

# La responsabilità professionale del medico

## *I più recenti orientamenti della Corte di Cassazione*

*La prima parte dell'articolo è stata pubblicata nel numero 1 della rivista*

di Samuele Marinello

### Cumulo di responsabilità

La natura della responsabilità va determinata non sulla base della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente, ma sulla base della natura del precetto che quella condotta viola.

Ciò comporta che una stessa condotta può violare più precetti, uno di natura contrattuale e uno di natura extracontrattuale, fondando quindi due diverse responsabilità.

Nel nostro ordinamento vige il principio secondo cui è ammissibile il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche di diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale. Ne consegue che se è ammissibile a carico dello stesso soggetto il concorso della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale, a maggior ragione

non può escludersi che uno stesso fatto (l'attività professionale del medico) integri a carico di un soggetto (l'ente gestore del servizio sanitario) un'ipotesi di responsabilità contrattuale e a carico dell'autore del fatto, un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale. Il fatto che sia la responsabilità del medico che quella dell'ente gestore del servizio sanitario abbiano entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, pur costituendo un importante elemento fattuale, non comporta necessariamente che le responsabilità di entrambi i soggetti siano di natura contrattuale di tipo professionale. Probabilmente la stessa considerazione dell'unicità della radice è stata alla base dei tentativi di soluzione proposti da quella parte della dottrina che sostiene la natura contrattuale della responsabilità del medico pubblico dipendente.

Si è, infatti, osservato che la responsabilità del medico conseguirebbe all'applicazione della disciplina relativa al contratto in favore di terzo, in quanto l'ente gestore del ser-

vizio sanitario, nel momento in cui si garantisce la prestazione professionale del medico, stabilisce anche che il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiederà la prestazione sanitaria.

In ogni caso (e l'ipotesi va fatta tanto con riferimento ai medici dipendenti di ente pubblico, quanto ai medici dipendenti di strutture private), il soggetto danneggiato che agisce non fa valere il contratto di lavoro esistente tra l'ente e il medico, ma aziona il diverso contratto intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale, ovvero propone un'azione di responsabilità extracontrattuale per la lesione di un suo diritto soggettivo assoluto, qual è il diritto alla salute.

Quest'ultima obiezione impedisce anche di poter condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti del paziente.

La figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo, che è stata elaborata dalla dottrina tedesca ed ha trovato un riscontro anche nella giurisprudenza italiana (Cass. 11503/1993), si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, come accade nel caso del paziente, ma alla sua esecuzione con diligenza tale da evitare danni al terzo medesimo. In realtà, l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi sotto un diverso profilo e nei confronti di un diverso soggetto.

Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale; quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto

di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere.

Un recente orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione, in quanto poiché sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale.

La più recente e autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 C.C., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi di rango costituzionale tra cui può sicuramente annoverarsi il diritto alla salute.

Suggerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli, ma allargata altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice contatto sociale, si fa riferimento, in questi casi al rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale.

## I contatto sociale

Con questa espressione si riassume un duplice aspetto del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce.

In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere **da rapporti contrattuali di fatto**, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto rientri tra le ipotesi negoziali previste dalla legge, e pur tuttavia **ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che**

**siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.**

In questi casi non può sorgere la sola responsabilità aquiliana, perchè questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui; è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 C.C., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno.

Quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, perchè il soggetto non ha fatto (*culpa in omittendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale.

Un'anticipazione di questa impostazione sembra ravvisarsi in Cass. 7989/1994, secondo cui la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale.

Quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione protetta (per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato), soprattutto se detta professione abbia a oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica, che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost..

A questo tipo di operatore professionale, la coscienza sociale non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il mero rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge confidando sulla sua professionalità, ma quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento.

In altri termini, **la prestazione sanitaria**

**del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o no alla base un contratto d'opera professionale tra i due.**

Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda che esista o no un contratto.

La pur evidente assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità che qualifica *ab origine* l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in **contatto** con esso.

L'esistenza di un contratto potrà essere rilevante al solo fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria, salve le ipotesi in cui detta attività sia obbligatoria.

In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico interviene (ad esempio perché tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero), l'esercizio della sua attività sanitaria **non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico.**

## a radice comune

Da tutto ciò consegue che la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità contrattuale di entrambi; tale qualificazione discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto.



## La colpa e l'onere probatorio

Questa soluzione della questione produce i suoi effetti sui veri nodi della responsabilità del medico e cioè il grado della colpa e la ripartizione dell'onere probatorio. Dottrina e giurisprudenza tendono ad applicare alla fattispecie in esame l'art. 1176 C.C., che impone di valutare la colpa con riguardo alla **natura dell'attività esercitata**.

La responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico implica sempre una **scrupolosa attenzione e un'adeguata preparazione professionale**.

Il medico, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto a un grado di diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, primo comma, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, secondo comma, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza delle *leges artis* mediche.

Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da precise regole disciplinari.

Ciò comporta che la diligenza assume un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

Il grado di diligenza, per quanto in termini astratti e oggettivi, deve essere sempre apprezzato in relazione alle **circostanze concrete** e tra queste, **rientra anche la valutazione sulle dotazioni della struttura ospedaliera in cui il medico opera**.

In relazione a ciò, va valutata la diligenza e la perizia che stanno alla base della scelta

di effettuare presso la struttura solo gli interventi che possono essere ivi eseguiti, richiedendosi in caso contrario il trasferimento del paziente in altra sede, ove ciò sia tecnicamente possibile e non esponga il paziente stesso a più gravi inconvenienti.

Riportata la responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria, nell'ambito della responsabilità contrattuale, trova applicazione diretta l'art. 2236 C.C., a norma del quale, qualora la prestazione implichi la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave.

Va altresì rilevato che la limitazione di responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave ai sensi dell'art. 2236 C.C., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza.

Anche nei casi di speciale difficoltà, infatti, tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso.

**Il professionista, pertanto, risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza o imprudenza provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica.**

In altri termini la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che trascendono la preparazione media, ovvero perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza, o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare.

Quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, la giurisprudenza ritiene che incombe al professionista, che invoca l'art. 2236 C.C., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre incombe al paziente danneggiato provare quali siano state le

modalità di esecuzione ritenute inidonee. Incombe invece al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione e in tal caso il professionista ha l'onere di provare, al fine di andare esente da responsabilità, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria.

Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni, ma opera il principio del *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato negli ordinamenti anglosassoni, inteso come quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza.

## Riassumendo

Accanto alla responsabilità contrattuale dell'ente gestore del servizio ospedaliero, concorre quella di eguale natura del medico

dipendente.

Detta responsabilità va accertata applicando i principi che regolano la responsabilità nella prestazione d'opera intellettuale.

Qualora gli effetti negativi dell'intervento siano da ascrivere ad una mancanza di diligenza e prudenza dello stesso, non può operare la riduzione di responsabilità prevista dall'art. 2236 C.C., che è relativa alla sola ipotesi di mancanza di perizia.

In ogni caso, perché si possa applicare la limitazione della responsabilità prevista dall'art. 2236 C.C., grava sul medico l'onere di eccepire e di provare che l'intervento implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Questa limitazione è relativa alle sole ipotesi di prestazioni di particolare difficoltà e attiene alla sola imperizia, con esclusione della negligenza e dell'imprudenza.

## La causalità

Il rispetto del fondamentale principio di colpevolezza richiede che una per-

sona non può essere chiamata a rispondere penalmente se non per le conseguenze di condotte da questa controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate.

A nulla varrebbe, infatti, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi, ecc., quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire.

Il giudizio sul rapporto di causalità tra condotta ed evento deve essere formulato secondo regole giuridiche e non naturalistiche, nel senso che quel giudizio deve fondarsi sulla individuazione di una regola di consequenzialità necessaria, o anche ricorrente in grado molto elevato, che sia conosciuta o conoscibile dal soggetto agente.

Il giudice, nel formulare il giudizio di condizionamento, deve rispondere alla domanda sul se, al momento della condotta, si poteva ritenere conseguenza necessaria o molto probabile l'effetto che poi dalla condotta è scaturito. E tutto ciò, sotto l'aspetto oggettivo, non nel senso sul se il soggetto abbia previsto, o avrebbe potuto prevedere, ma sul se obiettivamente, secondo regole di generalizzata esperienza (si parla di leggi scientifiche o statistiche di copertura), l'effetto era collegabile (e risulta poi collegato) all'evento.

Questa regola, che presiede alla lettura dell'art. 40 comma primo del codice penale, richiede un approfondimento relativamente ai reati omissivi, connessi a una posizione di garanzia, della quale è titolare il medico rispetto al paziente, al quale deve garantire, nei limiti del possibile (secondo quanto le conoscenze dell'arte medica consentono), la conservazione al meglio della vita.

Qualora l'azione comandata dovesse risultare, sulla base di quel giudizio di prognosi postuma di cui si è detto (con il ricorso alle leggi di copertura, preesistenti al giudizio e utilizzate dal giudice), incapace di modificare il corso degli eventi, allora il rapporto di causalità non è verificato e ogni altra indagine risulta superflua ai fini del giudizio penale.

È proprio il meccanismo operativo della

causalità omissiva che richiede un trattamento logico giuridico diverso rispetto alla causalità commissiva e postula l'esigenza di un rigoroso accertamento, pena il resuscitare gli spettri del *versari in re illicita* come presupposto inverificato e non verificabile della responsabilità.

A questo proposito, una innovativa sentenza della Corte di Cassazione (1688/2000) ha stabilito questo importante principio: per poter condannare il medico convenuto in giudizio, l'intervento omissivo, qualora fosse stato eseguito, avrebbe dovuto consentire al

paziente di salvarsi con una probabilità pari o prossima al cento per cento, ribaltando un precedente orientamento che dal 1991 era parso estremamente rigoristico e comunque non rispettoso dei principi generali del nostro ordinamento giuridico.

Certo, questa importante sentenza può essere indicativa di un nuovo orientamento della giurisprudenza della Corte ma, prima di compiacerci del positivo risultato raggiunto, sarà opportuno che questo venga confermato da altre decisioni di analogo tenore.



## A PPUNTAMENTI

*Convegni, corsi, seminari in Italia ed all'estero*

**Milano - 26 ottobre 2001**

**Istituto di Medicina Legale e delle Assicurazioni della Univ. degli Studi di Milano - Gruppo Ricerche e Studi "Medicina e Diritto"**

**Danno psichico e danno esistenziale**

Il convegno intende puntare l'attenzione su due degli istituti che regolano il tema del risarcimento del danno alla persona: il danno psichico e il danno esistenziale. Scopo dell'incontro è il tentativo di fare chiarezza sugli ambiti di applicazione di queste due figure di danno, individuandone appunto differenze e spazi applicativi, nonché i possibili punti di intersezione.

**Info:** tel. 02.48009668 - fax 02.48.00.94.47 - e-mail info@medicinaediritto.it

**Roma - 29 e 30 ottobre 2001**

**Il Sole 24 Ore Formazione**

**Gli approvvigionamenti in sanità: aspetti gestionali, contrattuali e nuove procedure**

L'iniziativa in oggetto si propone di illustrare le logiche di funzionamento e l'assetto organizzativo della funzione acquisti nelle aziende sanitarie, focalizzando l'attenzione sulla normativa che disciplina l'acquisizione di beni e servizi e sull'impatto che l'introduzione dell'euro ha sull'attività dell'economato, sulla contabilità di magazzino e sulla problematica della conversione e convergenza dei prezzi a livello europeo.

**Info:** tel. 02.3022.3973/3029

**Ottawa (Canada) - 5 - 7 novembre 2001**

**OECD Secretariat and the Canadian Conference Organising Committee**

**Measuring up: Improving health systems performance in OECD countries**

La conferenza internazionale ha come scopo principale: fornire un'opportunità per apprendere best practices nella misurazione di performance nel sistema sanitario nei paesi OECD; condividere esperienze per l'uso delle misurazioni di performance per migliorare il sistema sanitario.

**Info:** *OECD Health Conference on Performance Measurement and Reporting, Canadian Secretariat* - tel. 1 613 957-2880 - fax: 1 613 946-1792 <http://www.oecd.org/els/health/canconf/index1.htm>

Venezia - 7 - 10 novembre 2001

V Congresso Nazionale ANIPIO (1991 - 2001)

**Infermieri e futuro tra assistenza qualificata e qualificazione dell'assistenza. I confini delle infezioni.**

**Info:** tel. 049 659330 - fax: 049 8763081

<http://www.keycongress.com>

e-mail info@keycongress.com