

Possibili vie di fuga dalla responsabilità extracontrattuale

Autore: Iannone Paolo

In: Medicina e Diritto

Riflessioni a margine della riforma Gelli-Bianco

Gli obiettivi della **legge 24 marzo 2017, n. 24** sono la riduzione del contenzioso e della medicina difensiva, nonché la riduzione di rischi giuridici per la classe medica.

Sul tema le considerazioni a margine della riforma Gelli-Bianco portano alla naturale valutazione del tentativo eseguito dal legislatore nel volersi appropriare del ruolo da protagonista assunto negli anni dalla giurisprudenza, oltre che sottrarre il medico (strutturato e non strutturato che operi all'interno dell'Ente ospedaliero) dalla responsabilità contrattuale (ex art. 1218 cod. civ.), così come qualificata dai giudici di legittimità con la teoria del contatto sociale^[1]. Difatti, l'articolo 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24 salva il contratto atipico^[2], ovvero, il cosiddetto rapporto di ospedalità tra paziente e struttura sanitaria, anzi è il caso di affermare che la legge di riforma va a tipizzare^[3], stando alla lettura dell'articolo in questione, il rapporto contrattuale paziente-struttura. D'altronde, l'articolo 1372 del codice civile prevede che il contratto produce i suoi effetti solo tra le parti contraenti (paziente-struttura), ma non produce alcun effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge^[4].

Sulla responsabilità del professionista sanitario, invece, c'è chi ha intravisto, in dottrina, la possibile diminuzione dei giudizi nell'immediato futuro, ma non è così, perché il mirino delle azioni giudiziarie si è spostato nei confronti della struttura ospedaliera lasciando maggior respiro al medico, il quale è esposto maggiormente al "fuoco incrociato" delle Compagnie assicurative e dei medesimi Enti ospedalieri che saranno incentivati, a loro volta, ad esperire l'azione di rivalsa.

Ad ogni buon conto, con la tipizzazione della responsabilità extracontrattuale in capo al professionista sanitario non può ritenersi abbandonato del tutto lo schema normativo dell'articolo 1218 del codice civile. A ben guardare, l'articolo 7 della legge 24/2017 sancisce l'applicazione dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che il medico abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Secondo tale impostazione sono diverse le vie di fuga dalla responsabilità extracontrattuale, laddove appare fin troppo palese l'impossibilità di sanzionare comportamenti non migliorativi delle condizioni di salute dell'ammalato.

La prima via di fuga potrebbe essere rappresentata dalla firma del modulo del consenso informato che qualificherebbe il rapporto contrattuale medico-paziente, sia pur nei limiti dell'obbligazione assunta con la predetta sottoscrizione. Sul punto, tra i vari dubbi e perplessità dottrinali, molti studiosi hanno intravisto l'impossibilità di poter adottare questa affascinante teoria, poiché il consenso informato è una dichiarazione di scienza, piuttosto che una dichiarazione di volontà tra le parti, quale caratteristica propria del negozio giuridico.

Orbene, se volessimo qualificare il consenso informato come dichiarazione di scienza, le asserzioni in esso contenute rappresenterebbero elementi intangibili e suscettibili a mere rettifiche potendo giustificare, così, l'emendabilità delle dichiarazioni rese.

A ben vedere, la sottoscrizione del consenso informato non ammette successive modificazioni sulle dichiarazioni esposte e accettate dalle parti, ovvero medico e paziente. Per tale motivo non appare dirimente la più ampia qualificazione di dichiarazione di volontà del consenso informato, propria del negozio giuridico. Al riguardo, gli studiosi che conservano un parere contrario sul tema non solo disconoscono un dato normativo, ma cancellano anche la realtà dell'uomo.

Ciò posto, **una seconda via di fuga dalla responsabilità extracontrattuale potrebbe essere rappresentata dal contratto per persona da nominare.** Difatti, come illustrato dal Prof. Luigi Viola^[5], l'articolo 1401 del codice civile potrebbe conferire alle strutture sanitarie, nel momento della conclusione del contratto con il paziente (cosiddetto rapporto di ospedalità), la facoltà di riservarsi a nominare successivamente la persona che dovrà assumere gli obblighi nascenti dal medesimo negozio giuridico sottoscritto dalle parti. Sul punto giova rilevare che il contratto per persona da nominare si distingue dalla rappresentanza indiretta proprio per la sua dichiarazione unilaterale e la scelta stessa del nominato successiva alla stipula del contratto, laddove nella rappresentanza il potere deve preesistere.

In tale prospettiva, l'articolo 1401 del codice civile potrebbe trovare la sua applicazione, in ambito sanitario, soltanto se si pongono in collegamento i rispettivi negozi giuridici sottoscritti dal medico con la struttura e da quest'ultima con il paziente. Difatti, il rapporto di ospedalità tra Ente ospedaliero e paziente può trovare la sua connessione con il rapporto contrattuale medico-struttura sanitaria attuando, così, il contratto per persona da nominare. D'altronde, il medico non conosce l'identità della persona che deve operare e il paziente non sa chi lo opera e, pertanto, l'articolo 1401 del codice civile può probabilmente trovare la sua applicazione.

Ad ogni modo, la legge 24/2017 è stata accolta con molta diffidenza da una parte della dottrina, ove l'inquietudine del civilista sposta l'argomentazione giuridica alla continua ricerca di strade ancora poco battute, al fine di rievocare la famosa teoria giurisprudenziale, giammai sopita, del contatto sociale^[6]. Probabilmente il pensiero del giurista dovrebbe tenere ben distinti i principi ispiratori del BGB[7] rispetto al nostro ordinamento giuridico, laddove la riforma Gelli-Bianco ha tipizzato ciò che era considerato in passato un contratto atipico, ovvero il rapporto di ospedalità paziente-struttura sanitaria, mentre sull'altro fronte delle azioni giudiziarie ha inteso qualificare la responsabilità del medico, nell'ambito della sua

condotta posta in essere all'interno dell'Ente ospedaliero, secondo i rigidi canoni normativi della responsabilità aquiliana.

Tuttavia risulta aberrante leggere le seguenti tredici parole al quinto comma dell'articolo 7 della legge 24/2017 (riforma Gelli-Bianco): «Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile». Sul punto non v'è chi non veda che le norme imperative sono contenute all'articolo 1418 del codice civile in materia di contratti e, quindi, non hanno alcuna attinenza con la nuova qualificazione giuridica voluta dal legislatore in tema di responsabilità medica. Tuttavia, i profili propulsivi di evoluzione hanno visto, in ambito civilistico, sia l'inasprimento dello standard di diligenza richiesto, sia l'alleggerimento dei parametri di riscontro del nesso causale sempre più orientato a radicarsi verso la teoria del «more likely than not» (più probabile che non).

Se si allarga lo sguardo verso le altre professioni intellettuali si scopre come il modello classico della responsabilità civile professionale sia stato oramai abbondantemente superato in ogni sottosettore e si assiste ad un modello ineluttabile di inasprimento, nonché di crescita della responsabilità civile delle professioni in tutti gli ambiti secondo le direttive proprie della responsabilità medica.

Dunque, se si volesse descrivere il fenomeno considerato e la direzione evolutiva degli elementi costitutivi, in base alle complessive strutture invariante, fuori dalle differenziazioni tipologiche di attività, occorrerebbe cogliere l'evoluzione di tre componenti: le norme deontologiche, la qualificazione della natura della prestazione professionale e il riparto dell'onere della prova. Al riguardo, alcuni studiosi pongono dei dubbi sul mutamento del riparto dell'onere della prova a seguito del nuovo inquadramento giuridico della responsabilità del sanitario ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., atteso che il medico è un prestatore d'opera intellettuale e, quindi, trovano applicazione gli obblighi di protezione, di cui all'art. 2 Cost. e artt. 1175 e 1375 cod. civ. Tuttavia, un'altra parte della dottrina non nutre alcun dubbio su tale circostanza, perché se la responsabilità del professionista sanitario deve essere inquadrata ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., anche il riparto dell'onere della prova segue il principio dettato dalla responsabilità aquiliana. Tale questione chiude il cerchio su un tema delicato ed in continua evoluzione sul quale sarà interessante osservare l'orientamento espresso nei futuri pronunciati giurisprudenziali delle Corti.

Normativa di riferimento

Art. 2 Cost.

Art. 1175 cod. civ.

Art. 1218 cod. civ.

Art. 1375 cod. civ.

Art. 1401 cod. civ.

Art. 1418 cod. civ.

Art. 2043 cod. civ.

Art. 7 L. n. 24/2017

Bibliografia essenziale

Articoli

- G. Ponzanelli, La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa, in *Danno e responsabilità*, 2016, 8-9/2016, Ipsoa, 816.

Volumi

- D. Chindemi, *Responsabilità del medico e della struttura pubblica e privata*, Altalex Editore, Pistoia, 2018;

- G. Marseglia, L. Viola, *La responsabilità penale e civile del medico*, Halley Editrice, Matelica, 2007;

- R. F. Iannone, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco - Legge 24/2017*, Edizioni Ad Maiora, Roma, 2017;

- L. Viola, *La nuova responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, numero 24, disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, in G.U. 17 marzo 2017, numero 64)*, Centro Studi Diritto Avanzato Edizioni, Milano, 2017.

Volume consigliato

[1] R. F. Iannone, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco - Legge 24/2017*, Edizioni Ad Maiora, Roma, 2017; G. Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e responsabilità*, 2016, 8-9/2016, Ipsoa, 816.

[2] Per contratti atipici si intendono quei contratti non espressamente disciplinati dal diritto civile, ma creati ad hoc dalle parti, in base alle loro specifiche esigenze di negoziazione.

[3] Per contratto tipico si intende far riferimento ad uno schema contrattuale previsto espressamente dall'ordinamento giuridico, la cui disciplina è dettata dal codice civile o da una legge speciale.

[4] G. Marseglia, L. Viola, La responsabilità penale e civile del medico, Halley Editrice, Matelica, 2007; D. Chindemi, Responsabilità del medico e della struttura pubblica e privata, Altalex Editore, Pistoia, 2018.

[5] L. Viola, La nuova responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, numero 24, disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, in G.U. 17 marzo 2017, numero 64), Centro Studi Diritto Avanzato Edizioni, Milano, 2017.

[6] Cass. 22 gennaio 1999 n. 589.

[7] Bürgerliches Gesetzbuch è il codice civile della Germania comunemente indicato con le iniziali BGB.

<https://www.diritto.it/possibili-vie-fuga-dalla-responsabilita-extracontrattuale/>