

Responsabilità del medico

“UNO, NESSUNO, CENTOMILA”: TROPPE IPOTESI RICOSTRUTTIVE (E POCHE CERTEZZE) INTORNO ALLA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO OSPEDALIERO

Tribunale di Spoleto 18 marzo 1999 – Pres. e Rel. Borsini - Troiani c. U.S.L. Spoleto e Canessa

La limitazione di responsabilità disposta dall'art. 2236 c.c. non si applica al medico generico che consapevolmente abbia omissso di consultare uno specialista il quale avrebbe potuto indirizzarlo, oltre che ad una diagnosi più esatta, verso un intervento con conseguenze meno dannose.

Accertata la responsabilità del medico, la U.S.L. è direttamente responsabile nei confronti del paziente danneggiato, per fatto del dipendente, in virtù del contratto d'opera professionale che la lega a quest'ultimo.

Nonostante la legge 23 dicembre 1994, n. 724 abbia determinato una specie di successione ex lege, a titolo particolare, delle Regioni nei rapporti obbligatori delle sopresse U.S.L., il processo prosegue a carico della U.S.L. originaria convenuta, la cui soggettività giuridica non può ritenersi estinta fino alla chiusura della fase liquidatoria.

... Omissis ...

Motivi della decisione

In punto di responsabilità, osserva il Collegio che le due consulenze medico-legali d'ufficio risultano concordi nel ravvisare un comportamento colposo nell'operato del prof. Canessa (intervento chirurgico consistito nella isterectomia totale con ovarsalpingectomia destra e salpingectomia sinistra e asportazione dell'appendice) che cagionò l'evento dannoso (perdita della facoltà di generare). La consulenza Villani individua tale comportamento colposo nella mancata effettuazione di una più completa indagine specialistica, per valutare nel modo più adeguato l'apparato genitale e pervenire ad una diagnosi più precisa (la diagnosi prima dell'intervento fu di tumefazione pelvica e nella valutazione di uno stato d'urgenza in realtà non sussistente, avuto riguardo alla documentazione clinica riguardante gli accertamenti preoperatori, all'intervallo di tempo intercorso tra il ricovero e l'intervento e alla diagnosi stessa di malformazione uterina); ad avviso del c.t.u., eseguiti gli atti chirurgici ritenuti necessari per ridurre il rischio di eventuali complicazioni (nel corso dell'intervento si accertò anche l'assenza del rene e dell'uretere destro), il prof. Canessa avrebbe dovuto “adottare una prudente condotta di tipo conservativo o rinviare l'intervento correttivo ad un successivo momento”.

La successiva consulenza collegiale (professori Marchionne, Pernice, Bacci), che poteva tener conto anche dei rilievi formulati dai consulenti di parte e che conteneva anche una valutazione psicologica clinica ed esame psico-diagnostico, eseguiti dal dott. Davide Lazzari, onde accertare eventuali disturbi psicologici derivanti dalla consapevolezza della incapacità di creare, evidenziava che i dati degli accertamenti preoperatori, i sintomi lamentati dalla Troiani e il loro esordio, coincidente con l'ultima mestruazione (risalente a dieci giorni prima del ricovero) avrebbero dovuto indurre, quantomeno, ad una diagnosi di malformazione del tratto genitourinario, rappresentando come, nonostante la rarità della patologia potesse rendere ardua, per un chirurgo generale, una tale diagnosi, “la indubbia significatività dei dati che si avevano a disposizione avrebbe dovuto indurre il chirurgo, in un atteggiamento di maggiore prudenza, a richiedere una consulenza ginecologica che avrebbe potuto apportare un significativo contributo ad una corretta diagnosi già in fase preoperatoria”. Aggiungono i periti che l'omessa diagnosi clinica di malformazione, anche se non fu il motivo dell'intervento laparotomico, che si era reso necessario per l'accertamento diretto delle cause della ingravescente sintomatologia dolorosa, “forse condizionò il tipo di trattamento chirurgico che pure risentì del mancato apporto di uno specialista certamente disponibile presso l'Ospedale di Spoleto”.

Atteso che la visualizzazione diretta nel corso dell'intervento consentiva di rilevare, oltre alla agenesia dell'apparato renale destro, la presenza di un utero bicorni costituito dalla metà destra (di entità pari a 4/5 dell'insieme) priva di comunicazione con la vagina e, a causa di ciò, contenente circa due litri di sangue che non poteva essere eliminato, e di una metà sinistra regolarmente “comunicante con una vagina particolarmente lunga”, la successiva asportazione, oltre che del corno uterino ipoplasico ed atresico, anche del corno regolarmente comunicante con il fondo vaginale fu improntata “ad una certa imprudenza non essendo state sufficientemente meditate le ripercussioni di ordine fisico e psicologico che una così radicale menomazione avrebbe potuto comportare in un soggetto appena quindicenne”, stante il fatto, soprattutto, che “non ricorrevano indicazioni alla asportazione del corno uterino sinistro, mentre al contrario sussistevano più che validi motivi alla sua conservazione”, circostanza,

G

GIURISPRUDENZA

Merito

1247

DANNO
E RESPONSABILITÀ
n. 12/1999

questa, che ad avviso dei consulenti e pure a seguito della necessaria asportazione dell'ovaio destro, avrebbe potuto impedire la totale incapacità di procreare ("qualora non si fosse proceduto all'inutile intervento di isterectomia la giovane Troiani avrebbe conservato concrete possibilità di riproduzione").

La tipologia dell'intervento, inoltre, ad avviso del collegio peritale, non comportava, per un chirurgo generale, la soluzione di problemi tecnici di particolare complessità.

Sotto il profilo psicologico-clinico, veniva evidenziata dai consulenti la presenza nella Troiani, in conseguenza degli effetti dell'intervento, un disturbo della personalità riferito alle "tematiche sessuali riproduttive", che tuttavia non impediva "un adeguato e sufficiente interesse alla vita sessuale" e, comunque, suscettibile di miglioramento.

Si concludeva per un danno biologico consistente nell'insieme delle menomazioni psicofisiche pari al 18% dell'invalidità totale.

Le risultanze di tale ultima consulenza, più analitica ed accurata della prima, nella quale risulta effettuata una corretta applicazione delle regole della scienza medica e nella quale sono contenute adeguate risposte alle osservazioni critiche dei consulenti di parte, per le quali si rimanda alla relazione scritta, appaiono ampiamente condivisibili.

Con tale consulenza, in maniera più precisa rispetto alla prima, vengono individuati a carico del convenuto prof. Canessa, profili di colpa (imprudenza e imperizia) sia per la mancata individuazione della esatta diagnosi clinica, sia per l'asportazione, non necessaria, del corno uterino sinistro (in sostanza, dell'intero utero), corno, quest'ultimo, che "avrebbe potuto continuare a svolgere una regolare attività mestruale senza determinare alcun particolare problema" e consentire, con i dovuti limiti, una attività procreativa; e questo a prescindere dal fatto che il Canessa avesse messo a parte o meno i genitori della minore sulla natura e sulle conseguenze dell'intervento operatorio (circostanza negata dall'attrice ed affermata dal convenuto), sicché appare irrilevante la prova testimoniale sul punto, richiesta dal Canessa, peraltro senza indicare i testi.

Non può essere accolta, nel caso di specie, la tesi di parte convenuta secondo la quale ricorrerebbero i presupposti di cui all'art. 2236 c.c., essendosi il Canessa trovato nella situazione di dover risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà, con la conseguente necessità di individuare nel suo comportamento la sussistenza, almeno, della colpa grave, in luogo della semplice colpa lieve richiesta in via generale dall'art. 1176 c.c.

Si evince, infatti, dalle risultanze della relazione dei c.t.u. che, a parte la riconosciuta anomalia della malformazione riscontrata, il tipo di operazione eseguita non comportasse, per un chirurgo generico, la soluzione di problemi di particolare complessità (perché non ancora sperimentata o studiata a sufficienza o perché non ancora dibattuta con riferimento ai metodi terapeutici da eseguire: Cass., sez. III, 12 marzo 1995, n. 8845; in sostanza, nel caso concreto, una qualche difficoltà poteva esserci nella formulazione della diagnosi, non certo nella tipologia dell'intervento); in

ogni caso, si ritiene, in aderenza a quanto sostenuto da autorevole dottrina, che la limitazione di responsabilità non si applichi al professionista generico che, come nel caso in esame, consapevolmente abbia omesso di consultare uno specialista che avrebbe potuto indirizzarlo, oltre che ad una diagnosi più esatta, verso un intervento con conseguenze meno dannose; va, infine, ricordato che la disposizione dell'art. 2235 c.c. "non trova applicazione ai danni ricollegabili a negligenza ed imprudenza, essendo essa circoscritta ... ai casi di imperizia ricollegabili alla particolare difficoltà di problemi tecnici che l'attività professionale, in concreto, renda necessario affrontare" (Cass., sez. III, 1 agosto 1996, n. 6937).

Pacifica la responsabilità del prof. Canessa (e per lui, dei suoi eredi, ciascuno, ovviamente, nei limiti della propria quota) per il danno biologico e, trattandosi di fatto che astrattamente riveste qualifica di reato, per il danno morale patiti dalla Troiani (il danno patrimoniale risulta escluso da entrambe le c.t.u.), altrettanto pacifica risulta la responsabilità diretta, in virtù del contratto d'opera professionale con il primo, della USL del Comprensorio spoletino (v., per tutte, Cass., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11741; Cass., sez. III, 27 luglio 1998, n. 7336).

Senonché, nelle more del giudizio, con d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e con legge Regione Umbria del 4 gennaio 1995, n. 1 sono state soppresse le Unità Sanitarie Locali, con la contemporanea istituzione delle Aziende Unità Sanitarie Locali. In attuazione di dette disposizioni, il Presidente della Giunta regionale, con decreto 13 febbraio 1995, n. 101, determinava, tra l'altro, la cessazione della Unità locale per i servizi sanitari del Comprensorio spoletino, costituendo, nella stessa data, la Unità sanitaria locale n. 3, Azienda sanitaria della Regione Umbria, nella quale confluivano, tra gli altri, i servizi sanitari in precedenza gestiti dalla predetta ULSS; la summenzionata legge regionale, poi, stabiliva (art. 28, comma 3) che "le Unità sanitarie locali provvedono con fondi e contabilità separate alla gestione liquidatoria delle Unità locali per i servizi socio sanitari, in esse confluite". Essendosi, in forza di ciò costituita, con comparsa del 20 novembre 1996, "per proseguire il giudizio in epigrafe indicato in luogo della USL del Comprensorio spoletino" la USL n. 3 - Azienda Regione Umbria ed essendo, nel frattempo, intervenuta la sentenza delle S.U. della Corte di cassazione 6 marzo 1997, n. 1989 che, modificando il precedente indirizzo, stabiliva che i rapporti debitori delle pregresse USL erano riferibili non alle nuove ASL, ma alla gestione liquidatoria a carico del bilancio regionale, nell'udienza di precisazione delle conclusioni del 7 luglio 1998, il procuratore costituito della USL - Comprensorio spoletino (lo stesso della USL n. 3), chiedeva, a mezzo del sostituto, che il processo venisse dichiarato interrotto.

La richiesta non può essere accolta.

Se, infatti, può ormai considerarsi acquisito, a seguito della legge 23 dicembre 1994, n. 724, che impone (art. 5) alle Regioni di non far gravare sulle neocostituite aziende i debiti e i crediti delle pregresse USL e della legge 23 dicembre 1995, n. 549, che dispone (art. 2, comma 14) che le Regioni, per l'accertamento della situazione debitoria delle unità sanitarie

locali, attribuiscono funzioni di commissari liquidatori delle sopresse USL ai direttori generali delle istituti aziende unità sanitarie locali, che si sia determinata una specie di successione *ex lege*, a titolo particolare, delle Regioni nei rapporti obbligatori già di pertinenza delle sopresse USL (v., in tal senso, tra le altre, oltre la sentenza citata, Cass., sez. un., 11 marzo 1997, n. 7482, Cass., sez. lav., 6 giugno 1993, n. 5602, Cass., sez. III, 7 ottobre 1998, n. 9911), va, d'altro canto rilevato che la disposta soppressione delle UU.SS.LL. non ne determina la automatica estinzione, ma il prolungamento della soggettività attraverso una fase di

liquidazione (Cass., sez. un., 11 agosto 1997, n. 7482), con conseguente applicazione dell'art. 111 c.p.c. Il processo, pertanto, nonostante il trasferimento del diritto in contestazione, prosegue tra le parti originarie, rimanendo ininfluenti le vicende attinenti a posizioni giuridiche attive e passive successive all'inizio della controversia; fermo restando, per la regione, che non può certo considerarsi successore universale della USL, nei cui confronti debba essere necessariamente proseguito il processo, la facoltà di impugnare la sentenza, a norma dell'art. 111, ultimo comma, c.p.c.

... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Francesco Di Ciommo

Alcuni dubbi di non facile soluzione

La pronuncia in epigrafe si segnala all'attenzione dell'operatore in quanto - pur vertendo su un tema negli ultimi tempi assai battuto - mette, forse involontariamente, a nudo il travaglio di una riflessione, dottrinale e giurisprudenziale, non ancora approdata a conclusioni univoche e soddisfacenti. Essa dimostra, infatti, come a tutt'oggi nessuna soluzione possa considerarsi pacifica nell'ambito della sempre più complessa problematica vertente sulla responsabilità del medico (ed in particolare del medico ospedaliero) per danni causati ai pazienti, e come la decisione del caso concreto spesso dipenda più dalla sensibilità del giudice che dall'applicazione di inequivocamente categorie giuridiche. Questo stato di cose risulta, a volte, vantaggioso per i pazienti - ai quali la giurisprudenza, da qualche anno, è incline ad accordare ampie tutele - ma non appare assolutamente accettabile in un ordinamento civile tradizionalmente ispirato al principio della certezza del diritto (1). Lo sforzo interpretativo prodotto nel tentativo di risarcire i danni sofferti dai pazienti, laddove non trovi sicuri appigli normativi, o quanto meno ben salde fondamenta teoriche, può infatti determinare un inasprimento del regime di responsabilità del medico ingiustificatamente sproporzionato rispetto a quello degli altri professionisti intellettuali.

Come anticipato, la giurisprudenza negli ultimi anni ha manifestato sull'argomento opinioni eterogenee. Le questioni più controverse possono tradursi nei seguenti interrogativi. Nei confronti del paziente danneggiato, il medico risponde a titolo contrattuale, ovvero extracontrattuale? La sua obbligazione - sia essa nei confronti del paziente, ovvero della struttura presso la quale viene svolta la prestazione professionale - è di mezzi o di risultato? A che titolo la suddetta struttura risponde per la prestazione inesatta svolta da un sanitario alle sue dipendenze? Qual è il corretto ambito di efficacia dell'art. 2236 c.c. e quali sono i parametri da utilizzare nell'interpretazione di tale norma? Quali informazioni il medico deve dare al paziente ed in quali circostanze è rilevante il consenso di quest'ultimo al trattamento? Chi risponde, per conto delle estinte U.S.L., degli obblighi di risarcimento e, più in generale, dei loro

debiti? Ed ancora: chi è legittimato a resistere in giudizio a tali pretese creditorie?

Tra contratto, illecito, cumulo, concorso e "contatto"

Il Tribunale di Spoleto, affrontando tali quesiti nel caso in rassegna, giunge, come detto, a risultati poco tranquillizzanti per l'operatore in cerca di certezze.

Innanzitutto, la sentenza prende in considerazione la responsabilità del medico senza mai pronunciarsi sulla natura contrattuale o extracontrattuale della stessa. Tuttavia, pur in assenza (e ciò appare grave) di qualsiasi riferimento normativo adatto a ricondurre il discorso in un ambito, piuttosto che nell'altro, il tenore delle istanze di parte e delle motivazioni stilate dal collegio induce a ritenere - senza timore di smentita - che al medico convenuto venga ascritta una responsabilità di natura aquiliana. Tale soluzione, pur in linea con un filone di precedenti piuttosto nutrito (2), si pone in aperto contrasto con l'opposto orientamento (quello che sostiene la responsabilità contrattuale del medico ospedaliero), negli ultimissimi tempi prevalente (3); e, dunque, in conflitto

Note:

(1) Per ulteriori brevi considerazioni di questo tenore, v. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, a margine di Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, di prossima pubblicazione in *Foro it.*; v., altresì, Quadri, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in questo numero, 1165.

(2) V. Cass. 7 ottobre 1998, n. 9911 e 13 marzo 1998, n. 2750, in *Foro it.*, 1998, 3520, con note di richiami; 26 marzo 1990, n. 2428, *id. Rep.*, 1991, voce *Professioni intellettuali*, n. 106, e in *estenso* in *Giust. it.*, 1991, I, 1, 600, con nota di Carusi; 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it. Rep.*, 1979, voce *Sentenza civile*, n. 47, e in *estenso* in *Giust. civ.*, 1979, I, 1440; nonché 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4.

(3) V. Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233, in questa *Rivista*, 1999, 777, con nota ricostruttiva di De Matteis; 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77, con note di Dalfino (per gli aspetti processuali della decisione) e di Palmieri (sui profili sostanziali); 27 luglio 1998, n. 7336, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Professioni intellettuali*, n. 154; 11 aprile 1995, n. 4152, in *Enti pubblici*, 1996, 908; 27 maggio 1993, n. 5939, in *Foro it. Rep.*, 1993, voce cit., n. 114; 1° febbraio 1991, n. 977, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1379, nonché 1° marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, 2296, con nota di Princigalli, e in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 300, con nota di Cerone.

G

GIURISPRUDENZA

Merito

1249

DANNO
E RESPONSABILITA'
n. 12/1999

con la pronuncia con cui, solo due mesi prima, la terza sezione della Suprema Corte (4) - sancendo la non fondatezza delle ragioni tradizionalmente alla base dell'orientamento c.d. contrattualista ed individuandone di nuove (riassumibili nel concetto di responsabilità "da contatto") - pareva indicare con certezza tale via, escludendo, di conseguenza, tanto quella aquiliana, quanto le diverse ipotesi prospettate nell'ambito delle teorie del c.d. cumulo processuale e del concorso di azioni (5).

Scelta la soluzione contrattuale, la teoria del cumulo non pare più proponibile, in quanto questa prevede che il paziente possa contemporaneamente agire nei confronti del medico, tanto per inadempimento del contratto di prestazione sanitaria, quanto per illecita aggressione a diritti fondamentali, così da cumulare, ove possibile, i vantaggi derivanti dall'azione contrattuale e quelli evenienti dall'azione extracontrattuale (6). Stesso discorso vale per la teoria del concorso di azioni, secondo la quale il paziente, pur avendo a disposizione entrambe le azioni, per ottenere il risarcimento dei danni subiti, deve eleggerne una nell'atto di adire il giudice competente. E' evidente, infatti come, accanto all'inadempimento contrattuale, spesso, nell'esercizio dell'attività sanitaria, si producano danni alla salute dei pazienti, ma, onde evitare di ritenere sempre responsabile a doppio titolo il medico - soluzione questa che pare inaccettabile, laddove si voglia evitare di far gravare su di lui un regime di responsabilità eccessivamente oneroso -, *electa una via* (e la Cassazione, come detto, pare aver scelto la via contrattualista), *alterum non datur*.

Quanto appena affermato non impedisce di rintracciare anche nell'operato del medico in servizio i presupposti per una responsabilità di tipo extracontrattuale. Al contrario, sta a significare che non è in base al tipo di danno prodotto che va definita la natura della responsabilità, bensì in virtù di un'attenta verifica incentrata sull'attività che ha cagionato tale danno: se l'attività rientra nell'ambito della prestazione professionale oggetto del contratto esistente tra struttura sanitaria e paziente, non ci sarà responsabilità aquiliana del medico, ma solo contrattuale, ovvero "da contatto" (se si accoglie tale discussa ipotesi ricostruttiva (7)); viceversa nel caso opposto.

Tornando all'odierna pronuncia, in definitiva, sembra che essa compia un balzo indietro rispetto alla più recente elaborazione giurisprudenziale sul punto. Pur a voler credere che la rivendicazione di autonomia del tribunale umbro derivi da una scelta consapevole, non si comprende perché, nelle motivazioni, non un cenno sia fatto al problema della riconducibilità della fattispecie nell'area dell'illecito, piuttosto che in quella del contratto (8) ovvero dell'obbligazione nata in forza di c.d. contatto sociale (9). Così come desta meraviglia il fatto che nessun argomento sia speso per giustificare un processo che pare svolgersi tutto attorno all'ipotesi extracontrattuale. In altre parole, il dubbio è che il collegio, nella fattispecie, non abbia affatto preso in considerazione le due ulteriori alternative accennate (responsabilità contrattuale, ovvero "da contatto") - *id est* l'intera problematica presentata - ed abbia, perciò, assecondato, più o meno passiva-

mente, le pretese attoree, senza eventualmente correggerne, se del caso, il tiro.

La responsabilità dell'ente preposto al servizio sanitario

La sentenza in rassegna si muove in un'ottica aquiliana, non solo per quanto riguarda il medico, ma

Note:

(4) La sentenza è la n. 589 del 22 gennaio 1999 e può leggersi in questa *Rivista*, 1999, 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con commento di Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, con nota di Forziati, *La responsabilità del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 1003, con nota di Giacalone, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale, o "transipica"?*; nonché prossimamente in *Foro it.*, con i commenti di La Notte e Di Ciommo, cit.

(5) A tal proposito, va segnalata un'ulteriore teoria ormai impraticabile alla luce della sentenza 589/99, cit., secondo la quale - posta la natura contrattuale della responsabilità dell'ente - il dipendente pubblico, e nel nostro caso il medico incardinato nella U.S.L., risponderebbe nei confronti del terzo-paziente per lesione del diritto di credito che questi vanta verso l'ente stesso in virtù del contratto con quest'ultimo intercorso. Tale tesi, rimasta isolata, è riconducibile a Casetta, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, voce del *Digesto pubbl.*, Torino, 1997, XIII, 222, nota 76.

(6) La teoria del cumulo si basa sull'idea che la «negligenza medica può nel contempo rilevare sia come inadempimento dell'obbligazione assunta dal professionista con il contratto d'opera intellettuale, sia come fatto produttivo di un danno ingiusto ogniquale si riveli produttiva di un danno alla salute». Così De Matteis, *op. ult. cit.*, 784, che, sul punto, rinvia a Sacco, *Concorso di azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1983, 155; Monateri, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, 8; Id., *Cumulo di azioni*, in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1989, 41; nonché, per un'analisi della giurisprudenza in argomento, Rossello, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Giust. sist. dir. civ. e comm.*, diretta da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1987, 292.

(7) Per una riflessione critica sull'applicazione, in *subiecta materia*, della teoria della responsabilità "da contatto", sia consentito rinviare ancora a Di Ciommo, cit.

(8) All'interno della stessa teoria contrattualista si possono individuare diversi orientamenti. Parte minoritaria della dottrina ha configurato, infatti, il rapporto tra medico ospedaliero e paziente come scaturente da un contratto a favore di terzo stipulato tra il medico e la struttura sanitaria da cui questi dipende. Si è inoltre parlato di "contratto con effetti protettivi" nei confronti del terzo-paziente (cfr. Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, I, 2479; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 690, con nota di Zeno-Zencovich; in *Corr. giur.*, 1994, 479, con nota di Batà; in *Resp. civ. prev.*, 1994, 403, con nota di Loratti; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550, con nota di Carusi; *id.*, 1995, I, 1, 318, con nota di Pinori; ed infine in *Rass. dir. civ.*, 1995, 908, con nota di Veneri).

(9) Il concetto di responsabilità da "contatto sociale" del medico ospedaliero è stato applicato, per la prima volta in Italia, dalla terza sezione della Cassazione nella sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999, cit. Per un approfondimento, v. Sacco, *Il contratto di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 10, II ed., Torino, 1995; Franceschelli, *Rapporti contrattuali di fatto*, nota a Pret. Genova 19 febbraio 1994, in *Contratti*, 1994, 646; Id., *Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantenario*, *ivi*, 1993, 705; Granato, *Contratto di lavoro a termine, illecità della causa e rapporto contrattuale di fatto negli enti pubblici*, in *Dir. lav.*, 1993, I, 476; Roppo, *Il "contatto sociale" e i rapporti contrattuali di fatto*, in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato*, vol. V, Milano, 1993; Angelici, *Rapporti contrattuali di fatto*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXV; nonché Castronovo, *Liability between Contract and Tort*, in *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, 1993, 273; ed Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, vol. I, Milano, 1995, 197.

anche (e ciò risulta più sorprendente) per quanto concerne la U.S.L. territorialmente competente; risolvendo così un orientamento che si credeva, oramai, definitivamente superato.

Come sulla natura della responsabilità del medico le teorie proposte non sfociano in soluzioni univoche, così anche per quanto riguarda la responsabilità dell'ente ospedaliero (pubblico (10)), di cui detto medico sia dipendente, si sono in passato manifestati, in dottrina e giurisprudenza, problemi ricostruttivi (11). Sono, infatti, ancora percepibili gli echi del dibattito tra i sostenitori della tesi contrattualista e gli assertori della tesi aquiliana, nonché quelli della diafrasi vertente sulla natura del cumulo processuale (proprio, ovvero improprio) risultante dalla proposizione contemporanea di un'azione contro l'ente e di una contro il sanitario.

Tuttavia, va rilevato che, almeno riguardo alla prima questione, si registra oggi una sostanziale convergenza nel senso di ritenere che esista un contratto di natura privatistica tra paziente ed ente, in base al quale il danneggiato può agire in giudizio con un'azione di responsabilità contrattuale, nel caso in cui la prestazione sanitaria non risulti soddisfacente (e ciò indipendentemente dal tipo di azione, eventualmente, promossa contro il sanitario poco diligente). Questa è la strada scelta dalla giurisprudenza di legittimità, che infatti, di recente, ha affermato che ente e relativo dipendente possono essere chiamati a risarcire il danno, patito dal paziente, anche a titolo diverso (il primo contrattuale, il secondo extracontrattuale) (12); ed inoltre che l'ente, pur avendo concluso col paziente un contratto avente ad oggetto la prestazione sanitaria, è tenuto al risarcimento per responsabilità extracontrattuale qualora arrechi un danno con un comportamento estraneo ed indipendente da tale prestazione (è lo stesso discorso fatto poc' anzi per il medico).

La tesi contrattualista, da qualche anno pacificamente accolta in dottrina e giurisprudenza, viene totalmente disattesa dal tribunale di Spoleto che, sempre sulla base di argomentazioni piuttosto criptiche ed ermetiche, condanna la U.S.L. (in solido con il primario responsabile dell'operazione non andata a buon fine), in quanto datrice di lavoro. Nel silenzio dei giudici, che anche a questo proposito non adoperano alcun riferimento normativo, l'interprete è chiamato ad un ulteriore sforzo ermeneutico. Il fondamento positivo della condanna appare, così, rintracciabile negli artt. 2049 c.c. e 28 Cost.; sebbene anche l'art. 1228 c.c. si presti allo scopo di imputare all'ente una qualche responsabilità, quando ci sia colpa o dolo del medico e sempre che le parti azionino il diritto di credito vantato in virtù del suddetto contratto di prestazione sanitaria.

Indubbiamente, la soluzione adottata dal collegio, in tema di responsabilità della U.S.L., è condizionata dalla scelta di seguire la strada della responsabilità extracontrattuale del medico; e tuttavia non è da essa *in toto* giustificata, atteso che si può, come detto, riconoscere in capo al dipendente una responsabilità di natura diversa rispetto a quella della P.A. Ben si sarebbe potuta condannare la U.S.L., dunque, per inadempimento contrattuale, invece che per «responsabilità diretta, in virtù del contratto d'opera professionale» che la lega al

chirurgo; ma anche sul punto in questione, il collegio manca di sviluppare una motivazione che consenta di comprendere le ragioni della decisione.

La responsabilità del professionista e l'art. 2236 c.c.

Nella fattispecie vengono rimproverate al medico convenuto imperizia e mancanza di diligenza (13). La questione dei criteri soggettivi di imputazione del fatto al medico risulta ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

Nel caso in rassegna, in verità, delle due fattispecie colpose attribuite al chirurgo (errata diagnosi ed incauto intervento) solo la seconda pare implicarne la sicura responsabilità professionale. Riguardo alla prima, invece, malgrado il diverso parere del tribunale, la stessa perizia tecnica d'ufficio evidenzia la difficoltà di un'esatta diagnosi e dunque palesa l'impossibilità di ritenere in colpa grave (e tantomeno in dolo) il medico convenuto, in quanto questi, con tutta probabilità, non aveva modo di percepire, prima dell'intervento chirurgico, la necessità di una diagnosi più specialistica e circostanziata. In altre parole, sembra che l'unica colpa certamente attribuibile al sanitario sia stata quella di non consultare, durante detto intervento, uno specialista («sicuramente presente nella struttura»), ovvero di non aver sospeso l'intervento stesso. Ciò anche se la sentenza afferma (non senza evidenziare qualche contraddizione) che l'operazione non doveva risultare difficile per un chirurgo generale, quale è il nostro.

Note:

(10) Nei confronti della sanità privata la giurisprudenza manifesta un orientamento piuttosto consolidato nel senso di ritenere responsabili per inadempimento contrattuale sia il medico che la struttura, ognuno per proprio conto, ovvero in solido quando il medico sia incardinato stabilmente nell'organizzazione di questa. Cfr., da ultimo, Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in questa *Rivista*, 1999, 779, con nota di De Matteis, cit. (in tal caso, però, il medico convenuto collaborava con una clinica privata come consulente esterno).

(11) Cfr., tra gli altri, Coppari, *Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente*, in *Foro it.*, 1993, I, 264; Princigalli, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti*, id., 1988, I, 2296, nota a Cass. 1° marzo 1988, n. 2144.

(12) Così, espressamente, Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit.; nonché 6 febbraio 1999, n. 1045, cit. Vedi anche App. Torino 20 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 586.

(13) Sul punto, tra gli altri, v. Zeno-Zencovich, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994; Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; Fiori, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999; Stanzione, Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998; Barni, *Diritti-doveri, responsabilità del medico - Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1998; Bilancetti, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Riv. it. medicina legale*, 1997, 511; Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, 1222; De Matteis, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in questa *Rivista*, 1996, 215; Id., *La responsabilità medica*, Padova, 1995; Id., *La responsabilità medica, tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contratto e impr.*, 1995, 489; Autorino Stanzione (a cura di), *Le "responsabilità speciali". Modelli italiani e stranieri*, Napoli, 1994; A. Baldassari, S. Baldassari, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1993, 609.

La parte più interessante del discorso incentrato sulla colpa del medico è rinvenibile nelle argomentazioni difensive del sanitario. Questi, infatti, dichiara di aver informato della complicità sopravvenuta nel corso dell'intervento i parenti della paziente, al fine di ottenere dagli stessi l'eventuale consenso ad eseguire un'operazione chirurgica con conseguenze diverse da quelle previste. In tema di informazioni a cui il paziente ha diritto e di consenso informato, la dottrina e la giurisprudenza risultano assai copiose. L'argomento è stato trattato soprattutto in relazione al diritto della donna di conoscere l'evoluzione della propria gravidanza, così da poter maturare una scelta consapevole in ordine alla possibilità di abortire, ovvero anche di prepararsi psicologicamente e logisticamente all'evento (ad esempio alla nascita di un figlio affetto da sindrome di Down) (14); ma i principi formulati in materia sono, per lo più, applicabili anche al caso in rassegna e inducono a ritenere, in virtù dell'art. 1229 c.c., l'eventuale consenso prestato privo di qualsiasi efficacia, giustificante ovvero scusante, in presenza di colpa grave o dolo del professionista (15).

In verità, va ricordato che l'obbligo d'informazione nell'ambito sanitario non si attegna sempre nel medesimo modo ed anzi può assumere, a seconda dei casi, proporzioni e contenuti diversi. La dottrina, infatti, a tal proposito suole distinguere l'attività medica propriamente terapeutica (in cui l'ampiezza del dovere di informazione risulta ridotta) dall'attività medico-estetica od odontostomatologica (in cui l'adempimento di tale dovere risulta di fondamentale importanza nell'ambito di una corretta prestazione sanitaria, attenta tanto al risultato materiale dell'intervento professionale, quanto ai risvolti psichici della vicenda). In più va rilevato che esistono casi in cui l'informazione non è strumentale né preliminare rispetto al trattamento terapeutico e rappresenta, dunque, essa stessa la prestazione medica (16). Ciò, ad esempio, in occasione di una visita diagnostica effettuata per controllare il normale andamento di una gravidanza. In altri casi, invece, il sanitario viene consultato per rimediare ad una patologia in corso, ovvero per svolgere un intervento di chirurgia estetica. In tali ipotesi l'informazione è finalizzata alla cura e come tale esprime anche una funzione contrattuale, in quanto evidenzia al paziente una strategia terapeutica che viene da lui accettata ed in qualche modo obbliga il medico (17). In entrambe le ipotesi, tuttavia - quando l'informazione manchi, ovvero sia, colposamente o dolosamente, errata o insufficiente - oltre al danno patrimoniale, la giurisprudenza ritiene risarcibile il danno biologico e morale sofferto dal paziente, sempre che, almeno in astratto, il fatto generatore di responsabilità possa rivestire la qualifica di reato (18).

Note:

(14) Sulla lesione del diritto del paziente ad una corretta ed esauriente informazione, con conseguente domanda di risarcimento per gravidanza non desiderata, si segnalano, come uniche pronunce edite, Cass. 24 marzo 1999, n. 2793, in questa Rivista, 1999, 767, con nota di Gorgoni, *Interruzione volontaria di gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, nonché in *Foro it.*, 1999, I, 1804, con osservazioni di Palmieri; 1° dicembre 1998, n. 12195, in questa Rivista, 1999, 5, 522, con commento di Filograna, *"Se avessi potuto scegliere..."*: la

diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione, ed in *Foro it.*, 1999, I, 77, con note di Dalfino (sugli aspetti processuali della decisione) e di Palmieri (sui profili sostanziali); Trib. Perugia 7 settembre 1998, *ibid.*, 1804, con osservazioni di Palmieri; Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1144, con nota di Gorgoni, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio*, nonché in questa Rivista, 1999, 82, con commento di Bona, *Filiazione indesiderata e risarcimento del "danno da bambino non voluto"*; Trib. Bergamo 2 novembre 1995, *id.*, 1996, 249, con commento di Palumbo, *Errore diagnostico e mancata interruzione della gravidanza*; Trib. Cagliari 23 febbraio 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1995, 599, con nota di Gorgoni, *Sul danno in caso di non riuscito intervento di interruzione della gravidanza: un'anarchica decisione di merito*; Trib. Roma 13 dicembre 1994, in *Dir. fam.*, 1995, 662, con note di Dogliotti, *"Diritto a non nascere" e responsabilità civile*, e di Conte, *Dovere d'informazione e danno biologico: uno strano connubio*; 8 luglio 1994, n. 6464, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 1029, con nota di Gorgoni, *Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva*, e in *Corr. giur.*, 1995, 91, con nota di Batà, *Responsabilità del medico, omissione di informazione e danno risarcibile per mancata interruzione della gravidanza*, (per i precedenti gradi di giudizio, v. Trib. Padova 9 agosto 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 1985, con nota di Zeno-Zencovich, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*, e App. Venezia 23 luglio 1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, 1321, con commento di Zanchetti, *Il "danno ingiusto" conseguente alla mancata interruzione della gravidanza per colpa dei sanitari*); App. Bologna 19 dicembre 1991, in *Dir. fam.*, 1993, 1081, con nota di Cei, *La tutela della salute e il padre del concepito*.

Ancora in tema di obblighi di informazione, v., tra gli altri, Citarella, *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*, nota a Cass. 8 aprile 1997, n. 3046, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 668; Costanza, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1435; Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 83; Quadri, *op. cit.*

(15) Sulla partecipazione del paziente alle scelte terapeutiche, tra gli altri, da ultimo, v. Gorgoni, *La "ragione" del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, nota a Trib. Milano 14 maggio 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1999; Palmieri, *Relazione medico-paziente fra consenso «globale» e responsabilità del professionista*, nota a Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771; e, a margine della stessa sentenza, Carbone, *Il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesia?*, in questa Rivista, 1997, 178; Fusaro, *Il consenso all'anestesia non si presume*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, 577; Martorana, *Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 1997, 383; Vaccà, *La formazione del consenso al trattamento medico*, in *Contratti*, 1997, 339. In particolare per l'irrillevanza del consenso prestato dai familiari del soggetto che deve essere sottoposto ad intervento, v. Trib. Milano 4 dicembre 1997, in questa Rivista, 1998, 1030, con nota di Caggia, *Autodeterminazione del paziente e irrilevanza del consenso prestato dai familiari*.

(16) Cfr. Cafaggi, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVII, Roma, 1997, 159; Cherubini, *Diritto alla salute*, *id.*, VI, Torino, 1990, 87.

(17) Così Gorgoni, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, *cit.*, 771.

(18) In tema di danno non patrimoniale, cfr., da ultimo, Iannarelli, *Il danno non patrimoniale: le fortune della "doppiezza"*, in questa Rivista, 1999, 601; Marini, *Una nuova lettura dottrinale del danno alla persona*, *ibid.*, 588; Id., *Emotional distress, nervous shock e prevedibilità del danno*, *ibid.*, 502; Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, *ibid.*, 5; Rossetti, *Danno alla persona e danno patrimoniale: "evitare speranze, evitare duplicazioni"*, *ibid.*, 929; Pedrazzi, *Resoconto del convegno di Trieste 13-14 novembre 1998*, *ibid.*, 348; Ponzanelli, *Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino*, *ibid.*, 360; Violante, *La valutazione equitativa del danno morale da fatto illecito*, *id.*, 1998, 352; Zivic, *Viaggio ai confini del danno psichico*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 179; Pellicchia, *"Lutto e malinconia": ovvero della controversa risarcibilità del danno psichico cagionato dalla morte di un congiunto*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 10; Comandè, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. impr.*, 1994, 891. Circa il recente schema di disegno di legge recante la "Nuova disciplina in tema di danno alla persona", v. i commenti, a margine del testo, di Busnelli e Bargagna, in questa Rivista, 1999, 727.

Conclusioni

Le soluzioni proposte, in dottrina e giurisprudenza, al fine di sciogliere i tanti nodi esistenti in tema di responsabilità del medico ospedaliero, disegnano un ramificato estuario che necessita di sistemazione. Lasciare che le parti e gli stessi giudici interpretino la fattispecie in modo (più o meno) arbitrario val quanto dimenticare le differenze ancora esistenti (sebbene oggi i rispettivi criteri di imputazione siano in crisi, in quanto sempre più evanescenti (19)) tra il regime di responsabilità contrattuale e quello di responsabilità extracontrattuale. Senza che, rispetto a tale questione, venga in soccorso l'arguta dottrina che, nell'economia di una riflessione incentrata sulla responsabilità delle imprese operanti nei c.d. servizi innovativi (è il caso della sanità privata, o pubblica a gestione privatizzata), rileva l'esistenza di un regime «uniforme e transtipico [...] che taglia orizzontalmente e supera i

comparti corrispondenti ai due classici tipi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale» (20).

Non resta, dunque, che augurarsi per l'immediato futuro, scelte più coerenti e consapevoli, che tengano conto della delicatezza degli argomenti e dell'importanza di tutti gli interessi coinvolti.

Note:

(19) Cfr. ancora, se consentito, Di Ciommo, cit.; nonché, tra gli altri, Rossello, *op. cit.*; Id., *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contratto e Impresa*, 1996, 642; Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Il significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993; Id., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 79; Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077.

(20) Così Roppo, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contratto e impresa*, 1993, 89.

G

GIURISPRUDENZA

Merito

1253

DANNO
E RESPONSABILITÀ
n. 12/1999

CD-ROM

IL CORRIERE GIURIDICO

RACCOLTA DELLE ANNATE

IPSOA, Banca dati su Cd-Rom con aggiornamento annuale

Prezzo struttura base: L. 400.000 + IVA (€ 206,58 + IVA)

Raccoglie tutti i numeri dell'omonima Rivista dal 1985 al 1995. Ogni numero è riprodotto integralmente, rispettando la tradizionale struttura in sei sezioni, ognuna delle quali individua e affronta tutte le problematiche della materia: «**Editoriale**», il punto di osservazione sui temi dell'attualità giuridica;

«**Legislazione**»: il panorama completo dei provvedimenti legislativi commentati;

«**Giurisprudenza**»: le sentenze più innovative emanate dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Cassazione e dalla Magistratura di merito, pubblicate per esteso e commentate. La sezione riporta inoltre la segnalazione sintetica di altre direttive, tra cui quelle del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia CEE;

«**Opinioni**»: i pareri, le osservazioni e gli approfondimenti dei protagonisti del mondo giuridico;

«**Documenti**»: gli strumenti della professione (disegni e proposte di legge, circolari, risoluzioni e delibere ministeriali).

La tecnologia del Cd-Rom, che si avvale di metodi di ricerca dati di immediata fruizione, in ambiente Windows, nonché

di una navigabilità ipertestuale, garantisce la possibilità di effettuare qualsiasi tipo di ricerca velocemente e con estrema facilità.

È possibile accedere ai documenti attraverso le voci dell'Indice Analitico, dell'Indice degli Autori e dell'Indice Cronologico dei provvedimenti.

Sono inoltre previste varie tipologie di ricerca, fra le quali: la **ricerca per estremi del provvedimento**, **ricerca per estremi della rivista** (anno, numero, pagina e sezione) e la **ricerca per parole testuali** (utilissima funzione che permette di reperire, in pochissimi secondi, tutti i documenti collegati alle parole oggetto della ricerca).

I documenti ricercati possono essere velocemente stampati, memorizzati o trasferiti automaticamente su word processor.

DISPONIBILE IN VERSIONE WINDOWS

Per informazioni rivolgersi all'Ufficio Vendite Dirette (Tel. 02/82476794 - fax 02/82476403) o all'Agente Ipsoa di zona o consultare <http://www.ipsoa.it>