

# Medicina Legale

## Rilievo ed indice di affidabilità probatoria delle immagini digitali in chirurgia ortopedica

G. Martini  
L. Ottaviano<sup>1</sup>  
E. Vitacolonna<sup>2</sup>

### PREMESSA

In una posizione particolare, non codificata e non sempre puntualizzata dalla dottrina o dalla giurisprudenza, si pongono le cosiddette “prove digitali”, in una sorta di “metaterritorio”, dove sembrerebbe perdere consistenza la naturale propensione dell’uomo di rapportarsi al mondo “reale”.

I computer e le altre apparecchiature elettroniche sono ormai presenti in ogni momento della nostra vita.

Nonostante questa evoluzione tecnologica, l’incremento dell’uso dei nuovi metodi e l’ammontare delle informazioni che sono ordinariamente conservate e trasmesse solo in forma digitale anche in campo sanitario, sussiste scarsa padronanza del mondo “digitale” ancora apparentemente connotato da una per così dire “aura di pseudo-immaterialità”.

In tale contesto si inserisce anche la un po’ vecchia e mai sopita contrapposizione tra privacy e nuove tecnologie che, invece di essere superata o quanto meno tollerata nell’interesse di tutti, magari trovando un giusto equilibrio, si ripropone periodicamente e divide giuristi e operatori.

D’altra parte l’irreversibile passaggio dalla carta ai *bits* comporta la conseguente necessità di dimostrare l’efficacia probatoria delle tracce digitali e dei significati ad esse ascritti, ponendo interessanti interrogativi.

In tal senso e contrariamente a quanto si pensi, la sensibilizzazione per un comportamento corretto nel maneggiare le nuove tecnologie non è necessaria esclusivamente per perfezionare l’attività pratico-chirurgica, ma appare di notevole importanza anche per quanto attiene problematiche di natura amministrativo-giuridica.

### CONSIDERAZIONI SUL CASO E SULLA PRONUNCIA

Tanto premesso si riporta un’importante decisione del Garante per la protezione dei dati personali che, di certo, apre nuovi scenari di riflessione sull’utilizzo e la conservazione di particolari tipologie di dati derivanti da specifiche tecniche chirurgiche. [... *omissis* ...] *VISTO il ricorso presentato al Garante il 4 maggio 2006 da XY, rappresentata e difesa dall’avv. XX, nei confronti della Casa di cura ..., con il quale l’interessata, la quale si era sottoposta ad un intervento chirurgico svolto in “videolaparoscopia” presso tale casa di cura, ha ribadito la richiesta – già avanzata con istanza formulata in riferimento alla normativa sulla protezione dei dati personali e*

Commissione di Medicina Legale SIOT; <sup>1</sup> Gruppo di studio della Commissione di Medicina Legale SIOT, Dottorato di Ricerca E.Learning, Development & Delivery “Università G. D’Annunzio” – “Università Leonardo da Vinci”, Chieti; <sup>2</sup> Facoltà di Medicina e Chirurgia, Università “G. D’Annunzio” – Università Telematica “Leonardo Da Vinci”, Chieti

Ricevuto il 14 ottobre 2009

rimasta priva di riscontro – di ottenere la comunicazione in forma intelligibile dei dati che la riguardano registrati sulla videocassetta in questione; rilevato che la ricorrente ha chiesto di porre a carico della resistente le spese sostenute per il procedimento;

[... omissis ...] VISTA la nota inviata il 5 giugno 2006 con la quale Casa di cura... ha sostenuto di essere tenuta unicamente, ai sensi dell'art. 92 del Codice, a fornire o a consentire la visione all'interessato, o a soggetto da questi delegato, di una copia della cartella clinica e dell'acclusa scheda di dimissione ospedaliera, obbligo cui la resistente avrebbe, come non contestato dalla ricorrente, ottemperato prontamente; rilevato che la resistente ha altresì sostenuto che, essendo la riproduzione audiovisiva di un intervento chirurgico meramente facoltativa per la struttura sanitaria (e perciò non inserita nella cartella clinica), la pretesa della ricorrente di ottenerne la consegna sarebbe quindi "arbitraria, oltre che illegittima"; rilevato, infine, che il titolare del trattamento (che ha fornito anche gli estremi identificativi dei responsabili del trattamento) ha sostenuto che, essendo stati registrati sulla videocassetta in questione vari interventi chirurgici eseguiti anche su altri pazienti, la consegna del relativo supporto violerebbe la riservatezza dei dati personali degli stessi, pur dichiarandosi comunque disponibile a far "visionare" la medesima videocassetta dalla ricorrente o da persona delegata, previo appuntamento, presso la stessa struttura sanitaria;

[... omissis ...] VISTA la nota inviata il 6 giugno 2006 con la quale la ricorrente ha contestato le deduzioni formulate dalla controparte sostenendo che, se pur rientra nella facoltà della struttura sanitaria la decisione di eseguire l'intervento in "videolaparoscopia", una volta che siano stati registrati su apposito video i dati personali del soggetto interessato, quest'ultimo ha il diritto di accedervi ed il titolare ha, quindi, l'obbligo e non la facoltà di consentirne l'accesso; rilevato che la ricorrente ha sostenuto, inoltre, come non sia rilevante che sulla videocassetta siano riprodotti anche i dati personali di altri soggetti parimenti sottoposti ad intervento chirurgico, in quanto il titolare del trattamento ben potrebbe estrapolare la parte relativa all'intervento chirurgico subito dalla ricorrente e metterla a sua disposizione; [... omissis ...] VISTA la nota inviata il 12 luglio 2006 con la quale la resistente, nel riportarsi al precedente scritto difensivo, ha sostenuto di essere "nella impossibilità materiale di estrapolare dalla cassetta de quo la ripresa relativa all'intervento di che trattasi, poiché, come in

precedenza già chiarito, nella stessa sono filmati interventi chirurgici riguardanti altri pazienti"; [... omissis ...] RILEVATO che l'esercizio del diritto di accesso ai dati personali conservati dal titolare del trattamento consente di ottenere, ai sensi dell'art. 10 del Codice, la comunicazione in forma intelligibile dei dati personali effettivamente detenuti, estrapolati dai documenti o dagli altri supporti che li contengono ovvero –quando l'estrazione dei dati risulti particolarmente difficoltosa – la consegna in copia dei documenti, con l'omissione di tutto ciò che non costituisce dato personale dell'interessato (cfr. art. 10, comma 4 e 5 del Codice); rilevato che l'art. 92, comma 2, del Codice, la cui applicabilità è stata invocata dalla resistente nel corso del procedimento, disciplina la diversa ipotesi di richiesta di accesso ai dati contenuti nella cartella clinica da parte di persone diverse dall'interessato, il quale, invece, ha, ai sensi dell'art. 7 del Codice, il diritto di accedere a tutti i dati che lo riguardano, in qualunque documento, supporto (anche visivo) o archivio essi siano contenuti o registrati;

[... omissis ...] RILEVATO che il titolare del trattamento non ha fornito nel corso del procedimento un positivo riscontro alla richiesta di accesso formulata dalla ricorrente; ritenuto, pertanto, di accogliere il ricorso ordinando alla resistente di mettere a disposizione della ricorrente i dati personali che la riguardano registrati sulla videocassetta in questione, previo oscuramento delle immagini relative a terzi (profilo per il quale non risulta comprovata l'asserita impossibilità materiale), entro e non oltre il 31 ottobre 2006, dando conferma anche a questa Autorità, entro la medesima data, dell'avvenuto adempimento; [... omissis ...] RILEVATO che, ai sensi dell'art. 84, comma 1, del Codice, la comunicazione dei dati in questione, in quanto idonei a rivelare lo stato di salute, potrà essere effettuata da parte della struttura sanitaria resistente "solo per il tramite di un medico designato dall'interessato o dal titolare"; [... omissis ...] RICORDATO tuttavia che, pur essendo l'esercizio del diritto di accesso in termini generali gratuito (quando risulti confermata l'esistenza di dati che riguardano l'interessato), in presenza di una richiesta di riprodurre dati personali su uno speciale supporto (quale, nel caso di specie, la videocassetta contenente un filmato che deve essere messa a disposizione nelle sole parti relative all'interessato), ai sensi della determinazione generale del Garante n. 14 del 23 dicembre 2004 in G.U. dell'8 marzo 2005, n. 55, (documento web n. 1104892), il tito-

lare del trattamento può chiedere all'interessato un contributo spese, nella misura massima di 20 euro; [... omissis ...] VISTI gli artt. 145 e s. del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lg. 30 giugno 2003, n. 196); [... omissis ...] VISTE le osservazioni dell'Ufficio formulate dal segretario generale ai sensi dell'art. 15 del regolamento del Garante n. 1/2000; TUTTO CIÒ PREMESSO IL GARANTE accoglie il ricorso e ordina alla resistente di comunicare alla ricorrente i dati personali che la riguardano, entro il termine del 31 ottobre 2006, dando conferma, entro la medesima data, a questa Autorità dell'avvenuto adempimento.

Il predetto provvedimento del Garante ha ad oggetto il ricorso di una paziente che aveva invano richiesto alla casa di cura presso la quale era stata operata con tecnica laparoscopica, di ottenere la comunicazione in forma intellegibile dei dati che riguardavano l'intervento cui era stata sottoposta, registrati su videocassetta. La Casa di Cura si difendeva sostenendo di essere unicamente tenuta, ai sensi dell'art. 92 del d.lgs 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), a fornire o consentire la visione all'interessata, o a un suo delegato, di una copia della cartella clinica e dell'acclusa scheda di dimissione ospedaliera. Aggiungeva altresì che, essendo la riproduzione audiovisiva di un intervento chirurgico meramente facoltativa per la struttura sanitaria (e per questo non inserita nella cartella clinica), la pretesa della ricorrente di ottenerne la consegna era "arbitraria, oltre che illegittima" e che, essendo stati registrati sulla videocassetta in questione vari interventi chirurgici eseguiti anche su altri pazienti, la consegna del relativo supporto avrebbe violato la riservatezza dei dati personali degli stessi.

Il Garante, di contro, è giunto ad opposta conclusione statuendo che "l'esercizio del diritto all'accesso di dati personali conservati dal titolare del trattamento, consente di ottenere, ai sensi dell'art. 10 del Codice, la comunicazione in forma intellegibile dei dati personali effettivamente detenuti, estrapolati dai documenti o dagli altri supporti che li contengono, ovvero la consegna in copia dei documenti, con l'omissione di tutto ciò che non costituisce dato personale dell'interessato (cfr. art. 10, commi 4 e 5 del Codice)". L'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha dunque ritenuto di poter accogliere il ricorso della paziente, ordinando alla casa di Cura "di mettere a disposizione della ricorrente i dati personali che la riguardano registrati sulla videocassetta in questione, previo oscuramento di immagini relative a terzi".

Quale corollario della predetta pronuncia, in tutti i casi simili, e per quanto attiene la nostra trattazione in particolare quelli artroscopici e/o quelli derivanti da navigazione protesica, gli ospedali e le case di cura sono tenuti ad esibire e consegnare al paziente, su richiesta, una copia della registrazione dell'intervento con le medesime modalità con cui ciò avviene per quanto riguarda la cartella clinica.

In tal senso, infatti, con l'anzi riportato provvedimento del 20 settembre 2006, continuando nel solco già tracciato con la decisione dell'11 ottobre 2004 con la quale erano stati inclusi nel concetto di *dato sanitario* anche le fotografie scattate prima e dopo l'intervento chirurgico, il Garante ha ulteriormente ampliato la categoria (*dei dati sanitari*) includendovi anche le immagini derivanti da interventi chirurgici ovvero, nello specifico, le registrazioni endoscopiche.

Occorre ovviamente precisare che le considerazioni, che nel caso di specie fanno riferimento ad immagini relative ad un intervento in laparoscopia, sono evidentemente estensibili ad ogni immagine derivante da ottiche inserite per visualizzare comparti anatomici e, conseguentemente, l'operazione chirurgica nel suo completo svolgimento.

Nel merito e in relazione allo specifico oggetto della presente trattazione, deve rilevarsi che il Garante non istituisce una relazione tra la cartella clinica e la registrazione delle immagini su supporti digitali tale da giungere alla conclusione che la cartella clinica comprenda, al suo interno, anche il supporto con cui sono impresse le immagini dell'intervento, tuttavia assoggetta entrambe le documentazioni alla medesima disciplina di accessibilità da parte del paziente. D'altra parte un'analisi del contenuto di tali immagini, rivela come debbano riscontrarsi numerosi elementi di comunanza tra la memorizzazione su supporto informatico dei fotogrammi costituenti l'intervento chirurgico e il cosiddetto "registro operatorio" da sempre considerato parte integrante della cartella clinica e con il quale la videoregistrazione degli interventi condivide finalità e sostanziale tipologia di dati anzi fornendo una maggiore quantità di elementi ovvero apportandone un *plus* in termini conoscitivi. In tal senso, essendo la cartella clinica dotata di una speciale efficacia probatoria, sia dal punto di vista civile che penale, l'introduzione dei supporti digitali non può che avere conseguente valore probatorio.

Tale presupposto rinvia del resto alla dimensione forense dell'ormai affermato e tipicamente anglosassone concetto di *digital evidence* che, coniato dal prestigioso SWDGE

(*Scientific Working Group for Digital Evidence*), fa riferimento all' *informazione con valore probatorio che sia memorizzata/trasmessa in formato digitale*.

Un'evidenza informatica ha, d'altra parte, il valore probatorio previsto dall'articolo 2712 cc, con tutte le conseguenze processuali derivanti dall'eventuale disconoscimento della parte contro la quale il documento stesso è opposto. Il predetto articolo del codice civile disciplina, infatti, una particolare tipologia di prova documentale che si caratterizza *per esser la riproduzione di fatti o cose attraverso gli strumenti messi a disposizione dal progresso scientifico* facendo riferimento alle *"riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni fotografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate ..."* che l'art. 234 del codice di procedura penale richiama nel consentirne l'acquisizione nel processo come prove documentali. In tal senso il codice non opera discriminazione tra i diversi mezzi di rappresentazione, attribuendo così efficacia di "prova piena" alle riproduzioni su nastri, Cd, hard disk ricomprendendole tra le *altre rappresentazioni meccaniche di fatti* a condizione, però, che *"colui contro il quale sono prodotte non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime"*. Nessun dubbio dunque che il documento digitale possa essere considerato, con le cautele dovute dal giudice in fase di valutazione, fonte di prova. D'altra parte, sostenere, l'inammissibilità di un siffatto documento come fonte di prova costituirebbe una presa di posizione troppo rigida che, tra l'altro, non sembra favorire le esigenze collettive e commerciali della "società dell'informazione".

Del resto *"Sul piano probatorio il documento stesso è liberamente valutabile (dal Magistrato), che dovrà tener conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza"* ovvero di:

- *autenticità*: bisogna identificare esattamente la provenienza dei dati digitali indicati come prova (ciò è generalmente complicato e non sempre possibile, inoltre esistono casi in cui l'assenza di meccanismi di controllo sui dati e la loro correttezza o la loro intrinseca debolezza non rendono neanche ipotizzabile tale forma di garanzia);
- *integrità*: stabilire il metodo di conservazione dei dati una volta acquisiti (ad es. il supporto di memorizzazione);
- *veridicità*: usare gli strumenti di analisi corretti al fine di avere una interpretazione dei dati repertati valida e completa da presentare in dibattimento;

- *completezza*: bisogna saper escludere i dati ininfluenti e saper reperire tutti quelli inerenti il caso;
- *legiltà*: conformità alle leggi italiane dei metodi e degli strumenti.

Se non sorgono problemi nel ritenere la cartella clinica un documento ai sensi dell'art. 234 c.p.p., per quanto attiene le immagini endoscopico/digitali bisognerà valutare se esse necessitino di particolari cautele e/o vagli ai fini dell'ammissione e della valutazione.

Per quanto attiene l'ammissibilità, ricordata la sostanziale omogeneità di contenuti tra la cartella clinica/registro operatorio e la registrazione dell'intervento chirurgico, è garantita dalla caratteristica, comune ad entrambe le tipologie di documentazione, di pre-costituzione rispetto alla pendenza del processo.

Ciò che, invece, distingue le due tipologie di documentazione è l'aspetto della materialità del documento, aspetto che tuttavia s'incrina per dilatarsi a compensazione dell'evoluzione tecnologica.

Si potrebbe, infatti, vedere nelle immagini chirurgiche la mancanza del requisito di fisicità (requisito reso elastico dalla sopradescritta clausola normativa di adeguamento ai mezzi tecnologici) che è alla base dell'idea stessa di documento. Tuttavia, questa prima impressione cade allorché si consideri che anche le immagini digitali, pur immateriali, sono necessariamente "appoggiate" ad un supporto di memorizzazione materiale (quale può essere un hard disk o un CD) che registra la sequenza informatica e la rende comprensibile. Appare d'obbligo, in tal senso citare l'art. 491 bis del codice penale dove si legge, tra l'altro: *"omissis ... A tal fine per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli"*. Quindi, testualmente, la distinzione tra il documento cartaceo e quello informatico consiste tutta nel supporto contenente i dati: questi, infatti, viene indicato quale equivalente informatico del tradizionale foglio di carta, sul quale un contenuto eventualmente rappresentativo può essere impresso.

Altra problematica riguarda la possibilità di attendibilità della rappresentazione, nel senso di una maggiore possibilità, per quanto attiene il ricorso all'informatica, alla possibilità di alterare e/o modificare le immagini apportate come rappresentazione dell'intervento.

Tuttavia il vaglio di tale qualità transiterà attraverso gli istituti di riferimento quali la perizia (art. 220 c.p.p) e la consulenza tecnica (art. 225 c.p.p) che, affidate a *periti*

esperti, consentiranno di appurare la provenienza del documento digitale e l'affidabilità della corrispondenza tra immagine e realtà estendendosi, peraltro, anche nel merito dell'esecuzione tecnica dell'intervento e delle scelte operatorie.

D'altra parte, occorre precisare, che con la legge 23/12/1993, n. 547, l'Italia, ha provveduto, ad aggiornare in chiave tecnologica il codice penale e il codice di procedura penale, punendo condotte criminose del settore informatico di cui, tra le altre, rilevano, ai fini della presente trattazione, il danneggiamento (art. 635-bis c.p.), la frode informatica (art. 640-ter c.p.), il falso informatico (art. 491-bis c.p.), l'attentato a impianti di pubblica utilità (art. 420 c.p.), la detenzione e la diffusione abusiva di codice di accesso (art. 615-quater c.p.), la violenza sui beni informatici (art. 392 c.p.), ed ampliando i poteri degli inquirenti nella fase di acquisizione delle prove.

## CONCLUSIONI

Assicurati pertanto gli anzidetti *standard* attraverso le regole dettate per la prova documentale sarà possibile l'acquisizione del fortissimo contenuto informativo che caratterizza le immagini digitali la cui portata conoscitiva è triplice:

- consente di estrapolare una serie di dati sanitari riguardanti il paziente che sono oggetto di diritto di accesso altresì sottoposti a misure che ne garantiscono adeguatamente la riservatezza;
- apporta conoscenze solo in parte ricavabili dalla documentazione tradizionale rendendo concreta la possibilità di introdurre e utilizzare nel processo cognizioni così precise e penetranti capaci di ridurre sempre più il divario tra realtà processuale e realtà fattuale nonché la possibilità di interazione e valorizzazione reciproca di tecniche, linguaggi e prassi tra medicina e diritto;
- fornisce dati la cui oggettività e imparzialità ha una

funzione garantistica dei diritti fondamentali non solo dei pazienti, ma anche e soprattutto, ai fini dell'esonero di colpe professionali, dello stesso sanitario.

## BIBLIOGRAFIA

- <sup>1</sup> Bates. *DIVA Computer Evidence (Digital Integrity Verification and Authentication)*. International Journal of Forensic Computing 2001;26 March. Bates. *Fundamentals of computer forensics*. International Journal of Forensic Computing 1997.
- <sup>2</sup> Bilancetti M. *La responsabilità penale e civile del medico*. CEDAM 1998.
- <sup>3</sup> Carnelutti F. *Prova cinematografica*. Riv Dir Proc Civ 1924;I:204.
- <sup>4</sup> Carli L. *Videoregistrazione di immagini e tipizzazione di prove atipiche*. Dir Pen Proc 2003;1:41 ss.
- <sup>5</sup> Hosmer C. *Time-lining Computer Evidence*. WetStone Technologies Inc. 1998.
- <sup>6</sup> Fermer D, Venema W. *Forensic computer analysis: an introduction. Reconstructing past events*. Dr Dobb's J 2000;29:70-5.
- <sup>7</sup> Fiori A. *Medicina legale della responsabilità medica*. Giuffrè 1999.
- <sup>8</sup> Frosini V. *Telematica ed informatica giuridica*. Enc del Dir 1992;XLIV:60.
- <sup>9</sup> Graziosi A. *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*. Riv Trim Dir Proc Civ 1998:481 ss.
- <sup>10</sup> Marco L. *Una decisione del garante per la protezione dei dati personali: la cartella clinica come documento sanitario integrato e le immagini laparoscopiche*. Riv It Med Leg 2008;04/05:1159-68.
- <sup>11</sup> Mc Kemmish R. *What is Forensic Computing*. Trends and Issues in Crime and Criminal Justice 1999;118. Australian Institute of Criminology.
- <sup>12</sup> Montesano L. *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile*. Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica 1987;25; De Santis F. *Il documento non scritto come prova civile*. ESI 1988.
- <sup>13</sup> Palmieri E. *Documento informatico e firma digitale*. Giappichelli 2001.
- <sup>14</sup> Ranum M. *Network Forensics and Traffic Monitoring*. Computer Security Journal 1997;XII.