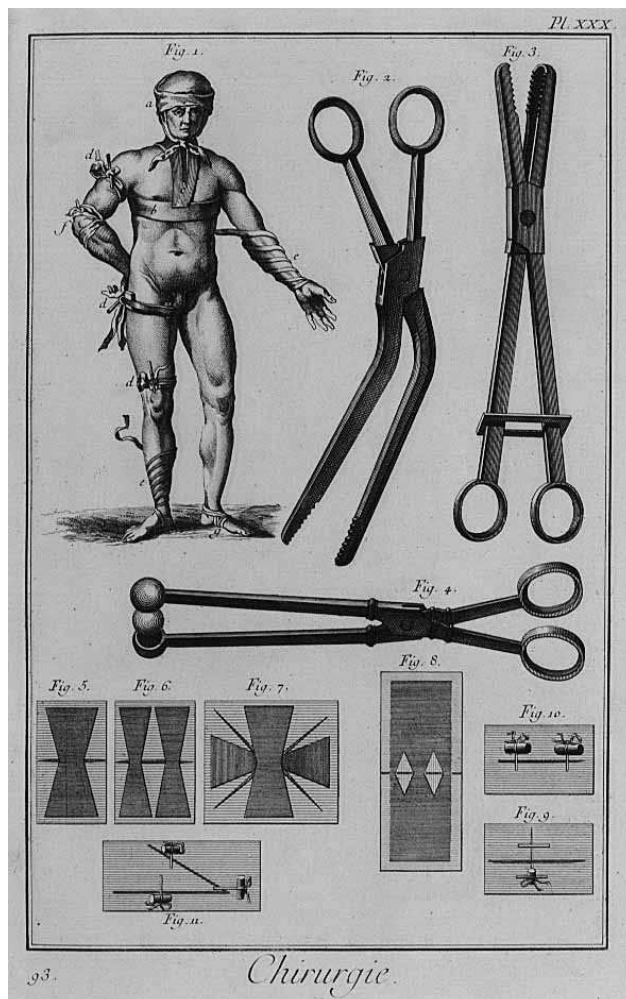


Avv. Nicola Todeschini

La responsabilità civile del medico



*Fasciature diverse (fig. 1),
 pinze per estrarre dalle ferite corpi estranei (figg. 2 e 3),
 pinza per estrarre le pallottole (fig. 4),
 tipi diversi di suture (figg. 5-11).*

L'Enciclopedia di Diderot e D'Alembert, Chirurgie, Planches XXX

Ad ogni nuovo caso si direbbe che si tratti di fatti nuovi; ma non sono che altre combinazioni, non sono che altre sfumature: nello stato patologico non c'è mai che un esiguo numero di fatti principali; tutti gli altri risultano dalla loro mescolanza e dai loro vari gradi d'intensità. L'ordine nel quale appaiono, la loro importanza, i loro vari rapporti bastano a dar vita a tutte le varietà di malattie.

CABANIS, *Du degré de la certitude de la médecine*, in *Oeuvres*, Paris, 1956, in *Rapports du physique et du moral de l'homme*, Baillière, Paris, citato da M. BARNI, *Il rapporto di causalità materiale in medicina legale*, Milano, 1991, 30 e segg.

INDICE

- 1- Professioni intellettuali e contratto d'opera
- 2- Obbligazioni di mezzi e di risultato: una distinzione in crisi ?
- 3- Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: distinzione e tentativi di superamento
- 4- L'art. 2236 cod. civ. e la sua applicabilità anche al di fuori dell'ambito civilistico
- 5- Spunti di riflessione sul concetto di diligenza
- 6- Diligenza professionale, imperizia e imprudenza.
- 7- Diligenza ed non adeguatezza degli strumenti materiali
- 8- La colpa professionale e lo standard di riferimento per la valutazione della diligenza
- 9- Consenso informato
- 10- Responsabilità professionale e dovere d'informazione
- 11- La colpa lieve e la colpa grave
- 12- Il nesso di causalità
- 13- L'onere della prova: una questione aperta
- 14- La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale
- 15- Osservazioni sulla responsabilità medica d'equipe
- 16- La responsabilità per fatto degli ausiliari
- 17- La responsabilità dell'ente ospedaliero per colpa dei sanitari: verso l'individuazione della prestazione di assistenza sanitaria
- 18- Omeopatia e responsabilità professionale
- 19- Il caso del chirurgo estetico

20- L'importanza dell'assicurazione: tutela del professionista e garanzia per il paziente

1 - Professioni intellettuali e contratto d'opera

La disamina del complesso problema della responsabilità civile del sanitario include un accenno alla nozione di professione intellettuale che emerge dal codice civile e soprattutto dall'elaborazione dottrinale.

La professione intellettuale, per dirla con il Cattaneo¹, consiste in quelle attività, di particolare pregio per il loro carattere intellettuale, che trovano il loro elemento qualificante proprio nella prestazione dell'opera puramente creativa, a significare la peculiarità che si ravvisa nell'apporto offerto dall'intelligenza e dalla cultura del professionista medesimo.

L'ulteriore elemento caratterizzante, rappresentato dall'autonomia di azione nella prestazione dell'opera professionale, va inteso non in senso assoluto, al punto da renderlo equivalente al concetto di libera professione, poiché se è vero che il libero professionista è sempre anche professionista intellettuale, non è vero il contrario, ben potendo quest'ultimo, come nella pratica spesso accade, prestare la propria opera inquadrato in un rapporto di lavoro subordinato; su tutti l'esempio del medico dipendente dell'ente ospedaliero.

Si segnala altresì il carattere della discrezionalità quale elemento caratterizzante la categoria in esame, che rappresenta la libertà di

¹ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè, 1958.

esercitare la propria professione, ben inteso anche nel caso di inquadramento in un rapporto di lavoro subordinato, con piena autonomia in ordine alle modalità di estrinsecazione dell'attività stessa. Tale aspetto risulta poi di tutta evidenza ed importanza nella professione intellettuale del sanitario anche in funzione delle sue prerogative e responsabilità.

E ancora, l'art. 2232 cod. civ., al primo comma, mette in luce un'altra essenziale caratteristica, ossia il carattere personale della prestazione, alludendo al rapporto fiduciario che si instaura tra il professionista e il suo cliente, avendo quest'ultimo diritto che il professionista presti personalmente la propria opera. Nell'adempimento della propria prestazione il professionista potrà poi avvalersi dell'ausilio di sostituti o ausiliari², sempre comunque sotto la propria responsabilità e direzione, in modo da non far venir meno la peculiarità del succitato legame.

Il trattamento che il codice civile riserva ai professionisti intellettuali, in considerazione della peculiarità della loro prestazione, consiste sia di aspetti "favorevoli", rappresentati ad esempio dalla disciplina contenuta negli artt. 2233 e 2234 cod. civ.³ relativamente al

² Sul punto si veda il paragrafo relativo alla responsabilità per fatto degli ausiliari.

³ Art. 2233. - *Compenso*

Il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell' [associazione professionale] a cui il professionista appartiene. In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione.

Gli avvocati, i procuratori e i patrocinatori non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni.

compenso nonché alle spese ed agli acconti, ovvero nel disciplinare la responsabilità dello stesso art. 2236 cod. civ. -anche se l'interpretazione giurisprudenziale ha gradatamente eroso l'ambito di applicazione- sia da aspetti non certo di favore quale quello che emerge dalla lettura dell'art. 2237 cod. civ.⁴ sulla facoltà di recesso del cliente. Invero, come rilevato dal Gabrielli, «il trattamento di favore riservato al cliente -il quale, recedendo, non è tenuto a risarcire alla controparte il lucro cessante, a termini di contratto- si giustifica infatti in forza della tradizione, la quale, sottolineando il carattere liberale dell'attività dispiegata dal professionista, comporta per quest'ultimo una serie di privilegi, per solito favorevoli, ma eventualmente anche odiosi⁵».

Art. 2234. - *Spese e acconti*

Il cliente, salvo diversa pattuizione, deve anticipare al prestatore di opera le spese occorrenti al compimento dell'opera e corrispondere, secondo gli usi, gli acconti sul compenso.

⁴ Diversamente, la disciplina più generale del contratto d'opera di cui all'art. 2227 cod. civ., pone il mancato guadagno della controparte a carico di chi esercita la facoltà di recesso.

Art. 2237. - *Recesso*

Il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta.

Il prestatore d'opera può recedere dal contratto per giusta causa. In tal caso egli ha diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente.

Il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente.

⁵ Sul tema del recesso unilaterale si veda G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, n. 76, Milano, 1985, 79.

Nella maggior parte dei casi quindi, il professionista esercita la propria attività in esecuzione di un contratto d'opera intellettuale⁶ disciplinato dagli artt. 2229 e segg. cod. civ., concluso con il cliente al momento in cui quest'ultimo gli conferisce l'incarico. Oltre agli obblighi stabiliti dagli artt. 2224 e 2232 cod. civ., il professionista ha degli ulteriori obblighi⁷ che gli derivano dalle regole di correttezza, nonché dall'interpretazione del contratto secondo buona fede, infine dalla sua integrazione secondo gli usi e l'equità.

Pertanto il professionista può esplicare la propria attività anche inquadrata in un rapporto di lavoro dipendente, ad esempio con l'ente ospedaliero, in tali casi essendo con quest'ultimo che il paziente conclude un contratto⁸; pertanto il Servizio Sanitario Nazionale sarà tenuto ad erogare una prestazione medica del medesimo contenuto di

⁶ M. ZANA, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991. A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, Giuffrè, 1993, 7 e segg.

⁷ C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e contratto d'opera*, in *Tratt. dir. priv.*, P. Rescigno, XV, Torino, 1986, 1493.

⁸ A titolo esemplificativo si legga la massima di Cass. civ., sez. III, 24 marzo 1979 n. 1716, «L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'Ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'Ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal comma 1 dell'art. 2947 c.c.». Cirielli c. Bisaro e altro, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 3; in *Giust. civ.* 1979, 1440, I; in *Resp. civ. e prev.*, 1980, 90; in *Riv. it. medicina legale*, 1981, 880.

quella che avrebbe dovuto erogare il medico libero professionista⁹, trattandosi comunque, limitatamente -ben inteso- a ciò che riguarda l'intervento del medico, di contratto d'opera di un professionista intellettuale¹⁰. Peraltro la dottrina più recente ha variamente argomentato in tema di configurazione di una fattispecie complessa, rintracciabile sulla scorta di una valutazione globale della prestazione erogata dalla struttura organizzata, per l'esame della quale si rimanda a quanto scritto più oltre, nella sede più opportuna.

⁹ C. ASSANTI, *op. cit.*, 1488 e segg.

¹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 1 marzo 1988 n. 2144, ove si legge che: « Nel servizio pubblico sanitario, l'attività svolta dall'ente pubblico gestore del servizio a mezzo dei suoi dipendenti, nell'adempimento del dovere verso il privato richiedente (titolare del corrispondente diritto soggettivo), è di tipo professionale medico; simile all'attività svolta, nell'esecuzione dell'obbligazione (privatistica) di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale. Ed appunto per questa similarità, perché quella svolta dall'ente pubblico a mezzo dei medici suoi dipendenti è attività professionale medica, la responsabilità è analoga a quella del professionista medico privato. Con la conseguenza che vanno applicate, analogicamente, le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione d'un contratto d'opera professionale». Balestra c. Scanga e altro, *in Resp. civ. e prev.*, 1988, 992 (nota); in *Giur. it.*, 1989, I, 1,300; in *Dir. e prat. assicur.*, 1989, 298 (nota).