

La responsabilità professionale medica

Negli ultimi decenni, il progresso scientifico, la crescita delle aspettative di cura, l'estensione dell'intervento medico non più solo alla diagnosi ed alla cura, ma anche alla prevenzione, hanno ampliato l'ambito di indagine concernente la responsabilità del medico, tanto da travalicare i limiti del circoscritto rapporto che lega il medico al paziente e da far ritenere preferibile la locuzione "responsabilità medica", al fine di ricomprendere tutti i titoli di responsabilità nel settore in esame.

In particolare, di rilievo è stata l'evoluzione che ha interessato la responsabilità del professionista [nota1](#). Le ragioni di tale mutamento vanno rinvenute nella maggior sensibilità sviluppata nei confronti di tutti gli aspetti che concernono la tutela della persona e, in particolare, della salute, quale fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, come sancito dall'art. [32](#) Cost. [nota2](#).

Tale evoluzione, di matrice prevalentemente giurisprudenziale, ha riguardato principalmente la **natura giuridica** della responsabilità medica. In particolare si è passati da un sistema "a doppio binario" (nel quale cioè alla responsabilità della struttura sanitaria si riconosceva origine contrattuale, mentre a quella del professionista si attribuiva natura aquiliana), ad un sistema che, al contrario, si caratterizza **per l'affermazione della natura contrattuale sia della responsabilità della casa di cura (pubblica o privata), sia di quella del professionista.**

L'orientamento (cfr. Cass. Civ. Sez. III, [2428/90](#), Cass. Civ. Sez. III, [2750/98](#)) **che propendeva per la natura extracontrattuale della responsabilità poneva in rilievo che:**

- tra paziente ed ente ospedaliero si conclude un contratto d'opera professionale, perfezionatesi con l'accettazione del paziente nell'ospedale (ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale). Talune sentenze hanno definito tale rapporto contrattuale come **contratto atipico di ospedalità**, il cui oggetto consisterebbe in una prestazione complessa a favore dell'ammalato (prestazione di assistenza sanitaria) che non si esaurirebbe nella prestazione delle cure mediche, ma comporterebbe anche una serie di altre prestazioni (Tribunale di Verona, 04 ottobre [1990](#)). In base a tale contratto, sorgerebbe in capo all'ente l'obbligazione di compiere nei confronti del malato l'attività diagnostica e terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente in cura;
- il medico, dipendente dell'ospedale, che provvede alla suddetta attività diagnostica e terapeutica, è estraneo al rapporto contrattuale tra ente e paziente ed agisce quale organo dell'ente ospedaliero;
- **la responsabilità del medico per il danno, cagionato dall'errore diagnostico o terapeutico, è soltanto extracontrattuale** (qualificata pertanto da termine prescrizione è quinquennale);
- l'extracontrattualità dell'illecito non osta all'applicazione analogica dell'art. [2236](#) cod. civ. , la cui *ratio*, volta a non paralizzare l'iniziativa del professionista nei casi di particolare difficoltà, prescinde dalla qualificazione dell'illecito (Cass. Civ. Sez. III, [11440/97](#)).

Viceversa, l'orientamento opposto (Cass. Civ. Sez. III, [9085/06](#); Cass. Civ. Sez. III, [4152/95](#), Cass. Civ. Sez. III, [5939/93](#)), **oggi prevalente, afferma la natura contrattuale della responsabilità.** Esso muove da una critica alla contrapposta tesi, affermando che, se la responsabilità del medico fosse da ricondursi all'ambito della responsabilità aquiliana, intesa come violazione dell' *alterum non laedere*, essa sarebbe configurabile solo allorché il paziente si

trovasse, dopo l'intervento medico, in una situazione peggiore rispetto a quella pregressa, mentre resterebbero escluse tutte le ipotesi in cui l'intervento non abbia sortito alcun risultato positivo (risultato che, se si configura come dovuto nell'ambito del rapporto contrattuale, non altrettanto può dirsi tale al di fuori di esso) [nota3](#).

La tesi in esame è così argomentata:

- tra l'ente ospedaliero ed il paziente si instaura un rapporto contrattuale;
- qualora, a causa della non diligente esecuzione della prestazione a carico dell'ente, si cagioni un danno al malato, la responsabilità dell'ente è contrattuale e non extracontrattuale, poiché quest'ultima si configura solo quando non preesista tra danneggiante e danneggiato alcun rapporto giuridico, nel cui ambito venga svolta l'attività causativa del danno;
- la responsabilità dell'ente, inoltre, è diretta, dal momento che l'operato del medico è riferibile all'ente per il principio di immedesimazione organica;
- per quel che concerne la responsabilità del medico, essa trova il riferimento normativo nell'art. [28](#) Cost.;
- poiché sia la responsabilità del medico, sia quella dell'ente hanno come radice comune la non diligente prestazione sanitaria del medico, la responsabilità del medico è, come quella dell'ente pubblico, di tipo professionale contrattuale;
- stante la natura contrattuale della responsabilità del medico, è possibile applicare direttamente l'art. [2236](#) cod. civ..

Si deve, peraltro, segnalare che la S.C. è giunta al riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità del sanitario dipendente con una isolata sentenza, Cass. Civ. Sez. III, [11503/93](#) anche tramite l'accoglimento della teoria, di origine germanica, del **contratto con effetti protettivi a favore di terzo** [nota4](#). Secondo tale teoria, in alcuni contratti, accanto ed oltre il diritto alla prestazione principale, sarebbe garantito e rimarrebbe esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Nel caso di inadempimento della prestazione accessoria ("di protezione"), sarebbe legittimato ad agire *ex contractu* non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale quella prestazione è posta. Si attribuirebbe, così, al terzo il diritto non già al conseguimento della prestazione principale, bensì alla sua diligente esecuzione, tale da evitargli danni, nonchè la conseguente legittimazione all'azione risarcitoria per l'ipotesi di violazione di detto diritto. E così sarebbe, rileva la Cassazione nella sentenza citata, nel caso della prestazione sanitaria dovuta dal medico dipendente al paziente.

Occorre infine ricordare un terzo orientamento che propugna la c.d. **teoria del contatto sociale**. La tesi, condivisa da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ. Sez. III, [589/99](#); cfr., per un'applicazione di tale teorica addirittura all'attività bancaria, Cass. Civ. Sez. Unite, [14712/07](#)), muove dalla critica nei confronti dell'orientamento che sostiene la natura contrattuale della responsabilità sulla base di una medesima radice, che accomuna la responsabilità del medico a quella dell'ente. In particolar modo:

- si contesta l'eshaustività del richiamo all'art. [28](#) Cost., norma che si limita a statuire la natura diretta della responsabilità del funzionario (in base alle leggi civili, penali ed amministrative), ma non si pronuncia circa la contrattualità o la extracontrattualità della stessa;
- neppure pare utile, al fine della qualificazione dell'illecito, individuare la comune radice della responsabilità dell'ente e del medico nella esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, poiché la natura della responsabilità andrebbe individuata non sulla base della

condotta (negligente o no) in concreto tenuta dall'agente, ma sulla base della natura del precetto violato;

- la stessa condotta potrebbe ben violare anche due (o più) precetti di diversa natura, contrattuale od extracontrattuale, dando luogo, così, ad un concorso di due diverse responsabilità;
- se fosse pertanto ammissibile, nel nostro ordinamento, il concorso di due distinte responsabilità a carico del medesimo soggetto, a maggior ragione non potrebbe escludersi che uno stesso fatto (attività professionale del medico) integrasse una responsabilità contrattuale a carico di un soggetto (ente ospedaliero) ed una responsabilità extracontrattuale a carico di un altro soggetto, autore del fatto (medico);
- il fatto che sia la responsabilità del medico, sia quella dell'ente ospedaliero abbiano entrambe radici nell'esecuzione non diligente della prestazione non comporterebbe necessariamente che entrambe le responsabilità siano di natura contrattuale.

Secondo la Suprema Corte, 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 con sostanziali differenze:

1. l'ente ospedaliero è obbligato alla prestazione nei confronti del paziente in forza del contratto d'opera professionale tra loro sussistente;
2. il medico è tenuto a svolgere l'attività 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.

La Cassazione, nella pronuncia in esame, riporta, condividendolo, quel recente, e sempre più consistente, filone dottrinale, secondo il quale, nei confronti del medico ospedaliero, si configurerebbe una responsabilità contrattuale, in quanto sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa. Tale dottrina ha elaborato il concetto di "**rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale**" ^{nota5}. La teoria del "contatto sociale" (Haftung aus sozialem Kontakt) si è sviluppata in Germania. Essa si pone in contrasto con il tradizionale sistema delle fonti di obbligazioni, ancorato alla *summa divisio* contratto-torto e inserisce quale fonte autonoma di specifiche obbligazioni l'affidamento che un soggetto ripone in un altro a seguito di un contatto che fra loro si è creato. Tra le fonti di obbligazioni non sono annoverate solo il contratto e il torto, ma anche l'affidamento. Il fondamento normativo viene ravvisato nell'art. [1173](#) cod. civ., laddove prevede che le obbligazioni possano derivare anche da "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". L'affidamento nasce, per esempio, da un rapporto di fatto oppure da un contratto di lavoro nullo (artt. [2126](#), I comma e [2332](#), II comma, cod. civ.). Più in generale, nasce da qualsiasi contatto sociale in base al quale una parte, a seguito di atti e/o iniziative di un'altra, è indotta a ritenere sussistenti doveri e pretese di comportamento. La categoria mette in luce la possibile dissociazione tra la fonte, individuata secondo lo schema dell'art. [1173](#) cod. civ. e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto. Si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrino in contatto, anche se tale contatto non riproduca le note ipotesi negoziali. In queste ipotesi non può esservi (solo) responsabilità extracontrattuale, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi, ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui. Quando, invece, ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema tipico della responsabilità contrattuale. Inoltre, nel caso della responsabilità medica, si tratta di una

professione c.d. protetta, per la quale, cioè, è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato (art. [348](#) cod. pen.). Essa inoltre ha ad oggetto un bene, la salute, costituzionalmente garantito. Al medico, precisa il Supremo Collegio, non ci si limita a chiedere un *non facere*, cioè un puro rispetto della sfera giuridica altrui, ma quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento. Per tale motivo, 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. Pur non essendovi un contratto e, quindi, un obbligo di prestazione in capo al medico, la qualifica professionale di quest'ultimo si traduce in un obbligo di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in contatto con il medico. L'esistenza di un contratto può rilevare solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria, salvo le ipotesi in cui essa è obbligatoria per legge (es.: art. [593](#) cod. pen.). Qualora il medico non sia tenuto alla prestazione, il paziente non potrà pretendere alcunché, ma, se il medico interviene (a prescindere dal fatto che fosse tenuto o no ad intervenire e dal titolo in base al quale, in ipotesi, dovesse farlo), l'esercizio della sua attività non potrà avere contenuto diverso da quello che abbia come fonte un contratto tra paziente e medico.

Dalla natura contrattuale deriva, altresì, un mutamento nel regime giuridico della responsabilità in esame. In particolare si possono apprezzare differenze di rilievo con riguardo alla ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa, nonché della prescrizione. Con riferimento all' **onere probatorio**, la giurisprudenza (Cass. Civ. Sez. III, [4400/04](#)) ha fatto applicazione, anche nel settore della responsabilità medica, del principio di riferibilità o di vicinanza della prova (per l'enunciazione di tale principio, si veda Cass. Civ. Sez. Unite, [13533/01](#)). In base a tale principio (che muove dalla considerazione secondo la quale il creditore incontrerebbe difficoltà insormontabili se dovesse provare di non aver ricevuto la prestazione), l'onere della prova viene ripartito tenendo conto della possibilità per l'uno e per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle loro rispettive sfere d'azione. Pertanto, appare coerente con la regola dettata dall'art. [2697](#) cod. civ., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo della pretesa attorea, spetti al debitore convenuto, il quale deve, quindi, dare la prova positiva e diretta dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione. Orbene, se alla responsabilità medica deve riconoscersi natura contrattuale, la prova della mancanza di colpa deve essere fornita dal debitore della prestazione, con la conseguenza che dell'incertezza sulla stessa si deve giovare il creditore, vale a dire il paziente, e non già il debitore, vale a dire il medico. Quanto all' **elemento soggettivo**, in giurisprudenza e in dottrina è pacifica l'opinione secondo la quale la responsabilità del medico chirurgo per i danni causati nell'esercizio della sua attività postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza. Quest'ultimo va valutato con riguardo alla natura dell'attività (art. [1176](#), II comma, cod. civ.) e, in rapporto alla professione medica, implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Infatti, il medico chirurgo, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale, è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. [1176](#), I comma, cod. civ., ma è quella specifica del debitore qualificato, ai sensi dell'art. [1176](#), II comma, cod. civ., la quale comporta il rispetto di tutte le regole che, nel loro insieme, costituiscono la professione medica. La diligenza, pertanto, assume un duplice significato:

1. quale parametro d'imputazione del mancato adempimento;
2. quale criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

Nella diligenza è compresa anche la perizia, da intendersi come conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

La riconducibilità della responsabilità del medico all'ambito contrattuale consente di fare **diretta**

applicazione dell'art. 2236 cod.civ., in base al quale, se la prestazione implichi la soluzione di problemi di speciale difficoltà (che trascendono, come si dirà, la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica, cfr. Cass. Civ., Sez. III, [2334/11](#); Cass. Civ. Sez. III, [4852/99](#)), il prestatore d'opera risponde solo in caso di dolo o colpa grave. In dottrina e giurisprudenza è ormai condivisa l'opinione secondo la quale tale limitazione della responsabilità attenga esclusivamente alla perizia, con l'esclusione dell'imprudenza e della negligenza. Deve infine ricordarsi che, secondo la giurisprudenza, la particolare complessità, che determina l'innalzamento della soglia di rilevanza della colpa, è da ravvisare nei casi non ancora studiati o sperimentati a sufficienza, ovvero nei quali ancora manchi un dibattito con riferimento ai metodi terapeutici da eseguire (cfr. Cass. Civ. Sez. III, [8845/95](#)).

Il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità medica implica, altresì, come detto, una diversa disciplina della **prescrizione**. Invero, non configurandosi l'evento lesivo come illecito aquiliano, bensì come inadempimento contrattuale, si applicherà la prescrizione ordinaria, di cui all'art. [2946](#) cod. civ. , in luogo di quella quinquennale, prevista dall'art. [2947](#) cod. civ..

Con riguardo alla sussistenza del **nesso di causalità** fra l'evento dannoso e la condotta colpevole (omissiva o commissiva) del medico, la giurisprudenza (Cass. Civ. Sez. III, [4400/04](#)), pur prestando formale ossequio alla nota pronuncia Franzese (Sezioni Unite Penali, [30328/02](#)) se ne è successivamente discostata, affermando che il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se correttamente e tempestivamente svolta, si sarebbe presentata in termini non necessariamente di assoluta certezza, ma anche solo di ragionevole probabilità, dal momento che non è dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, certezze di sorta, ma solo semplici probabilità. Ove, dunque, il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specialmente qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti. E' stato rilevato in questo senso come la causalità civile possa essere caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità rispetto al giudizio di causalità penale (Cass. Civ. Sez. III, [21619/07](#)).

La giurisprudenza ha inoltre sancito la responsabilità civile del medico nelle seguenti ipotesi:

- **gravidanza e nascita indesiderata**, a seguito di un intervento di sterilizzazione eseguito su una donna, non riuscito per imperizia del medico (Tribunale di Venezia, 10 settembre [2002](#), [nota6](#)): in tal caso, spetta alla madre il risarcimento del danno biologico (nella specie, depressione) patito in conseguenza della nascita, ed a tutti e due i genitori il risarcimento del danno patrimoniale consistente nelle spese causate dal parto e negli oneri di mantenimento della prole. Nella liquidazione di questi ultimi, tuttavia, deve tenersi debito conto del vantaggio che il figlio, una volta cresciuto, verosimilmente arrecherà alla famiglia d'origine;
- **omessa diagnosi di malformazione del feto** (Cass. Civ. Sez. III, [20320/05](#), la quale individua il soggetto titolare del diritto al risarcimento anche nel padre);
- **filo metallico lasciato nell'addome dopo un'operazione chirurgica** (Tribunale di Bologna, 09 giugno [2003](#)).

In un certo senso diverso, ancorchè connesso al tema in considerazione, è quello attinente alla responsabilità professionale del medico per la **violazione dell'obbligo del c.d. consenso informato**, per tale intendendosi l'obbligazione di fornire al paziente le precise informazioni relative al trattamento sanitario affinché costui presti il proprio consenso ad esso. Nella fattispecie non viene in esame la correttezza del trattamento sanitario, bensì la mera omissione di informazione

cui era tenuto il sanitario (Cass. Civ. Sez. III, [5444/06](#), Cass. Civ., Sez.III, [2847/10](#); cfr. tuttavia Cass. Pen. Sez. Unite, [2437/09](#) che ha negato la rilevanza penale della condotta del medico che, pur non avendo preventivamente acquisito il necessario consenso, abbia posto in essere il trattamento medico, rivelatosi migliorativo della salute). A fronte del consenso informato deve inoltre essere affermato il diritto del paziente a non sottoporsi a cure, quand'anche ciò lo esponesse al rischio di perdere la vita. Assai difficile si rivela talvolta l'accertamento di siffatta volontà quando il paziente stesso si trovi in stato di incoscienza. E' stato deciso al riguardo che tale intento possa essere considerato vincolante per i medici soltanto se contenuto in una dichiarazione inequivocabilmente espressa (Cass. Civ. Sez. III, [23676/08](#)).

M.P.