

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35062-la-responsabilit-del-medico-ospedaliero>

Autore: Gloria Mancini Palamoni

La responsabilità del medico ospedaliero

LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO OSPEDALIERO

1. **PREMESSA.** Negli ultimi decenni le **azioni giudiziarie** nei confronti dei medici sono aumentate notevolmente, come se si fosse diffusa una generalizzata **presa di coscienza** dei diritti fondamentali degli individui tra i quali il diritto alla salute costituzionalmente tutelato all'art. 32 Cost.

Il **contenuto** di tale diritto, infatti, si rappresenta con **caratteri sempre più ampi** che spaziano dal diritto alla **vita**, all'**integrità fisica** e all'**assistenza sanitaria** e arrivano fino al diritto alla **salubrità** e alla **sicurezza dell'ambiente**, anche lavorativo, nonché al diritto all'**autodeterminazione**, inteso come libertà di scelta del medico curante.

A ciò deve aggiungersi, poi, che il **progresso scientifico e tecnologico** insieme alla sempre **maggiore specializzazione medica** e alla **diffusione delle informazioni** hanno contribuito, da un lato, ad aumentare l'aspettativa di guarigione da parte del malato, dall'altro, a sottoporre l'attività del medico a sempre più stringenti controlli e verifiche anche da parte dell'utenza.¹

Questa concezione è stata confermata anche dalla **giurisprudenza** che si è orientata in un'ottica di **maggiore tutela e cura nei confronti del paziente**: essa se, da una parte, ha contribuito ad una più forte attenzione ai diritti del malato, dall'altra, ha prodotto un considerevole aumento del contenzioso giudiziario. È in tale contesto, ad esempio, che si è parlato di **medicina difensiva** con riferimento a tutti quei casi in cui il medico, **per evitare possibili ipotesi di responsabilità professionale**, è indotto ad agire percorrendo la *via più sicura* che, però, non sempre coincide con il bene dell'utente del servizio. Si tratta, in buona sostanza, di una sorta di *eccessiva prudenza* finalizzata a diminuire l'esposizione al rischio del medico.²

2. **RESPONSABILITÀ.** Quando si parla di responsabilità si fa riferimento a quella **situazione giuridica di svantaggio conseguente alla violazione di una regola di condotta**; essa si manifesta nell'applicazione di una sanzione e/o nell'obbligo di risarcimento di un danno e pone il suo **fondamento in regole ufficiali prestabilite** e atte a determinare *chi* è potenzialmente ed astrattamente responsabile, *per quali fatti e comportamenti* specifici ne risponde in una specifica vicenda e quali sono le *conseguenze* una volta che sia provata la sussistenza di una specifica responsabilità.³

Nel caso della responsabilità del medico ospedaliero occorre, prima di tutto, premettere che si tratta di una **responsabilità complessa e ad ampio raggio**: si inserisce nella responsabilità amministrativa, trova il suo fondamento negli artt. 28 e 113 Cost. e si configura come la responsabilità di amministratori o dipendenti pubblici per i danni causati con dolo o colpa grave

alla P.A. nell'ambito o in occasione di un rapporto di servizio in senso lato. Il suo accertamento comporta la condanna al risarcimento del danno a favore dell'amministrazione danneggiata.⁴

Dall'art. 28 Cost. discende, quindi, una **duplice responsabilità** diretta e concorrente dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti dai loro dipendenti in danno a terzi.⁵

3. **INQUADRAMENTO.** La responsabilità del medico ospedaliero si configura come una **particolare species** della responsabilità giuridica e si snoda verso **due direttrici**: quella nei confronti dell'**utente** e quella verso la **struttura sanitaria**.

Questa seconda ipotesi comporta la possibilità che il **medico pubblico dipendente** sia tenuto ad un **risarcimento** anche nei confronti di **soggetti diversi** da quelli ai quali ha arrecato un danno direttamente. Ci si riferisce, in tal caso, a quello che generalmente viene configurato come **danno erariale**, avendo colpito un ente pubblico.

La responsabilità del medico ospedaliero è, quindi, **speciale** poiché si inserisce in un **complesso rapporto trilaterale** i cui soggetti sono rappresentati dall'**azienda ospedaliera**, dai **medici** e dal **cittadino-utente**: il paziente **domanda** alla struttura ospedaliera pubblica le cure e l'assistenza necessarie alla tutela del suo diritto alla salute e con l'**accettazione del paziente** da parte della struttura stessa si avvia il **dovere per l'azienda ospedaliera di assicurare il soddisfacimento** di tale diritto secondo il livello garantibile dalla scienza medica mediante il personale medico e sanitario in genere di cui la stessa si avvale.

L'operato del sanitario viene riferito all'**ente**, invero, o attraverso il richiamo all'art. 28 Cost., che enuncia il **principio** della cosiddetta **immedesimazione organica**, o attraverso il richiamo all'art. 1228 del c.c., che disciplina la **responsabilità del debitore per il fatto dei propri ausiliari**.

Un **tradizionale orientamento** della giurisprudenza riteneva che l'attività e la connessa responsabilità dell'**azienda ospedaliera** erogatrice del servizio sanitario fossero **equiparabili** a quelle assunte dal **medico in esecuzione del contratto di prestazione d'opera intellettuale**; di conseguenza, anche il **rapporto tra ente ospedaliero ed utente** era ritenuto di tipo **contrattuale** ed era regolato in via analogica dalle norme del codice civile relative al **contratto di prestazione d'opera professionale**. Così, il presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura si concretizzava con l'accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso di essa. [resp. ente osp. = resp. libero professionista -> resp. contrattuale]

Secondo un orientamento giurisprudenziale non solo **più recente**, ma anche da preferire, invece, ben **più complesso** è il rapporto che si instaura tra **paziente e medico** e tra **azienda ospedaliera e paziente**, proprio in conseguenza dell'**ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO**

EROGATO dalla struttura ospedaliera che dovrebbe garantire livelli di efficienza tali da ridurre il rischio dell'utente.

In questo caso, difatti, la **responsabilità dell'azienda ospedaliera** si configura anche in relazione a **fattispecie indipendenti dall'errore o dalla condotta negligente del medico**, ma collegate a **disfunzioni e/o inefficienze ORGANIZZATIVE della struttura**⁶ sulla base dell'art. 1 della Legge istitutiva del SSN⁷ secondo la quale "il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione...".

Sul punto interessanti pronunce sono derivate dalla giurisprudenza della Suprema Corte nella parte in cui ha ritenuto sufficiente, **per la riferibilità all'Ente ospedaliero delle attività del medico dipendente o collaboratore**, l'applicazione dell'art. 1228 c.c., configurando il fatto del medico come fatto dell'ausiliario. [fatto ente = fatto ausiliario -> art. 1228]

Un altro esempio riguarda il caso in cui il **contratto sia concluso direttamente con il professionista** il quale contatta direttamente l'Ente ospedaliero per l'**affitto delle attrezzature** o la **locazione delle stanze**: in questa ipotesi la **struttura** sarà responsabile solamente delle **prestazioni accessorie concordate col paziente** (es: assistenza infermieristica, sala operatoria, medicazioni , ecc). ciò perché in tale circostanza la **struttura sanitaria** rivesta un ruolo di **mero ausilio strutturale** e potrà essere considerata responsabile o ex art. 2050 c.c. qualora i mezzi usati dal medico siano pericolosi o ex art. 2051 c.c. per la sua qualità di **custode** delle strutture o della apparecchiature nel caso in cui il **danno** sia ascrivibile al **mancato o difettoso uso** delle stesse.⁸

(13066/04 e 23198/06)

Pertanto, dalla **forma strutturata** di gestione dei servizi ospedalieri e dal fatto che i servizi erogati dalla struttura ospedaliera sono **molto più ampi** e **complessi** rispetto a quelli resi dal singolo medico si prospetta una **diversa qualificazione del rapporto struttura-paziente** che trova la sua **fonte**, come si vedrà più avanti, nel c.d. "**contatto sociale**", cioè in un contratto non espressamente previsto dalla legge e genericamente definito come "**contratto di ospedalità**".

È sulla base di tale presupposto che si è ritenuta configurabile la **responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero** per **carenza organizzativa** di medici, assistenti e personale paramedico,

responsabilità che, dunque, può anche **non** essere dovuta a **comportamenti dei singoli appartenenti all'organizzazione dell'ente**, ma che fa capo alla struttura ospedaliera **complessivamente organizzata**.⁹

Questo perché è ormai pacifico che la tutela della salute non si esaurisce nella mera prestazione delle cure medico ma comprende anche la **protezione del paziente-utente**, come nel caso specifico del *rapimento di un neonato in un nido ad opera di ignoti*¹⁰ o di un *paziente affetto da delirium tremens causato da etilismo acuto che si era procurato dei danni in un tentativo di pseudo-suicidio*¹¹, casi questi che imponevano una vigilanza più intensa da parte della struttura nel suo insieme.

A fondamento di tale assunto sta il fatto che l'**accettazione del paziente** in una struttura deputata a fornire assistenza medico ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la **conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità**, in base al quale l'ente è tenuto ad una **prestazione complessa** che si estende ad una serie di **prestazioni altre** da quella medica, quali la *messa a disposizione del personale medico ausiliario e paramedico, dei medicinali e di tutte le attrezzature tecniche necessarie*, nonché di quelle *lato sensu alberghiere*.¹²
(8826/07)

Questa considerazione emerge a seguito di una scia tracciata dalla Cassazione che aveva già statuito che, quindi, il **rapporto** che si instaura **tra paziente e ente ospedaliero** ha, dunque, **fonte** in un **atipico contratto a prestazioni corrispettive** con **effetti protettivi** nei confronti del terzo, da cui, **a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo** (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal SSN o da altro Ente), insorgono a carico dell'**ente**, accanto a quelli di tipo *alberghiero*, obblighi, appunto, di *messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze*.

Ne consegue che la **responsabilità dell'Ente** nei confronti del **paziente** ha **natura contrattuale**, e può conseguire,

- ai sensi dell'**art. 1218 c.c.**, all'*inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico*,
- ai sensi dell'**art. 1228 c.c.**, all'*inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario*, quale suo **ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di**

lavoro subordinato, sussistendo comunque un **collegamento** tra la **prestazione** da costui effettuata e la sua **organizzazione aziendale**, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto.¹³

(13066/2004 e 2042/2005)

Ecco che si è parlato allora di una **responsabilità dell'ente “per fatto proprio”**: essa si ha quando la struttura sanitaria risulta **inadempiente** agli **obblighi integrativi e suppletivi** rispetto a quello di fornire il trattamento diagnostico e terapeutico corretto.

Ciò significa quindi che la **struttura sanitaria** risponde **non solo** del caso in cui il danno subito dal paziente sia riconducibile al *negligente operato del proprio personale dipendente*, **ma anche** qualora il danno sia riconducibile ad un difetto della strumentazione in suo possesso e/o ad una *disfunzione del suo apparato strutturale ed organizzativo*, come la mancata garanzia della *sicurezza dell'ambiente di ricovero*, il *buon funzionamento delle attrezzature e degli strumenti utilizzati per le cure*, la *custodia e la protezione degli assistiti parzialmente o totalmente privi della capacità di autotutela*.

5

A ciò deve aggiungersi che l'evoluzione della materia ha portato recentemente al riconoscimento di una **nuova forma di responsabilità sanitaria** rappresentata dall'**omesso o incompleto consenso informato**, ricorrente *indipendentemente dalla bontà tecnica del trattamento sanitario ricevuto dal paziente* e oggetto dei lavori pomeridiani o della tutela della privacy del malato che da sorgere una responsabilità dell'operatore in conseguenza della *diffusione di dati sensibili contenuti nella cartella clinica* a meno che il sanitario non dimostri di aver adottato tutte le misure necessarie per garantire il diritto alla riservatezza del paziente e ad evitare che i dati relativi ai test sanitari ed alle condizioni di salute del paziente stesso possano pervenire a conoscenza di terzi.¹⁴

Dunque, le **fonti** della responsabilità dell'ente sanitario, e correlativamente anche di suoi dipendenti, sono, pertanto, **molteplici** e riconducibili a **cause di varia natura**.

Ad ogni modo, quello che, però, qui rileva è che il **rapporto** che si instaura tra **struttura pubblica e paziente** ha **carattere contrattuale** con la conseguenza che **se il servizio sanitario pubblico** è a

vantaggio e nell'interesse del privato che lo richiede **ed il privato ha un diritto soggettivo** alla prestazione del servizio, la **struttura sanitaria** ha il **correlato dovere** di prestazione inquadrato nell'ambito del diritto pubblico cosicché tale rapporto si presenta come **paritetico** e di **natura contrattuale**.

Infatti, l'ente pubblico ed il medico da essa dipendente rispondono per inadempimento contrattuale pur se la retribuzione del sanitario è corrisposta dall'ente e non dal paziente.

Sul punto, *ex multis*, faccio riferimento a Cassazione Civile 9085/2006¹⁵ che ha confermato l'estensione della disciplina della responsabilità contrattuale anche ai rapporti che sorgono in conseguenza dell'**assunzione del solo obbligo sociale di prestazione**.

In tale prospettiva, dunque, **il medico, pur in assenza del "formale" negozio giuridico, è tenuto ad adempiere gli obblighi di cura che derivano dalla sua appartenenza ad una "particolare" professione protetta e sulla quale il paziente ha fatto "affidamento" entrando in "contatto" con lui.**

In altri termini, il medico e/o la struttura sono chiamati a rispondere a titolo contrattuale dei danni cagionati nell'esercizio della propria attività professionale **per il solo fatto** di essere venuti in **contatto** con il paziente, **anche in assenza di un vero e proprio obbligo di prestazione** a favore del paziente posto a loro carico.

6

Risponderanno, pertanto, a titolo di responsabilità contrattuale - come tale subordinata al termine di prescrizione decennale - per i danni subiti dal paziente, sia l'**ENTE OSPEDALIERO** per la **non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente**, sia il **SANITARIO** che ha materialmente **eseguito la prestazione**, la cui obbligazione, non basata su un contratto tra professionista e paziente, si fonda sul cd. **contatto sociale**, ovvero sull'**affidamento** che il malato pone sulla professionalità dell'esercente una professione protetta".¹⁶

(Trib. Genova 23.03.2007)

4. CONFIGURAZIONE. Gli elementi che configurano la responsabilità amministrativa del medico ospedaliero sono:

- *il rapporto di servizio tra soggetto imputabile e amministrazione*
- *la condotta imputabile*
- *il danno*
- *il nesso causale tra condotta e danno prodotto*

- *l'elemento soggettivo del dolo o della colpa.*

4.1. Il **rapporto di servizio** è quel rapporto che si instaura tra l'autore della condotta, spesso rappresentato da un soggetto che esercita un'attività o una funzione connessa al perseguimento di interessi pubblici, e la Pubblica Amministrazione determinando il sorgere del **diritto dell'azienda** di ottenere dal medico il corretto adempimento dei suoi doveri.

Tale rapporto ha una **concezione molto ampia** perché si realizza anche in presenza di una relazione instaurata in **modo temporaneo ed a qualunque titolo**, anche volontario. L'**elemento centrale** sarà costituito, allora, dall'assunzione, da parte del medico, dello svolgimento della funzione di cura e assistenza garantita dalla struttura pubblica, quale attuazione dell'interesse della collettività al diritto alla salute.

4.2. La **condotta imputabile** è un comportamento legato al rapporto di servizio da una relazione di *occasionalità necessaria* e che si manifesta, in particolare, di omissioni, comportamenti illeciti o di esercizio di attività materiali che possono causare un danno all'azienda ospedaliera.

Un **recente orientamento** giurisprudenziale tende a distinguere la **responsabilità della struttura sanitaria**, che ricorre in seguito al riscontro di **carenze organizzative**, da quella del **medico**, il quale apparirà **esente da responsabilità** qualora provi che la completa professionalità dell'atto medico possa realizzarsi solo con certe garanzie strutturali.

Ciò fa sorgere in capo al **medico il dovere di informare il paziente** non solo sui *rischi tecnici e oggettivi*, ma anche sulle *carenti condizioni della struttura sanitaria* nella quale si deve svolgere l'intervento¹⁷, con un conseguente **allargamento dell'oggetto del consenso informato**.
(6318/2000)

4.3. In merito al **danno risarcibile** mi limito, in questa sede, a precisare che esso (1) deve possedere i necessari requisiti della **certezza**, dell'**attualità** e della **concretezza** e (2) che deve essere **collegato** ad una **condotta imputabile** e alla **violazione di obblighi di servizio da parte del medico**.

Attualmente il danno risarcibile si manifesta laddove da una specifica condotta discenda una **diminuzione di risorse** o il **colpevole fallimento nel raggiungimento di specificati obiettivi**.

Esempi sono rappresentati dalla vicenda in cui viene effettuato un **secondo intervento chirurgico** finalizzato a rimuovere una garza laparotomica dimenticata nell'addome di una paziente già sottoposta ad un intervento di parto cesareo dato che tale successivo intervento comporta necessariamente **costi ulteriori ed ingiustificabili** produttivi di un danno per le **finanze dell'amministrazione** sanitaria di appartenenza.¹⁸ (Corte conti Basilicata 204/2006)

Un altro esempio è rappresentato dal **danno all'immagine** che consiste in una **minore credibilità e prestigio** e che si mostra lesivo degli interessi della collettività.

È tale, così, il **danno da disservizio**. Esso risulta *in re ipsa* nella condotta del medico e **si individua** nella **distrazione del medico dai doveri di servizio a cui è tenuto** in virtù di un rapporto contrattuale con l'azienda alla quale consegue un **pregiudizio** dovuto alla sua **inefficienza**.

È questa l'ipotesi in cui un medico, pur facendo risultare la sua presenza in servizio presso l'ospedale, svolgeva delle **visite private nella struttura durante l'orario di lavoro**¹⁹ oppure la vicenda dei **compensi percepiti per alterare i risultati relativi ai test di ingresso** ad un corso di laurea in Odontoiatria che ha portato a riflessi negativi, in termini di indignazione e sfiducia, sull'intera categoria interessata all'esercizio della professione di odontoiatra.²⁰

4.4. Altro elemento è costituito dal **nesso causale** ovvero un *rapporto di causa ed effetto* tra l'operato del medico e il danno subito dal paziente. In riferimento ad esso si applica il **principio di causalità adeguata**: un comportamento colposo del medico è sanzionabile solo se ha costituito la **causa del danno** riportato al paziente.²¹ Verrà, dunque, operata una **selezione** tra le molteplici **ragioni produttive del danno** per cui è causa solo quella condizione adeguata a produrre l'intervento secondo il criterio della probabilità.

4.5. L'ultimo elemento è quello **soggettivo**. Sul punto mi limito a specificare che, se pur la distinzione è sottile, il *dolo*, in tal caso, a differenza che nella prospettiva penale²², si identifica come la **volontà di non adempiere** agli obblighi di servizio, mentre la *colpa grave* va intesa come la **massima trascuratezza verso gli obblighi di servizio**.

5. **LA RESPONSABILITÀ DA CONTATTO SOCIALE.** Concludo il mio intervento ricollegandomi a quando accennato all'inizio a proposito del contatto sociale, precisando alcuni aspetti a mio avviso rilevanti ai fini dell'oggetto della relazione.

La teoria del **contatto sociale** si è diffusa ad opera della dottrina e della giurisprudenza a partire dagli anni Novanta.

Precedentemente, infatti, la responsabilità del medico che interveniva in qualità di dipendente di un ente era inquadrata come **aquiliana** sulla base dell'assunto che questi rimaneva **estraneo al rapporto contrattuale che si instaurava direttamente tra ENTE e UTENTE**.

Tale impostazione, nella pratica, forniva una **minore tutela al paziente** che, di fatto, rappresentava la **parte debole del rapporto**.

Oggi, il *contatto sociale* è considerato **idonea fonte di obbligazioni contrattuali** ed è riferibile ad alcuni rapporti che nascono **di fatto** ma determinano l'instaurarsi di una **relazione tipica tra due soggetti e l'affidamento di una delle parti** proprio come avviene nel rapporto tra il medico ed il malato che ad esso si affida in quanto esercente una professione protetta.

Quindi, **per un certo periodo** la classificazione del **rapporto giuridico** instaurato **tra medico e paziente** poteva dirsi impostato **su due binari**:

- se vi era un **contatto diretto** tra i due, cosa che accade di norma tra paziente e libero professionista, si era davanti ad un vero e proprio contratto di prestazione d'opera professionale con la conseguenza che l'inadempimento del medico era soggetto alle regole della responsabilità contrattuale;
- se, invece, il **contatto tra medico e paziente** era **mediato** da una **struttura** pubblica o privata dalla quale il medico dipendesse si riteneva che il **regime della responsabilità** cui il medico rientrasse nell'ambito della **responsabilità aquiliana** ex art. 2043 c.c. con la conseguenza che il danneggiato era tenuto a fornire la prova dell'esistenza del danno e della sua riconducibilità ad un comportamento doloso o colposo del medico, il quale, di fatto, restava estraneo al rapporto.

In merito occorrono alcune precisazioni.

Innanzitutto, va ricordato (1) che l'**ente ospedaliero** può avvalersi sia di **personale dipendente**²³, per il quale resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile dei dipendenti dalle amministrazioni pubbliche, sia di **personale a rapporto convenzionale**²⁴ regolato da apposite convenzioni, (2) che l'art. 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 precisa che i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici sono regolati, salvo alcune eccezioni (magistrati, militari, personale della polizia di Stato, diplomatici ed altri), dal

(capo I titolo II del libro V del) **codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato dell'impresa**, con la conseguenza che anche tali **dipendenti** sarebbero responsabili, nei confronti dei terzi danneggiati, **solo** per i casi di **colpa grave o dolo**²⁵, mentre **l'ente da cui dipendono** sarà responsabile nei confronti di detti terzi per **ogni fatto** dannoso e quindi anche quando il medesimo sia ascrivibile a colpa lieve del dipendente.

Per quanto riguarda la responsabilità dell'ente per fatto commesso dai medici convenzionati varrebbe, invece, pur sempre l'articolo 1228 c.c. che prevede la responsabilità per il fatto di terzi della cui opera ci si avvale.

Da quanto esposto, quindi, sembrerebbe che il medico pubblico dipendente sia sempre responsabile nei confronti dei terzi solo per i casi di dolo o colpa grave.

Di fatto, però, non è così poiché, come si diceva all'inizio, **l'attività svolta dal medico in favore dei pazienti** non **costituisce** esercizio di una Amministrazione Pubblica, bensì **erogazione di un servizio pubblico**, nell'ambito del quale si stabilisce un **rapporto giuridico di tipo pubblicistico** tra il **privato**, che ha un *diritto soggettivo alla prestazione in suo favore*, e la **P.A.**, che ha il *corrispondente dovere di adempiere la suddetta prestazione*.

10

Ecco che allora **la responsabilità dell'ente pubblico verso il privato** per il danno a questi causato dalla non diligente esecuzione della prestazione ... va qualificata **contrattuale**, intesa ... come **responsabilità insorta nel compimento di un'attività dovuta nell'ambito di un preesistente rapporto giuridico privato o pubblico tra i due soggetti**.

Nel servizio pubblico sanitario, l'attività svolta dall'**ente pubblico gestore** del servizio a mezzo dei suoi dipendenti, nell'adempimento del dovere di prestazione verso il privato richiedente (titolare del corrispondente diritto soggettivo), **è di tipo professionale medico** così come quella svolta, nell'esecuzione dell'obbligazione (privatistica) di prestazione dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale. Da ciò ne consegue, dunque, che anche l'attività svolta dall'ente pubblico a mezzo dei medici suoi dipendenti è da ritenersi attività medica e che la responsabilità del suddetto ente sarà analoga a quella del professionista medico privato.

Quindi, se è vero che anche il **medico dipendente** esegue una **prestazione di tipo professionale medico**, ne consegue che egli si trova nella **stessa posizione del medico privato per quanto**

riguarda la responsabilità nei confronti del paziente e che non sono ad esso applicabili le norme che riguardano la responsabilità dei dipendenti pubblici.

Per di più, se è vero che l'**ente gestore** risponde dell'operato dei propri dipendenti a sensi dell'art. 1228 c.c. o dell'art. 2049 c.c., questi ultimi rispondono del pari di responsabilità contrattuale non solo per l'esistenza dell'art. 28 Cost., ma anche per la comune radice delle due responsabilità rappresentata dalla non diligente esecuzione della prestazione sanitaria che rende entrambe le responsabilità di natura contrattuale²⁶.

Il fatto che la posizione del medico pubblico dipendente sia di fatto **parificata** entro certi limiti a quella del medico libero professionista è stato indirettamente confermato anche dalla circostanza per la quale si è riconosciuto che: "Il **potere disciplinare spettante al Consiglio dell'Ordine** nei confronti del professionista, per la repressione degli abusi e delle mancanze di cui gli iscritti si rendono colpevoli nell'esercizio della professione, **non si riferisce solo alla professione espletata secondo un modello organizzativo autonomo, ma anche a fatti e violazioni connessi allo svolgimento di ogni attività che sia estrinsecazione delle particolari conoscenze tecniche attestate dal titolo di studio**, con la **CONSEGUENZA** che, nei confronti degli iscritti che siano pubblici dipendenti, detto potere può essere legittimamente esercitato anche con riguardo a **violazioni di norme deontologiche** inerenti l'esercizio di attività legata allo status del professionista e svolta nell'ambito del rapporto di lavoro. (In forza di tali principi la S.C. ha confermato la decisione del Consiglio dell'Ordine professionale che aveva ritenuto la responsabilità disciplinare di un medico dirigente di un reparto di cardiologia, per aver richiesto e ottenuto una somma di danaro per la prestazione in ospedale e per aver dirottato pazienti presso il suo studio privato).²⁷

(cass. 13004/2006)

La responsabilità da contatto sociale, che può dirsi collocata all'interno della più ampia categoria dei rapporti contrattuali di fatto, fa sì, dunque, che la prestazione dovuta dal sanitario venga sottoposta alle regole di una obbligazione contrattuale, anche se il fatto generatore del danno non è ricollegabile ad un contratto in senso proprio.

Un'altra ragione dell'equiparazione delle due responsabilità deriva, quindi, anche dal fatto che, da una parte, pure il **medico pubblico dipendente** deve essere **abilitato** alla professione

esattamente come il **medico privato**, e, dall'altra, che tale professione ha ad oggetto **beni costituzionalmente garantiti**, incidendo sul bene salute tutelato dall'art. 32 Cost., con la conseguenza che a questo tipo di operatore professionale **la coscienza sociale**, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere* inteso come il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge confidando nella sua professionalità, ma piuttosto **quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento** (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno).

In buona sostanza, dunque, la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due".

Pertanto, allo stato, fermo restando che il medico privato risponde, in linea di massima, nei confronti del paziente-cliente a titolo di responsabilità contrattuale, si deve riconoscere che **anche il medico dipendente si trova ad essere responsabile, con i criteri della responsabilità contrattuale, nei confronti del paziente che gli viene affidato** e tanto riverbera determinate conseguenze in relazione all'assolvimento dell'onere probatorio da parte del danneggiato.

12

In riferimento alla **ripartizione dell'onere della prova** è opportuno precisare che esso muta in accoglimento della ricostruzione della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera in termini di responsabilità da "contatto sociale".

Mentre **in passato** la ripartizione del carico probatorio veniva risolta tramite il ricorso alla nota **distinzione tra interventi facili e interventi difficili**, secondo il ***più recente orientamento*** giurisprudenziale il **paziente danneggiato** che chiede il risarcimento deve limitarsi a **provare il contratto con la struttura sanitaria** o il ***contatto sociale* con il medico** e **l'insorgenza o l'aggravamento della patologia** e deve **allegare l'inadempimento del debitore**, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del **DEBITORE** dimostrare o che tale **inadempimento non vi è stato** o che, pur essendoci, esso **non è stato eziologicamente rilevante**.²⁸

In estrema sintesi, quindi, il **paziente** danneggiato deve provare **l'esistenza del contratto**, mentre i **sanitari** devono dimostrare che **il danno non sussiste** o **non è dipeso da propria colpa**.²⁹

(Cass. 577/2008, 20101/2009, 975/2009)

Anche al **rapporto** tra **medico operatore** e **personale di supporto** messi a disposizione da una struttura sanitaria dalla quale il medico non dipende, è applicabile il **principio** per cui il **debitore risponde anche dell'opera dei terzi della cui collaborazione si avvale** dovendosi esigere dal chirurgo operatore un **dovere di controllo specifico sull'attività e sulle iniziative espletate dal personale sanitario** con riguardo a possibili, e non del tutto prevedibili, eventi che possono intervenire non solo durante, ma anche prima dell'intervento e in preparazione di esso.³⁰ Da ciò ne discende che il medico operatore ha il preciso dovere di coordinare *in vigilando e in committendo* l'intera équipe.³¹

D'altro canto, è principio consolidato che le amministrazioni ospedaliere sono tenute al risarcimento dei danni subiti dagli ammalati **per imperizia o errore** di coloro che, in base al rapporto organico, agiscono per l'ente "**non potendo invocare, per esimersi da responsabilità, la DISCREZIONALITA' amministrativa nella ORGANIZZAZIONE del servizio**, la quale, mentre non giustifica la imperizia, non può nemmeno escludere la responsabilità per la mancata prestazione di un servizio dovuto"³².

13

Infine, concludo l'intervento ricordando che il **decreto Balduzzi** (legge 158/2012) sulla riforma delle professioni sanitarie, in merito, ha precisato che il **medico** è un **debitore** tenuto a **diligenza speciale**, perché raggugliata alla natura dell'attività (professionale) esercitata (ex art. 1176.2 c.c.), ma, pur responsabile civilmente dei danni cagionati al paziente anche per la colpa lieve, quando, di fronte ad un **caso ordinario**, non abbia osservato le regole della comune preparazione professionale e della media diligenza, mentre di fronte a **casi straordinari o eccezionali** risponde, e continua a rispondere, invece solo per dolo o colpa grave.

La riforma è espressamente limitata al giudizio processuale poiché il giudice per formulare il giudizio circa la sussistenza o meno della responsabilità sanitaria per colpa lieve, deve tener conto "**dell'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale**".

Il richiamo sembrerebbe avere lo scopo di attribuire rilevanza giuridica alle regole che "misurano" la diligenza sanitaria, regole di natura cautelare induttiva e di fonte promiscua, formalizzata in

specifiche linee guida o approvate, mediante accreditamento, dalla migliore e più generale scienza medica.

In sintesi, la nuova normativa impone al giudice civile, tenuto a decidere sulla diligenza del sanitario, di utilizzare **anche determinati parametri di base scientifica**.

6. **CONCLUSIONI.** La prospettiva della responsabilità amministrativa deve rappresentare uno stimolo e non un disincentivo senza che il suo timore divenga motivo di rallentamenti e/o inerzie con il conseguente snaturamento nel conseguimento degli obiettivi di efficienza e professionalità nel settore del pubblico impiego e di quello sanitario in particolare.³³

Si tratta, a ben riflettere, di un astenersi dal produrre eventi indesiderati e non di non astenersi dall'operare, che anzi si impone il dovere (attivo) di adoperare i mezzi più idonei per il fine (positivo) di guarire e (negativo) di non provocare o aggravare malattie fino al limite mortale. In funzione di tale livello di interessi penalmente rilevanti la pretesa normativa non funziona in chiave imperativa, perché non avrebbe senso imporre al sanitario di non ledere e, all'estremo, di non uccidere. La regola, se si vuole di ampia matrice (religiosa, etica, professionale, giuridica) pretende altro: il comportarsi in modo da evitare l'evento dannoso mediante l'adozione di ogni misura idonea ad evitare il rischio o a contenerlo nei margini del socialmente lecito, perché, oltrepassando tale limite, rileva la condotta colposa.

- ¹ Sul punto, *ex multis*, in giurisprudenza: Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107, *Giur. cost.* 2012, 2, 1452; Cassazione civile, sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2923, *Giust. civ. Mass.* 2012, 2, 222; T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 10 gennaio 2012, n. 178, *Riv. giur. edilizia* 2012, 1, 249; Tribunale Milano, sez. V, 4 marzo 2008, n. 2847, *Giustizia a Milano* 2008, 3, 20; Corte costituzionale, 16 marzo 1990, n. 127, *Cass. pen.* 1990, 2061; Cass. Civile, Sez. Un., 6 ottobre 1979 n. 5172; in dottrina: G. BOBBIO – M. MORINO (a cura di), *Lineamenti di diritto sanitario*, 2010, 25 e ss. e 306; G. CANGELOSI, *Sanità partecipata e salute del minore*, *Dir. famiglia* 2010, 03, 1441; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.; M. LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI – G. CERRINA FERONI – M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione – Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, 20 e ss.; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, 5 e ss.
- ² G. BOBBIO – M. MORINO (a cura di), *Lineamenti di diritto sanitario*, 2010, 306.
- ³ G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1343 ss.
- ⁴ F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, CEDAM, 2009, 745 ss.
- ⁵ A. SIRIGNANO - N. CANNOVO – G. RICCI, *La responsabilità amministrativa del medico nei confronti dell'azienda ospedaliera*, *Riv. it. medicina legale* 2011, 01, 108.
- ⁶ A. SIRIGNANO - N. CANNOVO – G. RICCI, *op. cit.*, *Riv. it. medicina legale* 2011, 01, 105.
- ⁷ Legge n. 833/1978.
- ⁸ Cass. Civ. 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. Civ. Sez. III del 9 novembre 2006, n. 23918.
- ⁹ Trib. Monza, 7 giugno 1995, in *Resp. civ. e previd.*, 1996, 389.
- ¹⁰ Cass. Civ., 4 agosto 1987, n. 6707.
- ¹¹ Trib. Trieste, 30 aprile 1993, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 302.
- ¹² Cass. Civ., 13 aprile 2007, n. 8826.
- ¹³ Cass., n. 13066/2004 e negli stessi termini Cass. n. 2042/2005.
- ¹⁴ Cass. Civ., 30 gennaio 2009, n. 2468. Nel caso di specie la Suprema Corte ha cassato la decisione di merito la quale, muovendo dal fatto che la cartella clinica da cui risultava la condizione di omosessuale affetto da virus HIV del paziente, e della cui indebita diffusione quest'ultimo si doleva, era risultata custodita nella sala infermieri, aveva escluso la responsabilità dell'ospedale con motivazione ritenuta insufficiente dalla Corte di Cassazione mancando la dimostrazione che detta sala fosse interdotta al pubblico.
- ¹⁵ Cass. Civ., 19 aprile 2006, n. 9085.
- ¹⁶ Trib. Genova Sez. II, 23-03-2007
- ¹⁷ Cass. Civ., III, 16 maggio 2000, n. 6318.
- ¹⁸ Corte dei Conti sez. giur. Basilicata, 14 settembre 2006, n. 204.
- ¹⁹ Corte dei Conti, sez. giur. Lazio, 23 gennaio 2008, n. 109.
- ²⁰ Corte dei Conti, sez. giur. Liguria, 7 giugno 2005, n. 800.
- ²¹ G. BOBBIO – M. MORINO (a cura di), *Lineamenti di diritto sanitario*, 2010, 319.
- ²² Inteso come diretta e cosciente intenzione di nuocere.
- ²³ Art. 47 Legge n. 833/1978.
- ²⁴ Art. 48, L. n. 833/1978.
- ²⁵ Ai sensi dell'art. 28 del d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761 sono applicabili anche ai dipendenti delle unità sanitarie locali.
- ²⁶ In giurisprudenza, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294, Cass. civ., 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, 2296, *Giust. civ.*, 1989, I, 1, 300 e *Resp. civ. previd.*, 1988, 992; Cass. civ., 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. civ., 11 aprile 1995, n. 4152, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 1073; in dottrina E. PASQUINELLI, *Problemi attuali della responsabilità del medico*, in *Trattati a cura di P. Cendon. Persona e danno. Tomo V - La Pubblica Amministrazione. La Responsabilità Medica. Profili Operativi*. Milano, 2004, 4936.
- ²⁷ Cass., 31 maggio 2006, n. 13004.
- ²⁸ Cass. Civ., SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 577 in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 1.
- ²⁹ Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, Cass., 18 settembre 2009, n. 20101, *Trib. Roma*, XIII, 24 febbraio 2007.
- ³⁰ Cass. Civ., III, 14 giugno 2007, 13953, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 6.
- ³¹ Corte dei Conti, Piemonte, sez. giur., 10 giugno 1999, n. 1058.
- ³² Cass. Civ., III, 21 aprile 1977, n. 1476.
- ³³ A. SIRIGNANO - N. CANNOVO – G. RICCI, *La responsabilità amministrativa del medico nei confronti dell'azienda ospedaliera*, *Riv. it. medicina legale* 2011, 01, 122.