanza dell'uso delle parole nel mondo del diritto e sul rischio che le stesse possano creare confusione tra gli interpreti e gli operatori del diritto.

riforma Gelli Bianco. Inquadramento, profili civili e penali, assicurazione, procedimento stragiudiziale e giudiziale, casistica, Utet Giuridica, Torino, 2019.

¹³ Cfr. *Penney & Ors v East Kent Health Authority* [1999] EWCA Civ 3005, pag. 127, ove si legge: “*All five [experts] agreed that if the screener was in any doubt about what he saw on the slide he should not classify the smear as negative. In their evidence before me each expressed the point differently but the conclusion was the same*”.

Occorre porre, dunque, attenzione all'uso dei singoli vocaboli e leggerli sempre sotto la lente fattuale del singolo caso sottoposto al vaglio giudiziale senza, invece, farne un impiego aprioristico e decontestualizzato.

Nel giudizio oggetto del presente commento, il quesito rilevante, su cui ci si deve interrogare, consiste nel comprendere se un ricercatore competente avrebbe potuto rilevare il difetto intrinseco del campione analizzato o la presenza di cellule tumorali.

La Corte Suprema, in ragione delle doglianze della signora Morrissey, evidenzia che, in casi simili, la condotta di un medico sarebbe stata diligente qualora, in attuazione delle linee guida in materia, il clinico avesse formulato una diagnosi perlomeno dubbiosa e non di certezza, come invece elaborata nel 2009 e nel 2012.

In questi termini, il giudice, dopo aver affrontato le singole responsabilità dei laboratori e dell'HSE giunge alle seguenti determinazioni.

La Corte Suprema assegna ai principi di Dunne il ruolo di migliore risposta legale in tema di accertamento della responsabilità professionale del medico. L'analisi giudiziale, pertanto, si deve tradurre nel dovere del magistrato di valutare se un medico, con la stessa esperienza e nelle stesse circostanze, si sarebbe comportato nei medesimi termini.

Tale test, per rispondere a ragioni di equità e terzietà, deve essere oggettivo, in modo che il tribunale possa determinare quale *standard* applicherebbe un professionista diligente.

Per questo motivo, nel caso Morrissey, ricordando a sé stessa l'importanza della semantica, la Corte asserisce che un giudice deve individuare il c.d. "*standard di approccio*¹⁴" per descrivere il *benchmark* che un magistrato deve applicare nell'elaborazione del proprio giudizio e non il concetto di "*standard di cura*¹⁵", in quanto quest'ultimo riveste un preciso e diverso significato¹⁶ giuridico.

La Corte Suprema rileva che, in realtà, già il giudice di prime cure aveva declinato il concetto di *absolute confidence* in termini differenti rispetto al precedente britannico richiamato dai primi commentatori della stessa sentenza. La High Court, infatti, aveva affermato il principio per cui un esame medico, per ritenersi rispettoso degli *standard* di diligenza richiesti, non dovesse essere aprioristicamente sempre foriero di risultati inattaccabili, bensì di esiti idonei a consentire al clinico di valutarne, in concreto, l'attendibilità o la necessità di una sua ripetizione.

La determinazione di tale *standard* richiede o l'accordo tra le parti o, in caso di disaccordo, una valutazione da parte del giudice sulle prove prodotte in giudizio.

Alla luce di siffatte considerazioni, il giudice conclude con la conferma della sentenza impugnata, eccezion fatta per la quantificazione del danno operata dal giudice di primo grado in favore della famiglia Morrissey.

¹⁴ Il giudice fa uso del termine *standard of approach*.

¹⁵ Il giudice fa uso del termine *standard of care*.

¹⁶ Si legge *the level at which the average, prudent provider in a given community would practice*.

2. I principi Dunne e la loro applicazione nel diritto irlandese

Dai paragrafi precedenti emerge come il cuore della sentenza in esame attenga ai confini operativi in cui possa ritenersi integrato un profilo di negligenza medica nella condotta di un clinico.

La negligenza medica è un'area di contenzioso in rapida espansione¹⁷ in Irlanda e può definirsi quale quell'atto od omissione di un operatore sanitario al di sotto dello *standard* di cura accettato e, pertanto, idonei a cagionare lesioni o morte di un paziente.

Prima degli anni Cinquanta, in Irlanda, non si rinvenivano sentenze della Suprema Corte in tema di negligenza medica e, fino al 1989, il numero di casi è stato minimo¹⁸.

Nel 1989 si registra la sentenza Dunne v. The National Maternity Hospital, che, come anticipato, è divenuta il *leading case* in tema di negligenza.

I principi stabiliti dal giudice Finlay C.J., meglio noti come *principi Dunne*, per stabilire la negligenza medica, sono i seguenti:

1. la prima valutazione, per comprendere se ci si trovi di fronte a un caso di negligenza nella diagnosi o nel trattamento da parte di un medico, consiste nel verificare se un altro medico, nella stessa situazione e con la stessa esperienza, avrebbe agito diversamente.
2. Qualora l'accusa di negligenza nei confronti di un medico si basi sulla circostanza per cui il professionista si sia discostato da una linea guida, riconosciuta dalla comunità scientifica, occorrerà valutare in concreto se anche un dottore con la stessa specializzazione avrebbe disatteso la predetta linea guida.
3. Nel caso in cui un medico, accusato di negligenza, adduca, quale esimente, l'aver agito secondo le linee guida riconosciute e condivise dalla comunità scientifica, occorrerà valutare se tale *modus agendi*, nel caso concreto, rispondesse a specifiche esigenze o se, invece, presentasse evidenti criticità intrinseche.
4. La presenza di una divergenza di opinioni tra i medici, fondata su evidenze scientifiche, su quale possa essere il trattamento terapeutico maggiormente efficace e corretto, non consente di riconoscere in capo all'organo giudicante il potere di optare per una o per l'altra, in quanto quest'ultimo soggetto sarebbe privo di idonei basi su cui poter formare il proprio convincimento.
5. Non spettando al Tribunale il compito decidere quale dei due percorsi alternativi di trattamento sia preferibile, permane in capo a questi il potere di decidere se il trattamento, effettivamente seguito, sulla base delle risultanze processuali, sia stato sommi-

¹⁷ M. BOYLAN, *A Practical Guide to Medical Negligence Litigation*, Bloomsbury Professional, 2016.

¹⁸ Tra queste le più rilevanti sono Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee [1969] e All ER e Kelly v Crowley (1985) IR 212.

nistrato nelle stesse modalità in cui avrebbe agito un medico con specializzazione e capacità simili a quelle dell'imputato.

6. Permane in capo all'organo giudicante il dovere di decidere su una questione pregiudiziale fattuale la cui determinazione sia necessaria per verificare la rispondenza della pratica medica adottata a quella prevista dalle linee guida. La pratica medica, rispondente alle linee guida, non deve essere universale, ma deve essere approvata e seguita da un numero considerevole di professionisti di comprovata esperienza.

In attuazione dei suddetti principi, i medici devono agire secondo le linee guida elaborate dalla scienza moderna senza, tuttavia, farne un uso acritico e non ragionato. Infatti, talora, il rispetto delle medesime, di per sé, potrebbe comportare un errore medico idoneo a integrare un profilo di negligenza medica, indipendentemente dall'esito del trattamento somministrato o dall'intervento eseguito.

2.1. L'applicazione dei primi due principi da parte della giurisprudenza

Sull'applicazione dei primi due principi¹⁹, si può richiamare la sentenza *Shuit* contro *Mylotte*²⁰.

Il caso in oggetto atteneva a un chirurgo che aveva eseguito un'isterectomia, apparentemente non necessaria, per la presenza di una presunta massa tumorale. Il giudice aveva osservato come, alla luce dell'istruttoria espletata, il paziente non era riuscito a fornire una prova idonea a dimostrare il mancato rispetto dell'*iter* diagnostico previsto per il caso di specie dalle linee guida mediche.

Un simile approccio da parte della giurisprudenza, tuttavia, non è stato univoco. Infatti, con la sentenza *O'Gorman v. Jermyn*²¹, il Tribunale si è espresso a favore del ricorrente sottoposto a un intervento non necessario di chirurgia gastrica a causa dell'errata classificazione dei campioni patologici.

La Corte, alla luce della disamina delle perizie depositate in giudizio, ha evidenziato come, in detto frangente, il difetto intrinseco dell'esame fosse palese. Un medico attento, infatti, avrebbe scorto l'inidoneità del vetrino esaminato e, pertanto, il clinico curante è stato ritenuto colpevole di negligenza.

Nella sentenza *Kelly v Crowley*²² si è precisato che il medico, per non incorrere in un giudizio di responsabilità, debba dimostrare di aver tenuto conto dell'esistenza di una specifica pratica medica e, al contempo, spiegare le ragioni di un suo eventuale scostamento anche nel caso questa, pur essendo generalmente condivisa, presenti difetti intrinseci.

¹⁹ Cfr. W. BINCHY, *The Irish Legal System: An Introduction*, Legal Information Management, 2011.

²⁰ *Shuit v. Mylotte & ors.* [2006] I.E.H.C.

²¹ *O'Gorman v. Jermyn & ors* [2006] I.E.H.C.

²² *Kelly v Crowley* (1985) IR 212.

Sempre in riferimento al ruolo delle linee guida e alla loro incidenza sulla responsabilità medica, nel 2004, la giurisprudenza irlandese, con la sentenza *Gottstein v McGuire*²³, ha approfondito il concetto di *general and approved medical practice*.

Il marito dell'attrice aveva subito un intervento chirurgico per rimuovere un tumore alla gola. A seguito dell'intervento, il tubo tracheale veniva spostato cagionando la morte cerebrale del paziente. Il medico del reparto era stato chiamato a giudizio dai parenti del defunto in quanto questi sarebbe stato responsabile per aver lasciato da solo un paziente dopo un'operazione di quel genere in uno stato di semi coscienza, assistito da personale non in grado di sostituire eventualmente il predetto tubo tracheale.

Il magistrato ha riconosciuto che, in Irlanda, gli infermieri non sono appositamente addestrati per agire sulla trachea di un paziente e che gli stessi, pertanto, non potevano essere riconosciuti responsabili per negligenza.

Tuttavia, considerato lo stato ingravescente del paziente, la cui salute era fortemente compromessa, risultava necessaria la presenza di uno specialista in grado di intervenire anche su tale aspetto clinico, anche se non previsto dalle linee guida. Pertanto, quest'ultime apparivano affette da un "difetto intrinseco" che avrebbe dovuto imporre al chirurgo il dovere di disattenderle, garantendo la presenza di una persona competente.

2.2. L'applicazione del terzo principio da parte della giurisprudenza

Nel caso *Collins contro Mid Western Health Board*²⁴, il Tribunale ha affermato che in capo al giudice permane il potere di riconoscere la pericolosità di determinate pratiche anche se seguite dalla professione medica, qualora di tale criticità venga fornita prova nel caso concreto.

Il procedimento attiene alla morte, per emorragia cerebrale, di un paziente a cui il medico curante aveva prescritto il ricovero in ospedale, ma che lo strutturato del nosocomio aveva ritenuto di disattendere, dimettendo immediatamente il paziente, deceduto dopo poche ore. Orbene, il giudice ha rilevato come un sistema, che permette a uno strutturato *junior* di disattendere il parere di un altro medico, senza il supporto o confronto con un altro clinico, rappresenti una criticità grave e, quindi, foriera di responsabilità del medico.

2.3. L'applicazione dei principi quattro, cinque e sei da parte della giurisprudenza

In riferimento al tema della presenza di una divergenza di opinioni tra medici, circa la terapia da somministrare al paziente, occorre che, da una perizia di un soggetto terzo, non emerga che una delle due opinioni sia manifestamente erranea.

²³ *Gottstein –v– McGuire and Walsh* 2004 IE HC 416.

²⁴ Cfr. *Collins v. Mid-Western Health Board*, [1999] IESC 73.

Il caso Griffin v. Patton²⁵ vede coinvolta un'ostetrica che aveva proceduto a un intervento di interruzione della gravidanza senza avere le competenze richieste, né la corretta strumentazione operatoria.

La questione di differenti opinioni mediche è estremamente comune e il giudice, nei giudizi promossi per l'accertamento della eventuale responsabilità medica, si trova spesso privo di idonei strumenti conoscitivi.

La Corte Suprema, nel procedimento Griffin, ha ritenuto che, in presenza di due periti, che giungano a conclusioni diametralmente opposte, il giudice non ha il potere di preferire un punto di vista rispetto all'altro e, qualora, il convenuto abbia rispettato una di queste linee di condotta, questi non potrà essere giudicato come negligente.

3. La negligenza medica nel sistema di *common law*

Come si è avuto modo di notare, per il diritto anglosassone, o meglio di *common law*, risulta alquanto complesso e dibattuto il tema circa la possibilità di definire i confini della responsabilità medica e, soprattutto, della negligenza del clinico.

Un importante contributo in merito, pertanto, è stato fornito dalla dottrina²⁶, nonché dalla giurisprudenza di cui ora si darà cenno dei casi più rilevanti.

Al fine di poter avviare un procedimento per negligenza occorre, pertanto, dimostrare non solo l'evento dannoso, ma anche il nesso causale tra la condotta e la patologia cagionata²⁷. Il mancato giovamento della terapia, di per sé, non integra un profilo di responsabilità professionale, salvo venga, invece, provata un'erroneità tale da cagionare un danno²⁸.

In quest'ottica, si può ritenere rispondente alle linee guida scientifiche quella condotta medica che sarebbe stata seguita anche da un soggetto con le stesse competenze mediche di colui la cui azione sia sottoposta al vaglio del magistrato²⁹.

La scienza medica, nel fissare gli *standard* di assistenza attraverso il supporto degli studi di esperti, tiene anche conto della presenza di determinate criticità nosologiche difficilmente

²⁵ Griffin v. Patton & Anor, [2004] IESC 46.

²⁶ Cfr. K. HEILBRUN, D. DEMATTEO, G. MARCZYK, A. GOLDSTEIN, M. ALAN, *Standards of Practice and Care in Forensic Mental Health Assessment: Legal, Professional, and Principles-Based Consideration* Psychology, Public Policy, and Law, Vol 14, 2008.

²⁷ Cfr. D. W. SHUMAN, *Standard of care in medical malpractice claims, clinical practice guidelines, and managed care: Towards a therapeutic harmony*, California Western Law Review, 1997.

²⁸ Cfr. R HANLY, *Hospital-Acquired Infection: The Challenges for the Law of Negligence*, 2010, ove si legge: "(i) the defendant owed the plaintiff a duty of care to prevent his damage, (ii) the defendant breached his duty of care by failing to exercise a standard of care required in the circumstances of the case and; (iii) the defendant caused the plaintiff to suffer damage or damnnum which had the potential to attract the remedy of compensatory damages at common law".

²⁹ Cfr. J. SAMANTA, A. SAMANTA, *Medical Law Concentrate, Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, 2018.

superabili da colui che agisce in giudizio nei confronti di un medico per *malpractice*, soprattutto se quest'ultimo si sia attenuto alle linee guida elaborate dalla scienza moderna³⁰. Sul punto, si richiama un contrasto giurisprudenziale storico e a cui, ancora oggi, la giurisprudenza di *common law* non ha fornito una soluzione univoca.

Se da un lato, parte della giurisprudenza afferma che sostituire il giudizio del giudice a quello del medico, al fine di comprendere quale debba essere la terapia corretta da somministrare al paziente, si tradurrebbe in un abominio³¹, al contempo, un altro filone giurisprudenziale, maggiormente testualista, riconosce nel tribunale la sede di ultima istanza idonea a decidere in modo definitivo quale debba essere il miglior trattamento per un paziente³².

Come visto, i principi giurisprudenziali Dunne rappresentano, ancora oggi, l'*iter* logico giuridico da seguire in tema di accertamento della responsabilità per negligenza del medico curante.

Tali principi sono frutto di uno studio giuridico che è maturato a far data dalla causa *Roche v Peilow*³³, ove, quale parametro idoneo per valutare il grado di correttezza dell'*agere* medico, è stato individuato quello di comparare l'azione oggetto di valutazione con la condotta che idealmente avrebbe tenuto un soggetto con la stessa esperienza medica.

Inoltre i principi Dunne sono espressione del c.d. Bolam Test³⁴.

Tale procedimento atteneva al caso del signor Bolam, paziente in un istituto di cura mentale.

Il paziente, in autonomia, aveva accettato di sottoporsi a una terapia elettro-convulsiva, ma, non essendogli stato somministrato alcun farmaco per il rilassamento muscolare, durante la procedura, aveva subito gravi lesioni ossee.

Il giudice McNair, chiamato a decidere sulla condotta dei medici curanti, aveva teorizzato per la prima volta il c.d. Bolam Test, in base al quale un medico non può considerarsi negligente nel caso in cui egli abbia agito in conformità a una pratica accettata e ritenuta appropriata dalla comunità scientifica o medica, risultando, pertanto, bastevole, per non incorrere in una dichiarazione di responsabilità, l'esercizio delle ordinarie abilità di un professionista che esercita quella particolare professione³⁵.

Il giudice McNair aveva sostenuto che, nelle situazioni in cui si richiede l'uso di una speciale abilità o competenza, il test da utilizzare per verificare se vi sia stata una condotta

³⁰ Cfr. J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, 2020.

³¹ *Daniels v Heskin* [1954], IR 73.

³² G. T. LAURIE, S. H. E. SHAWN, E. S. DOVE, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, Oxford University Press, 2019.

³³ *Roche v Peilow* [1985] IR 232.

³⁴ *Bolam v Friern Hospital Management Committee* (1957) 2 ALL ER 118.

³⁵ D. VANNI DI SAN VINCENZO, *La responsabilità professionale del medico e dell'avvocato: una ricerca di diritto comparato*, in P. Cerami, M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica II*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 331-355.

negligente consiste nell'assumere quale parametro di riferimento quel soggetto esperto che esercita quella particolare professione.

Preme rilevare come lo stesso tribunale, al fine di non gravare eccessivamente il professionista di una *probatio diabolica*, ha specificato che si debba fare riferimento non a un grado di preparazione fuori dal comune, bensì a una preparazione normale.

Alla fine degli anni Novanta, il Bolam Test è stato posto in discussione da parte delle Corti di merito, precisamente nel 1998, con il caso Bolitho v. City & Hackney Health Authority³⁶. La Corte ha evidenziato che il Bolam test finiva per rimettere agli stessi medici il giudizio, spettante esclusivamente all'autorità giudiziaria, su cosa dovesse intendersi per *terapia corretta*.

Il giudice, pertanto, aveva affermato che le Corti non sono vincolate a considerare non responsabile un medico solo perché la comunità scientifica reputa il suo comportamento conforme alle pratiche generalmente riconosciute.

Nei casi che comportano una valutazione in termini rischi/benefici, il giudice, prima di ritenere una comunità medica responsabile, ragionevole e rispettabile, deve verificare che, nel formarsi il proprio punto di vista, gli esperti si siano soffermati sulla comparazione tra rischi e benefici del trattamento medico e abbiano raggiunto, sul punto, una conclusione plausibile³⁷.

In quest'ottica, il Bolitho test porta il giudice a divenire nuovamente l'ultimo soggetto a doversi esprimere sulla correttezza o meno di una terapia³⁸.

Un simile approccio, ad avviso della dottrina³⁹, si tradurrebbe in una maggiore garanzia del paziente, in quanto si eviterebbe il rischio, da parte dei medici, di giustificare indiscriminatamente il proprio operato, in ragione di ricerche sperimentali prive di una piena condivisione da parte del mondo accademico-scientifico.

Simili approcci, tuttavia, paiono entrambi eccessivi, ossia estremamente a favore di una delle due parti, il medico o il paziente. Se il Bolam test fornisce una protezione eccessiva al clinico accusato, il Bolitho test favorisce i pazienti⁴⁰.

³⁶ Bolitho v City & Hackney Health Authority (1998) AC 232. Un bambino di due anni aveva riportato seri danni cerebrali a causa di un'embolia, con il rischio di un arresto cardiaco. Si ritenne che l'unica azione necessaria per evitare il danno fosse quella di intubare il bambino. Il medico sotto procedimento aveva deciso di non procedere ad intubare il minore in quanto sussistevano due differenti approcci terapeutici circa la procedura di intubazione di un soggetto di giovane età. La House of Lords decise che il parere di non intubare il paziente avrebbe dovuto essere supportato da basi logiche. Ciò comportava una valutazione dei rischi e dei benefici al fine di pervenire ad una plausibile convinzione. Ciò un giudice è legittimato a scegliere tra due opinioni contrapposte di due gruppi di esperti e a rigettare un'opinione medica che sia logicamente indifendibile.

³⁷ A. SAMANTHA, M. MELLO, *The Role of Clinical Guidelines in Medical Negligence Litigation: A Shift from the Bolam Standard?*, 2006.

³⁸ Cfr. D. METCALFE, C. PITKEATHLEY, J. HERRING, *Advice, not orders? The evolving legal status of clinical guidelines*, in *Journal of Medical Ethics*, 2020.

³⁹ M. BRAZIER, J. MIOLA, *Bye-Bye Bolam: A Medical Litigation Revolution?*, in *Medical Law Review*, Vol. 8, Issue 1, Spring, Pages 85-114, 2000.

⁴⁰ R. MULHERON, *Trumping Bolam: a critical legal analysis of Bolitho's "Gloss"*, *The Cambridge Law Journal*, 2010, 609-638.

I principi Dunne, invece, asserendo la non tendenziale colpevolezza del clinico che abbia agito in ottemperanza di una pratica medica generale e approvata, salvo che sia affetta da un difetto intrinseco, risultano maggiormente equi sia per la vittima sia per il medico accusato.

3.1. Sviluppo del dovere di diligenza nei tribunali britannici

L'obbligo di diligenza del professionista ha fatto il proprio ingresso nel diritto del Regno Unito con la sentenza Donoghue contro Stevenson⁴¹.

L'attrice aveva bevuto una bottiglia di birra in cui erano stati rinvenuti i resti di una lumaca. Il giudice introduce, per la prima volta, il principio del vicino⁴².

Il principio del vicino è un principio del *tort of law* secondo cui una persona dovrebbe prestare una *ragionevole attenzione* al fine di evitare la commissione od omissione di atti che possano essere facilmente previsti come forieri di una lesione di un diritto o interesse meritevole di tutela di un soggetto prossimo (il vicino).

Il concetto di vicino include tutte quelle persone, così strettamente e direttamente interessate dall'atto, che l'attore deve ragionevolmente tenere in considerazione nel momento in cui si impegna nell'atto o nell'omissione in oggetto.

Tale principio ha subito un'evoluzione con il giudizio Caparo Industries plc contro Dickman⁴³.

Secondo tale procedimento, infatti, perché una condotta possa dirsi negligente, non solo deve violare i requisiti del principio del vicino, così come sopra declinato, ma deve altresì porsi in contrasto con quelle norme dell'ordinamento che tutelano un interesse giuridico soggettivo.

3.2. Sviluppo del dovere di diligenza nei tribunali irlandesi

La giurisprudenza irlandese ha fatto propri i principi espressi dalle Corti britanniche con il giudizio Caparo Industries e ne ha fornito una propria reinterpretazione con il caso Glencar Explorations plc. contro il Mayo County Council⁴⁴.

Tale arresto giurisprudenziale afferma che possa ritenersi integrato un profilo di responsabilità professionale ogniqualvolta l'evento danno sia ragionevolmente prevedibile in forza di una previsione normativa conoscibile e corretta⁴⁵.

⁴¹ Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562.

⁴² Il giudice usa il termine *neighbour principle*.

⁴³ Caparo Industries plc v. Dickman [1990] 2 A.C. 605.

⁴⁴ Glencar Explorations plc. v. Mayo County Council [2002] 1 I.L.R.M.

⁴⁵ P. WARD, *Tort Law in Ireland*, Kluwer Law International, 2010.

Pertanto lo *standard* di cura viene valutato attraverso il principio adottato anche dal diritto italiano⁴⁶ dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*.

In questi termini, a prima vista, si potrebbe sostenere che il sistema irlandese faccia uso di un criterio di carattere oggettivo per delineare la cornice della negligenza. Tuttavia, come si avrà modo ora di evidenziare, si è in presenza di un approccio marcatamente soggettivistico.

Infatti, ai fini di una corretta valutazione dei profili di responsabilità professionale, devono essere prese in considerazione le capacità ragionevoli e prudenti del professionista, tenendo a mente la natura e le circostanze dell'evento⁴⁷. Tali circostanze attengono, ad esempio, alla probabilità di cagionare l'evento dannoso, alla gravità della minaccia che si concretizzi la lesione e al costo da sostenere per l'eliminazione del rischio⁴⁸.

3.3. Negligenza medica e *standard* professionale di cura e il nesso di causalità

Il problema di maggior rilievo attiene all'individuazione del modello di professionista a cui comparare il soggetto agente, al quale si imputa una certa condotta attesa la variegata interdisciplinarietà della professione medica.

È, pertanto, in questo contesto che si inseriscono⁴⁹ i principi Dunne già enucleati in precedenza.

Il nesso causale richiesto nei casi di negligenza medica in ambito civile viene valutato attraverso il test di causalità, ben consolidato dalla cosiddetta *but for rule*.

Tale regola, nel diritto anglosassone, consiste in un principio per cui il comportamento del convenuto non è causa di un pregiudizio per l'attore, a meno che tale pregiudizio non si sia verificato se non per il comportamento dell'imputato⁵⁰.

Un'interessante causa attuativa della *but for rule* è la sentenza Barnett contro Chelsea e Kensington Hospital Management Committee⁵¹.

La Corte ha deciso che, sulla base del bilancio delle probabilità, l'attrice non era riuscita a provare la propria richiesta nonostante l'ammissione di violazione del dovere da parte del convenuto.

⁴⁶ Cfr. L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'équipe*, Danno e Responsabilità, n. 3, 2019.

⁴⁷ E. QUILL, *Torts in Ireland*, Gill and Macmillan, 2009.

⁴⁸ W. BINCHY, *Tort Law in Ireland: A Half-Century Review*, Irish Jurist, vol. 56, 2016, pp. 199-218, www.jstor.org/stable/26448002. visionato in data 15 novembre 2020.

⁴⁹ C. CRAVEN, *Medical Negligence and the Dunne Principles: What Do the First and Second Principles Mean?*, 2006; C. CRAVEN, *Medical Negligence and the Dunne Principles: The Third and Later Principles*, 2006.

⁵⁰ J. MORRIS, *Towards a Modern Privacy Law in Ireland? Recent Developments in Privacy Law*, 2006 ILT; R. RYAN/ D. RYAN, *A Lost Cause? Causation in Negligence Cases: Recent Irish Developments*, 2006, ILT.

⁵¹ Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee [1969] 1 Q.B

Il caso riguarda la vicenda di un soggetto giunto morente in ospedale nei confronti del quale il medico, non riconoscendo la patologia, aveva errato la cura. Tuttavia il giudice non ha ritenuto responsabile il clinico in quanto il paziente sarebbe comunque deceduto a causa dell'arsenico ingerito.

Il principale caso di negligenza medica sul nesso di causalità nei tribunali britannici, invece, è quello di *Wilsher v. Essex Area Health Authority*⁵².

Questo giudizio dimostra la difficoltà di attuare la *but for rule* nel momento in cui l'evento possa derivare da differenti e contestuali cause⁵³.

In tal caso, il ricorrente soffriva di una retinopatia del prematuro, la cui eziopatogenesi può essere ricondotta a differenti cause.

In ragione di tale difficoltà di indagine, il ricorrente non ha potuto provare come il pregiudizio subito potesse dipendere da un'eccessiva somministrazione di ossigeno da parte del convenuto.

Pertanto, a meno che l'attore possa dimostrare che il danno sia il risultato di un singolo elemento, l'onere di provare il nesso di causalità resta uno *standard* difficilmente raggiungibile⁵⁴.

Al fine di porre rimedio alle criticità emerse in relazione alla regola del *but for*, la giurisprudenza ha apportato un'ulteriore modifica con la sentenza *McGhee* contro *National Coal Board*⁵⁵, introducendo il concetto del "contributo all'aumento materiale"⁵⁶.

Il Tribunale ha riconosciuto in capo all'attore il dovere, o meglio il potere, di individuare, tra le differenti possibili concause, quella avente una maggiore incisività nella causazione dell'evento⁵⁷.

I tribunali anglosassoni hanno presentato un'ulteriore sfida al nesso di causalità con la sentenza *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*⁵⁸, che ha dichiarato come l'attore potesse ottenere una vittoria giudiziale senza la necessità di provare la causalità.

Il ricorrente era stato esposto all'amianto e, pertanto, si era ammalato di mesotelioma pleurico.

Egli aveva adito il Tribunale affinché il suo datore di lavoro venisse condannato, perlomeno, a un risarcimento.

⁵² *Wilsher v. Essex Area Health Authority* [1988] A.C. 1074.

⁵³ H. E. BRADY, *Causation and Explanation in Social Science*, The Oxford Handbook of Political Science, 2013.

⁵⁴ B. KELLEHER, *Medical Negligence and MRSA Claims: Is the Law of Tort Efficient Enough?*, Masters Dissertation. Dublin, DIT, 2009.

⁵⁵ *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1.

⁵⁶ Il giudice usa l'espressione *Material increase contribution*.

⁵⁷ C. MORRIS, T. FRANCIS, G. CHAWLA, *Foreseeability and causation in clinical negligence cases*, Br Dent J, 2019; K. HYLTON, *Factual Causation*. In *Tort Law: A Modern Perspective*, Cambridge University Press, 2016.

⁵⁸ *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 A.C. 32.

La Corte ha dichiarato che, anche qualora il test *but for*, in un determinato procedimento, non riesca a trovare attuazione, non possa aprioristicamente dirsi certa la non colpevolezza del convenuto.

Nella predetta sentenza si legge che, negare la responsabilità in capo al soggetto preposto alla tutela di un'altra persona, quale può essere il lavoratore dipendente, che abbia comunque violato specifiche disposizioni, sia essa stessa un'ingiustizia che un giudice dovrebbe evitare in tutti i modi⁵⁹.

L'approccio radicato nei tribunali irlandesi riguardo al nesso di causalità può essere tendenzialmente accostato, sebbene in modo critico e parzialmente differenziato, al principio espresso dalla sentenza *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*.

Le sentenze maggiormente rilevanti, in tema di causalità per negligenza medica, sono da individuare nei casi trattati dalla Corte Suprema: *Philip v. Peter Ryan and Bons Secours Health System*⁶⁰ e *Quinn (Minor) v. Mid Western Health Board and anor*⁶¹.

La giurisprudenza irlandese fa proprio il concetto di "perdita di opportunità", rielaborando e quindi, in parte, superando i principi prima delineati in riferimento alle corti britanniche⁶².

Il caso *McGhee v. National Coal Board*, come visto, aveva richiesto, a colui che intendesse far valere la propria pretesa risarcitoria, l'onere di provare la violazione del dovere e il nesso di causalità. Tuttavia, attesa l'iniquità che potrebbe tramutare tale *onus probandi* in una *probatio diabolica*, le corti irlandesi sono giunte a ritenere risarcibile anche il danno da perdita di *chance* e della speranza di vita.

La dottrina irlandese⁶³ è solita ritenere corretto un risarcimento per i danni derivanti dalla perdita di opportunità di conseguire un determinato beneficio che si traduce in un miglioramento della qualità della salute del paziente.

Per il diritto irlandese, pertanto, la perdita di *chance* prima deve essere posta al vaglio della regola della *but for rule* e, successivamente, l'eventuale risarcimento dovrà tenere conto anche del possibile vantaggio che il ricorrente avrebbe ottenuto nel caso in cui l'azione del clinico fosse stata corretta.

In questo modo si ritiene di poter tutelare anche il convenuto da richieste risarcitorie oltremodo eccessive e che si tradurrebbero in un ingiustificato arricchimento senza causa del soggetto che lamenti di aver subito un danno.

⁵⁹ Letteralmente il giudice relatore, al paragrafo 67 della sentenza, di cui alla precedente nota, scrive *I am of the opinion that such injustice as may be involved in imposing liability on a duty-breaking employer in these circumstances is heavily outweighed by the injustice of denying redress to a victim*.

⁶⁰ *Philip v. Peter Ryan and the Bons Secours Health System* [2004]4 I.R.

⁶¹ *Quinn (Minor) v. Mid-Western Health Board and anor* [2005] I.E.H.C.

⁶² I. FISHER, *Tort*, Round Hall Ltd, 2020.

⁶³ E. JACKSON, *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2016.

Nel 2019, la Corte Suprema, con la sentenza *Perry v Raleys Solicitors*⁶⁴, ha riesaminato l'applicazione della dottrina della perdita di *chance*, ritenendo che le prove mediche specialistiche, da assumersi come basi idonee a dimostrare la presenza di un nesso causale tra la condotta e l'evento, possano essere frutto anche di studi successivi all'evento danno, ma tale impiego non dovrebbe mai tradursi in un abuso del diritto del reclamante.

Sul tema della negligenza medica, come si è già avuto modo di vedere, l'*onus probandi* rimane essenzialmente a carico del soggetto agente.

L'eccezione a questa regola è l'applicazione del principio della *res ipsa loquitur*.

Tale regola si applica ogniqualvolta, pur non potendo rinvenire una spiegazione scientifica comunemente riconosciuta del danno patito, il danno non potrebbe essere derivato da altra causa se non quella riferibile alla negligenza dell'imputato.

In questi casi, pertanto, l'onere della prova viene posto in capo al convenuto⁶⁵.

Tale principio è sorto nella causa *Byrne v. Boadle*⁶⁶ ed è stato sviluppato dalla giurisprudenza con la sentenza *Scott v. London & Katherine Docks Co*⁶⁷.

Secondo i giudici di *common law*, quando l'evento che ha cagionato il danno sia riferibile alla condotta del soggetto preposto al controllo della prevenzione e questi si sia verificato lo stesso, in assenza di eventi del tutto eccezionali, significa che l'accadimento lesivo è principiato da una mancanza di diligenza da parte del soggetto titolare della posizione di garanzia.

Tuttavia, in capo al medico, residua il potere di dimostrare di aver proceduto secondo diligenza attraverso elementi probatori riconducibili, ad esempio, all'*iter* operatorio risultante dai referti redatti, dalle evidenze cliniche e dalle eventuali testimonianze dell'*equipe*, qualora presente.

Il principale caso di negligenza medica nei tribunali irlandesi, per esaminare la dottrina di *res ipsa loquitur*, è quello di *Lindsay v. Mid-Western Health Board*⁶⁸.

Il caso ha riguardato l'operazione di una bambina che, dopo l'intervento chirurgico, non ha più ripreso conoscenza.

La Corte ha ritenuto che l'imputato dovesse dimostrare di aver esercitato un *iter* terapeutico corretto, al fine di provare l'infondatezza delle doglianze avversarie. Secondo il giudice, però, nel momento in cui il clinico riesce a dimostrare di aver svolto correttamente la propria professione, l'applicazione del principio della *res ipsa loquitur* si tradurrebbe in un gravame ingiustificato in capo al convenuto e, pertanto, diviene nuovamente dovere del ricorrente sconfessare la tesi difensiva del chirurgo.

⁶⁴ *Perry v Raleys Solicitors* [2019] UKSC 5.

⁶⁵ R. G. THORNTON, *The limited use of inferred negligence in medical cases. Proceedings*, Baylor University. Medical Center, vol. 15,2, 2002, 228-30.

⁶⁶ *Byrne v. Boadle* 159 E.R. 299(1863).

⁶⁷ *Scott v. London & Katherine Docks Co.* (1865) 3 H.C 596.

⁶⁸ *Lindsay (an infant) v. Mid-Western Health Board* [1993] I.L.R.M. 550.

Un ulteriore importante cenno in ambito medico attiene alla c.d. responsabilità vicaria. La responsabilità vicaria è un istituto giuridico in virtù del quale il convenuto, di solito un datore di lavoro, è ritenuto responsabile per il risarcimento del danno cagionato da un altro soggetto sul quale il primo esercita una posizione di controllo o di garanzia⁶⁹.

Per quanto attiene al contesto ospedaliero, rilevante è il caso del Regno Unito, *Gold v. Essex County Council*⁷⁰, secondo il quale l'ospedale, nel momento in cui fornisce le attrezzature necessarie per curare i pazienti, è tenuto, al contempo, a garantire che i soggetti operanti siano a conoscenza delle modalità necessarie per il corretto uso della predetta strumentazione.

L'approccio moderno alla responsabilità indiretta nei tribunali irlandesi è stato definito nella sentenza *O'Donovan Cork County Council*⁷¹.

L'ospedale è direttamente responsabile⁷² per i propri dipendenti che violano i loro doveri: ne consegue che l'ospedale violi i propri doveri a causa di tali inadempienze⁷³. Ciò implica che il nosocomio sia pienamente responsabile di tutto ciò che accade all'interno della propria organizzazione⁷⁴.

4. Conclusioni

La sentenza *Morrissey*, come visto, ha consentito di elaborare importanti riflessioni sul tema della responsabilità medica e, in particolar modo, circa il profilo della negligenza.

Il giudice Clarke C.J., infatti, ha affermato come il punto di partenza di qualsiasi caso di negligenza professionale richieda l'identificazione dello *standard* di approccio da applicare. Come visto, alla luce dei principi *Dunne*, è ammissibile il postulato per cui non possa ritenersi integrata una condotta negligente per il solo fatto di avere seguito una delle due o più possibili scelte terapeutiche.

Dovere del giudice, invece, è quello di verificare se la linea di condotta, effettivamente seguita, appaia coerente con l'esercizio della cura ordinaria che ci si potrebbe ragionevolmente attendere da un professionista specializzato in una determinata patologia medica.

Nel caso *Morrissey*, la questione dello *standard* di approccio si è ridotta al dover stabilire cosa avrebbero dovuto fare i professionisti coinvolti nello *screening* e se le azioni poste in essere avessero violato lo *standard* qualitativo richiesto.

⁶⁹ P. GILKER, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2010.

⁷⁰ *Gold v. Essex County Council* [1942] 2 K.B. 293.

⁷¹ *O'Donovan v. Cork County Council* [1967] I.R. 173.

⁷² J.W. SMITH, *Hospital Liability - Litigation Series*, Law Journal Press, 2020.

⁷³ D. MADDEN, *Medical Law in Ireland*, Kluwer Law International B.V., 2017.

⁷⁴ *Hunt v Gormley & ors.* [2019] IEHC 316.

La Corte ha definito chiaramente il ruolo di un professionista e, in particolare, il ruolo di un medico di laboratorio addetto all'analisi e allo studio dei campioni c.d. *screeener*.

In quest'ottica, il giudice ha posto in risalto l'esigenza di tenere in debita considerazione le prove degli esperti riguardo allo *standard* da applicare ai singoli test clinici.

La Corte ha sottolineato che, in un giudizio prognostico volto a verificare il corretto operato del clinico, per quanto attiene allo studio dei vetrini di laboratorio, occorra, in via preliminare, verificare l'idoneità degli stessi a fornire un risultato minimo necessario per formulare un'ipotesi diagnostica.

Un importante momento di analisi della Corte Suprema è quello inerente al ruolo riconosciuto ai periti e al valore della consulenza tecnica all'interno del processo.

L'organo giudicante distingue tra i casi in cui la perizia assume valore dirimente, in quanto coinvolgente aspetti tecnici, talmente specifici, da non poter essere in alcun modo compresi da un soggetto privo di precise competenze, e altri in cui il ruolo dell'esperto si riduca a mero supporto istruttorio idoneo a formare il convincimento del tribunale.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte si può comprendere come, per il sistema di *common law*, la diligenza richiesta al professionista comporti non solo il rispetto degli *standard* medi riferibili alle c.d. linee guida, ma altresì di quelli imputabili al medico specialista.

Questi, infatti, deve esprimere un grado di competenza tecnica di riferimento più elevato, proprio in conformità alla maggior capacità vantata.

Tale principio, per svolgere un brevissimo cenno all'ordinamento di *civil law*, è stato ripreso anche dalla giurisprudenza di legittimità italiana⁷⁵, secondo cui le obbligazioni professionali sono caratterizzate dalla prestazione di attività particolarmente qualificata da parte di soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il paziente fa affidamento nel decidere di sottoporsi all'intervento chirurgico, al fine del raggiungimento del risultato perseguito o sperato. Affidamento tanto più accentuato, in vista dell'esito positivo nel caso concreto conseguibile, quanto maggiori siano la specializzazione del professionista e la preparazione organizzativa e tecnica della struttura sanitaria presso la quale l'attività medica viene dal primo espletata.

Riprendendo ancora un insegnamento della giurisprudenza italiana la responsabilità del medico, alla luce anche dei principi Dunne, in ordine al danno subito dal paziente, presuppone la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata. Tale diligenza non è quella del buon padre di famiglia, bensì quella del debitore qualificato che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obiettivamente connesse all'esercizio della professione e ricomprende, pertanto, anche la perizia⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. Corte di Cassazione., Sezioni Unite, sent. n. 26496/2020.

⁷⁶ Cfr. Corte di Cassazione., Sezione III, sent. n. 13872/2020.

I principi Dunne, per il sistema di *common law*, rimangono il test legale nei giudizi di negligenza medica e sono le linee di base rispetto alle quali devono essere valutate le azioni / inazioni dei medici, permanendo in capo all'attore il dovere di provare la determinazione di un nesso di causalità.

Una simile interpretazione consente di garantire un maggiore equilibrio tra interessi e diritti contrapposti.

Qualora, invece, si accettasse il principio della *absolute confidence* si creerebbe un'evidente criticità circa la affidabilità dei test a fronte della richiesta di requisiti eccessivamente stringenti, tali da ingenerare un elevato e ingiustificato rischio in capo al medico.

La sentenza Morrissey non impone uno *standard* di perfezione alla comunità medica: la Corte sottolinea che la responsabilità non possa essere automaticamente riconosciuta ai laboratori convenuti qualora una donna che, dopo aver ottenuto un risultato certo, sviluppi successivamente un cancro uterino. Infatti, purtroppo, con il passare del tempo, si possono formare masse tumorali prima del tutto assenti e a quel tempo non prevedibili.