

Numero: 1 del 2017  
Autore: **Emilia Giusti**  
**Avvocato in Firenze**

## **Medicina specialistica e nuova responsabilità**

**Sommario: 1. Premessa. 2. La responsabilità del prestatore d'opera: una norma da attualizzare. 3. Il lavoro in equipe: una possibile soluzione ai contenziosi o un contenzioso comune?**

### **1. Premessa.**

La specialità del medico oggi giorno è diventata un “un onere” ed “un onore”.

Un onere perché è gravato, vista l'alta formazione, a rendere quanto di migliore si possa aspettare il paziente per quella determinata malattia.

Un onore perché in realtà proprio l'essere specialista dovrebbe salvaguardarlo e distinguerlo nel suo ruolo e nelle sue competenze rispetto al lavoro degli altri.

Utilizzo il condizionale visto che invece sono molti e sempre più frequenti i casi in cui l'essere specializzato non comporta quell'onore che si dovrebbe aggiungere al medico.

Dalla legge Balduzzi<sup>1</sup> abbiamo assistito infatti a giudizi ove in più occasioni, il medico è stato condannato sia in caso di rispetto delle famose linee guida e delle buone pratiche sia in caso di omessa applicazione delle stesse, ricorrendo frequentemente nell'una ipotesi e nell'altra la motivazione che ci si trovava di fronte ad una situazione “*peculiare*”, legata a caratteristiche particolari del paziente.<sup>2</sup>

Il problema sta nel fatto che non è sempre facile per l'operatore riuscire a fare la “scelta giusta”<sup>3</sup> soprattutto quando la scelta non è fondata su certezza, cioè quando, in ambito ospedaliero, non è

---

<sup>1</sup> Legge Balduzzi, 8 novembre 2012 n. 189.

<sup>2</sup> G. Mattiello *Legge Balduzzi: quando il medico non risponde per colpa lieve?* In *Altalex* 07.01.2016 (*nota a sentenza*) Corte di Cassazione, sezione IV, 16.11.2015 n. 45527, cit. sentenza p.1 “Le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti”.

<sup>3</sup> M. Piccinino *La responsabilità penale medica alla luce della giurisprudenza più recente: il ruolo delle linee guida* in *Spia al Diritto* 06.2016, (*nota a sentenze*) Cass.Pen., Sez. IV, sentenza 14 giugno 2006 n. 24400 e Cass. Pen. Sez. IV, sent. 09 aprile 2013 n.263; Cass. Pen. Sez.IV, sentenza n. 38154 del 29 settembre 2009, CED Cassazione 2009; L. Cajazzo e M. Marzano *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi* in *Corriere Giur.*, 2013, 4, 479 (*nota a sentenza*) di Cass. pen. Sez. IV, 18 febbraio 2010 n.10454.

possibile avere piena conoscenza delle conseguenze sia nel caso in cui si segua per quella determinata prestazione le regole cautelari previste nelle linee guida sia che si decida di non seguirle facendo ricorso alle conoscenze mediche.<sup>4</sup>

Il punto di domanda da cui muove il mio contributo riguarda quali strumenti può utilizzare lo specialista per evitare di incorrere in contenziosi legati in molti casi a quella “peculiarità” che sembra svalutare l’importanza dell’essere un medico specialista.

La risposta non è facile, ma ci proviamo attraverso le parole della dottrina della giurisprudenza.

## **2. La responsabilità del prestatore d’opera: una norma da attualizzare.**

La norma a cui indirizzo il mio pensiero nel cercare di trovare un tassello è l’art. 2236<sup>5</sup> c.c. “*Responsabilità del prestatore d’opera*”.<sup>6</sup>

L’articolo 2236 c.c. infatti sembrerebbe introdurre una limitazione di responsabilità avanti ad una prestazione che impone soluzioni di “*problemi tecnici di speciale difficoltà*” in assenza di dolo o colpa grave da parte dell’operatore.

Secondo la Relazione al codice, questa disposizione voleva assolvere a due funzioni: da una parte cercare di non mortificare l’iniziativa del professionista, con il timore di ingiustificate rivalse da parte del cliente in caso di insuccesso e dall’altra di non indulgere verso non ponderate decisioni o inerzie del professionista stesso.<sup>7</sup>

Nonostante ciò, questa norma non è stata molto utilizzata in giurisprudenza, che, anzi, si è orientata in termini restrittivi, accogliendone una interpretazione per cui, sarebbe da considerare, il lavoro del

---

<sup>4</sup> Bartoli R. *La legge Balduzzi si applica se è cambiata la situazione di rischio* in Leggi d’Italia 2014, Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, come è stato ben scritto porta a valutare i rapporti tra colpa derivante dalla violazione di cautele scritte (linee guida) e colpa derivante dalla violazione di cautele non scritte.

<sup>5</sup> Il 2236 del c.c. trova applicazione in sede civile non solo in relazione alla responsabilità contrattuale ma anche extracontrattuale. A tal proposito Cass. Civ. Sez. III, 20.11.1998 n. 11743 nota di A. Batà ; A. Spirito *Responsabilità del medico* in Danno e Resp., 1999, 3, 344 e Cass. Sez. Unite 06.05.1971 n.1282 in *Foro it.*, 1971, I, 1476, in cui si afferma che in presenza di responsabilità extracontrattuale del medico si applica la limitazione di responsabilità al dolo e alla colpa grave di cui al 2236 c.c. se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

È sottolineato che la ratio, per cui il 2236 c.c. si applica sia in caso di responsabilità extracontrattuale che contrattuale, si rinviene nel fatto che la norma vuole non mortificare l’iniziativa del professionista, specialmente se medico, a prescindere dalla circostanza che lo faccia o non in esecuzione di un preesistente rapporto obbligatorio. S. Bagaggio *La responsabilità della struttura sanitaria* Giuffrè editore 2008 pag. 805; S. Agosti, M. Cucci, M. Rodolfi, A. Steffano *La responsabilità del ginecologo e ostetrico* Maggioli Editore 2011, 69 e seg.; Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano 1958, 79; M. Faccioli *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie a fronte dei problemi tecnici di speciale difficoltà cui si riferisce l’art.2236 c.c.* in Resp. Civ. 2005, 4.

<sup>6</sup> Articolo 2236 c.c. Responsabilità del prestatore d’opera “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave*”.

<sup>7</sup> Lega, *Le libere professioni intellettuali: nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, 845; Faccioli M. *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie a fronte dei problemi tecnici di speciale difficoltà cui si riferisce l’art. 2236 c.c.* in Responsabilità civile, 2005, 4.

medico, di particolare difficoltà solo quando sia richiesto un impegno professionale superiore a quello del professionista medio<sup>8</sup>.

La dottrina, per parte sua, invece ha elaborato più teorie per cercare di dare una definizione alla “speciale difficoltà” del 2236 c.c.

Una in particolare tra le tante che porta ad una riflessione guardando anche in termini evolutivi, è quella che lega la speciale difficoltà al caso in cui si riscontri una sintomatologia equivoca della malattia, che può determinare errori diagnostici, e, quindi, di terapia.<sup>9</sup>

L’equivocità, intesa come incertezza circa l’eziologia della sintomatologia, potrebbe, quindi, essere la soluzione per meglio interpretare il concetto di “speciale difficoltà” di cui all’art.2236 del c.c., facendovi rientrare nello stesso anche l’ipotesi della “peculiarità”.

Adottando tale interpretazione si potrebbe quindi affermare che il 2236 del c.c., in realtà non sia rimasto fermo all’interno delle mura del codice ma anzi indirettamente forse ne è stato fatto un forte utilizzo da parte sia della giurisprudenza prima, sia del nostro legislatore oggi che proprio all’art. 6 recante “*Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria*”<sup>10</sup> ritorna a parlare di “*specificità del caso concreto*” che, a parere di chi scrive, è da leggere ed interpretare non solo ed esclusivamente in relazione alla peculiarità del caso, né solo ed esclusivamente in relazione alla difficoltà del caso, ma in relazione altresì al concetto di equivocità.

Un caso peculiare, cioè un caso che riguardi aspetti particolari legati ad una determinata persona può essere un caso difficile perché equivoco per il sanitario. La peculiarità non deve essere utilizzata come strumento per giudicare il comportamento del medico, ma deve essere la strada per proteggere quel medico specialista dal difficile compito di anteporre una scelta avanti a più scelte.

Un modo per limitare la responsabilità del sanitario così come previsto dal 2236 del c.c.

È vero, il medico è garante del paziente sia quando agisce da solo sia quando agisce in *equipe* ed è tenuto ad eseguire con il massimo dello scrupolo le funzioni proprie della rispettiva specializzazione, ma è anche vero che tale suo dovere si ferma lì dove il suo sapere non è più

---

<sup>8</sup> Cass., 18.06.1975, n.2439 in Foro it., 1976, I, 745 e Cass.10.05.2000 n.5945 in Diritto e Giustizia, 2000, f.19.

<sup>9</sup> M. Faccioli, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie a fronte dei problemi tecnici di speciale difficoltà cui si riferisce l’art. 2236 c.c.* in Responsabilità civile, 2005, 4.; M. Bilancetti “*La responsabilità civile e penale del medico*”, Padova, 2001, 862.

<sup>10</sup> Ddl Gelli “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*” “Dopo l’articolo 590-bis del codice penale è inserito il seguente: art- 590-ter. –(Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – *L’esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*”.

sufficiente, non potendo esigere dallo specialista che sconfini quando il caso è del tutto particolare, completamente fuori dall'ambito delle conoscenze esigibili per la sua specializzazione<sup>11</sup>.

Il medico svolge una funzione importante in base alla propria capacità di diagnostica. Tale funzione sta piano piano sfuggendo dalle mani dell'operatore. Massimo Franzoni in un suo recente lavoro<sup>12</sup> ha affermato quanto ormai “*la perizia in ambito medico ha finito per costruire la regola comune di responsabilità che porta a giudicare il merito della scelta dell'intervento del professionista, con caratteri più penetranti di quanto non avvenga in altre professioni, ed a prescindere dal titolo di responsabilità*”.

Da ciò quindi se ne deduce che il giudizio sulla scelta operata del medico sia da reinterpretare e rivalutare alla luce soprattutto di quanto dispone il 2236 del c.c., quindi cercando di non sottovalutare il concetto di speciale difficoltà all'interno del quale vi rientra anche quella situazione equivoca data dalla peculiarità del caso. Oltre il dato codicistico, si può impiegare un altro strumento già noto e poco ambito: il protocollo ospedaliero.

Il protocollo ospedaliero è lo strumento principe per l'ospedale, per i medici e per i pazienti soprattutto adesso che è cambiata la natura della responsabilità del sanitario.

È un documento dove viene formalizza la sequenza delle azioni che debbono essere fatte per conseguire l'obiettivo dato, uno schema di comportamento predefinito nell'attività clinico diagnostica, la sua funzione risulta essere quella di descrivere una rigida sequenza di comportamenti. Schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico atti a descrivere le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica.

Non a caso, attenta dottrina ha fatto riferimento , al riguardo, al concetto di *colpa protocollare* o *procedurale*, legato sempre più alla invalsa tendenza alla procedimentalizzazione della prevenzione dell'esito avverso che, da una parte ha infatti il pregio di consentire una limitazione predeterminata di rischi qualificati e sperimentati nell'ambito di un'affidabile cornice nomologica e esperienziale, dall'altra sconta però il pericolo di facili automatismi improntati alla logica del *versari in re illicita*.<sup>13</sup>

I protocolli clinici hanno la funzione di costituire il naturale sviluppo delle linee guida contribuendo al meglio definire il grado di determinatezza delle indicazioni terapeutiche fornite. Recepiscono

---

<sup>11</sup> Garofoli R. *Manuale di diritto penale, parte generale e speciale*, nel Diritto editore 2015, 262.

<sup>12</sup> Franzoni M. *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità* in *Contratto e Impr.*, 2015, 3, 587 cit. 592

<sup>13</sup> D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit, 305 ss; nello specifico settore medico L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit. 977 ss.

l'evidenza scientifica idonea per quella determinata disciplina in modo che l'operatore sanitario possa attendervi.

Che natura hanno i protocolli ospedalieri o meglio che natura dovrebbero avere i protocolli ospedalieri non è un quesito al quale sia facile rispondere, nonostante gli stessi siano seguiti dagli operatori.

Potrebbero offrire maggior garanzie se previste a livello delle fonti.

La soluzione, al fine di poterne opporre l'efficacia, potrebbe presentarsi come segue:

associare al protocollo ospedaliero la natura di "legge provvedimento"<sup>14</sup>, una particolare figura nel diritto amministrativo, un atto formalmente legislativo che però tiene luogo ad un provvedimento amministrativo, in quanto provvedono concretamente su casi e rapporti specifici.<sup>15</sup>

Così facendo il medico avrebbe da una parte una regola di comportamento con un determinato valore, predefinita ed aggiornata dall'ente ospedaliero, dall'altra il suo potere di diagnosi che conserverebbe spazio attraverso l'ausilio del consenso informato<sup>16</sup> ( nel caso in cui la diagnosi si discosti in parte o totalmente dal protocollo) e dell'art.2236 del c.c. .

### **3. Il lavoro in equipe: una possibile soluzione ai contenziosi o un contenzioso comune?**

Abbiamo trattato sopra dell'art.2236 del c.c. e del suo utilizzo al fine di poter meglio delimitare la responsabilità del medico specialista anche e soprattutto in relazione a tutti quei casi peculiari tanto trattati nelle sentenze.

Vediamo adesso un altro aspetto della nostra indagine: l'attività medica di equipe.

Contraddistinta, infatti, dalla partecipazione e dalla collaborazione di più medici e sanitari che, all'interno della stessa equipe interagiscono e collaborano per raggiungere il fine comune, detta forma di attività ha mutuato nel tempo problemi in relazione all'individuazione del corretto grado di diligenza che ciascun compartecipe è tenuto ad osservare.

---

<sup>14</sup>Cons. Stato Sez. IV, 03-05-2016, n. 1718 in Massima redazionale, 2016, Leggi d'Italia, p.1, è spiegato che sono leggi provvedimento tutte quelle che: contengono disposizioni dirette a destinatari determinati, incidono su un numero determinato e limitato di destinatari, hanno contenuto particolare e concreto anche in quanto ispirate da particolari esigenze, comportano l'attrazione alla sfera legislativa della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa; G. Sobrino *Leggi-provvedimento delle Regioni e competenze legislative dello Stato: la Corte costituzionale fissa i "paletti" (ulteriori) all'esercizio dell'autonomia regionale* *Giur. It.*, 2013, 4 (nota a sentenza) *Corte cost.*, 09 febbraio 2012, n. 20; R. Dickmann *La legge in luogo del provvedimento* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 917 ss.; C. Mortati *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968; S. Spuntarelli *L'amministrazione per legge* Giuffrè editore 2007, p.7 e seguenti.

<sup>15</sup> Garofoli R. *Manuale di diritto amministrativo* in nel Diritto editore 2015, 450.

<sup>16</sup> M. Franzoni *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente* in *Resp. Civ.*, 2012, 2; G. Facci *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una trappola per il sanitario?* In *Resp. Civ.*, 2006, 6.

Il dubbio è soprattutto nella valutazione di tale meccanismo giuridico e quindi nel capire se lo stesso sia da considerare, per il mondo medico, un modo per complicare situazioni facili o davvero una soluzione per aggregare le diverse forze e quindi delimitare i contenziosi legali.

Si è posto, nel corso degli anni il quesito sul “quantum di garanzia” debba essere obbligato a fornire ogni operatore e se debba considerarsi comunque responsabile della condotta colposa non direttamente posta in essere da lui, non contando quindi sull’applicazione del c.d. principio di affidamento che vige in questo determinato contesto.<sup>17</sup> Stabilire, infatti, se sussiste o meno un obbligo di controllo e di sorveglianza dell’operato altrui può dipendere, da un lato, dalla posizione eventualmente gerarchica occupata nell’equipe ( il capo equipe è garante della salute del paziente e quindi della buona riuscita del lavoro dell’equipe) dall’altro dall’esistenza di ragioni oggettive o soggettive che possono portare a dubitare del fatto che il terzo possa aver tenuto un comportamento non diligente.<sup>18</sup>

La responsabilità d’equipe è stata infatti, negli anni definita dalla dottrina <sup>19</sup> come una responsabilità per errore altrui, difficilmente classificabile come responsabilità oggettiva tantomeno soggettiva. I casi di responsabilità civile oggettiva sono tutti disciplinati nel nostro codice civile mentre è del tutto contestabile, nonostante alcune ipotesi come la preterintenzione, l’esistenza di tale forma nel diritto penale che si basa sulla dicitura che la responsabilità penale è personale.

È stata menzionata, quindi, come responsabilità solidale.<sup>20</sup>

Nel 2011<sup>21</sup> la Cassazione ha aperto le porte anche all’errore derivato dalle “scelte di fondo rilevanti ai fini dell’intervento”, nel caso in cui la colpa attenga all’inosservanza di obblighi “comuni” o “indivisi”. Come scrivono <sup>22</sup> i giudici e la dottrina sono scelte di fondo rilevanti ai fini dell’intervento tutte quelle che non possono non essere state condivise da tutti i sanitari che operano. Ne consegue che nel caso in cui le scelte siano erranee e colpevoli, tutti allo stesso modo ne rispondono.

---

<sup>17</sup> Fiandaca G., Musco E. *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli editore 2014 “il principio di affidamento prevede che ogni consociato possa confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell’attività che di volta in volta viene in questione. “cit. pag. 558

<sup>18</sup> Marinucci-Marrubini, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in Temi, 1968, 221; Belfiore, *Sulla responsabilità colposa nell’ambito dell’attività medico-chirurgica in équipe*, in Foro it., 1983, II, 167.

<sup>19</sup> R. Bartoli *La responsabilità per l’errore altrui richiede la verifica del ruolo effettivo svolto da ciascun medico* in Leggi d’Italia 2015

<sup>20</sup> La solidarietà trova spazio nel nostro codice civile all’art. 2055 in cui è affermato che “se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono **obbligate in solido** al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha **regresso** contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall’entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si **presumono** uguali.”

<sup>21</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 dicembre 2011, n. 46961 con nota di G. Amato *Equipe chirurgica, delle scelte di fondo rispondono tutti* in News - Responsabilità penale sanitaria 13.01.2012

<sup>22</sup> G. Amato *Equipe chirurgica, delle scelte di fondo rispondono tutti* in News - Responsabilità penale sanitaria 13.01.2012

Ultimamente però la stessa Corte è ritornata su questa forma di responsabilità ed in una recente sentenza n.18780 del 2016, affrontando un caso di attività di equipe multidisciplinare, ha scelto di rivalutarne l'inscindibilità.

La Corte ha infatti imposto che le condotte degli imputati siano analizzate in primis separatamente, in riferimento ai profili di colpa a ciascuno contestati e secondo l'apporto causale del comportamento del singolo rispetto all'evento lesivo.

Ha specificato che non è corretta in diritto la generica affermazione dei giudici di merito<sup>23</sup> secondo la quale nel lavoro di equipe ogni operatore risponde dell'operato comune dovuto alla condotta altrui,<sup>24</sup> ma è necessario verificare se, e a quali condizioni, ciascun imputato, oltre ad essere tenuto per la propria parte al rispetto delle regole di cautela esistenti con riferimento alle sue mansioni, debba essere tenuto anche a farsi carico delle mancanze dell'altro componente dell'equipe o possa viceversa fare affidamento sulla corretta esecuzione dei compiti altrui.

Principio questo confermato anche in un'altra pronuncia<sup>25</sup>, sempre in relazione ad un caso di attività di equipe medica, in cui oltre a ricostruire gli obblighi di garanzia del direttore del reparto ospedaliero nei confronti del personale infermieristico, è stato stabilito come ormai anche la posizione dell'infermiere debba considerarsi (almeno nel caso di specie) posizione di garanzia del tutto autonoma rispetto a quella del medico, ravvisandone il fondamento nell'autonoma professionalità dell'infermiere che oggi è da considerarsi non più "ausiliario del medico", ma "professionista sanitario".

Il problema allora è proprio questo. Capire soprattutto adesso che la Cassazione ha accolto l'idea di una responsabilità "individuale d'equipe" quale indirizzo accogliere, se continuare a considerare la responsabilità d'equipe come una responsabilità di tutti (una responsabilità solidale) o se invece

<sup>23</sup> Una fra le tante sentenze che accolgono questo indirizzo è Cass. pen. Sez. IV, Sent., (ud. 11/10/2012) 15-11-2012, n. 44830 in *Danno e Resp.*, 2013, 1, 85 in cui è ribadita la responsabilità sia dei chirurghi che dell'anestesista sulla base di una ingiustificata trascuratezza nella gestione del caso. Analoga soluzione è stata raggiunta da: App. Bari, 26 gennaio 1981, Lilli, in *Foro it.*, 1983, II, 167, con nota di Belfiore, Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in "équipe" in *Foro It.*, 1983, II, 168. e Cass., Sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 231538, *Riv. Pen.*, 2006, 6, 764.

<sup>24</sup> Sempre nella sentenza la Corte di Cassazione richiama una sentenza (Cass. Pen. Sez. 4, 9.4.2009, n.19755, CED Cassazione, 2009) in cui aveva già affermato il principio di cui sopra stabilendo che la responsabilità penale di ciascun componente di una equipe medica per un evento lesivo occorso al paziente sottoposto ad intervento chirurgico non può essere affermata sulla base dell'accertamento di un errore diagnostico genericamente attribuito alla equipe nel suo complesso, ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri.

Ancora, da richiamare un'altra pronuncia in cui si afferma che nei casi in cui alla cura del paziente concorrono, con interventi non necessariamente omologabili più sanitari, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta e al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare una responsabilità di gruppo in base ad un ragionamento aprioristico (Cass. Pen. sez. 4, 8.7.2014, n. 7346, CED Cassazione, 2015)

<sup>25</sup> Cass. pen. Sez. IV, 03 dicembre 2015, n. 2541, Lucia Risicato *Responsabilità del personale medico e paramedico-omesso controllo sul mal governo di macchinari capricciosi: non c'è responsabilità penale del dirigente medico* *Giur. It.*, 2016, 6, 1490.

accogliere questa nuova impostazione che preferisce non responsabilizzare inscindibilmente il gruppo.

Accogliere l'una o l'altra posizione ha, ovviamente, delle conseguenze, oltre che in punto di responsabilità anche in termini assicurativi.

A tal proposito è da richiamare quanto manifestato dall'Aicpe<sup>26</sup> che ricordando, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza la responsabilità solidale, e cioè estesa a tutti i soggetti coinvolti nell'intervento chirurgico, come l'unica soluzione idonea a garantire il risarcimento per il paziente ha sottolineato quanto ciò implichi che l'errore del singolo si riverberi su tutti gli operatori che partecipano all'intervento<sup>27</sup> oltre che sulla struttura, con effetti negativi anche assicurativi. Tale meccanismo può portare, sempre secondo l'associazione, alla realizzazione del principio di solidarietà per cui anche chi non avesse commesso il fatto è obbligato a pagare quando verificatosi. Il problema, quindi, è dato successivamente dalle assicurazioni che garantendo solo la quota di responsabilità dell'assicurato,<sup>28</sup> escludono allo stesso assicurato la copertura di ogni responsabilità derivate in via solidale.

Accogliendo questo indirizzo che fa base su una responsabilità solidale dell'equipe difficilmente tale meccanismo può e potrebbe considerarsi appropriato alle esigenze di oggi.

Da una parte abbiamo un obbligo di assicurazione per i medici che operano fuori e dentro l'ospedale, dall'altro un contratto di assicurazione che nonostante sottoscritto risulta spesso, nel piano pratico, inadeguato rispetto alle esigenze di copertura del professionista.

Del resto, il principale problema, quando si tratta di assicurazioni per la struttura sanitaria e per il medico è proprio il contenuto delle stesse e delle clausole ivi previste.

È ritenuto infatti che *“...Nel settore assicurativo, la negoziazione delle singole clausole è un evento assai raro, perlopiù limitato alle ipotesi di contratti stipulati da imprese per la copertura dei grandi*

---

<sup>26</sup> l'Associazione di Chirurgia Plastica Estetica

<sup>27</sup> Aicpe, chirurgia plastica: «no alla responsabilità solidale, altrimenti si rischia che nessuno paghi per i danni ai pazienti» pubblicato il 30/10/2015 02:00:00 sezione "Comunicati Stampa" in [www.Aicpe.org](http://www.Aicpe.org)

<sup>28</sup> Avv. Giorgio Grasso, PhD of counsel studio legale Simmons & Simmons *I rischi derivanti dalla responsabilità solidale, Le Rc a tutela di costruttori o professionisti coprono la quota individuale di risarcimento, ma la norma obbliga al versamento dell'intero ammontare e a successiva rivalsa* in Insurance Daily lunedì 24 ottobre 2016 n.1010 pag.1.

Ha illustrato come con il d.Lgs. 112/05, il Legislatore abbia rafforzato la tutela patrimoniale per coloro che decidano di acquistare un bene immobile, disponendo all'art.4 un obbligo assicurativo per il costruttore a contrarre e a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà una polizza assicurativa indennitaria decennale. La disciplina però, integrata dalla circolare del Consiglio nazionale degli Ingegneri (n. 804/2016), va letta, sempre secondo l'autore in coordinamento con gli art. 2055 e 1292 che dispongono in materia di risarcimento del danno che avanti a più coreponsabili, il danneggiato possa rivolgere le sue pretese anche ad un soggetto solo di loro che poi avrà diritto di regresso per quanto dato. Il problema anche in questo caso è dato dal fatto che le polizze assicurative prevedono una copertura limitata alla sola quota individuale non prendendo in considerazione la responsabilità solidale.

*rischi industriali, e ciò spiega come da più parti si sia individuato in tale settore il terreno di elezione delle condizioni generali uniformi ma anche il terreno di coltura delle clausole abusive*<sup>29</sup>.

È possibile quindi immaginare ed affermare che la suddetta clausola di esclusione della responsabilità solidale comportando un aggravio del tutto evidente per il professionista che sottoscrive il contratto sia da rivedere. È infatti da riconsiderare non in base a quanto previsto dall'art. 1341 del c.c. essendo il contratto assicurativo ormai già sottoscritto dalle parti con specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie e nemmeno richiamando i diritti del consumatore di cui al Codice del Consumo<sup>30</sup> che in questo caso non possono essere esercitati in quanto il soggetto assicurato è un professionista che vuole assicurare il suo stesso lavoro occorre, forse, piuttosto richiamare quanto predisposto dal codice delle assicurazioni private in punto di informativa precontrattuale e consulenza<sup>31</sup>. All'art. 120 "informazione precontrattuale e regole di comportamento" comma 3 è scritto infatti che l'intermediario assicurativo, in base alle informazioni fornite dal contraente debba proporre un prodotto adeguato alle sue esigenze<sup>32</sup> mentre agli articoli 182<sup>33</sup> "pubblicità dei prodotti assicurativi" e 183<sup>34</sup> "Regole di comportamento" è specificato che è

---

<sup>29</sup> M. Gazzara "Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente" in Responsabilità civile e Previdenza n.2 del 2011 pag. 461 e ss. cit.

<sup>30</sup> Codice del Consumo, D.Lgs. n. 206/2005. L'art. 3 del Codice del Consumo limita l'applicazione delle norme di tutela del consumatore alle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale o professionale eventualmente svolta.

<sup>31</sup> Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private come modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74, recante attuazione della direttiva 2009/138/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione

<sup>32</sup> Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private art. 120 informazione precontrattuale e regole di comportamento comma 3. *In ogni caso, prima della conclusione del contratto, l'intermediario assicurativo di cui al comma 1, anche in base alle informazioni fornite al contraente, propone o consiglia un prodotto adeguato alle sue esigenze, previamente illustrando le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l'impresa di assicurazione.* "

<sup>33</sup> Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private, art. 182 Pubblicità dei prodotti assicurativi "1. La pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell'informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono. 2. I medesimi principi sono rispettati anche quando la pubblicità sia autonomamente effettuata dagli intermediari. 3. L'ISVAP può richiedere, in via non sistematica, la trasmissione del materiale pubblicitario, nelle sue diverse forme, che è utilizzato dalle imprese e dagli intermediari. 4. L'ISVAP sospende in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, la diffusione della pubblicità in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza. 5. L'ISVAP vieta la diffusione della pubblicità in caso di accertata violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza. 6. L'ISVAP vieta la commercializzazione dei prodotti in caso di mancata ottemperanza ai provvedimenti di cui ai commi 4 e 5 secondo quanto previsto all'articolo 184, comma 2. 7. L'ISVAP, con regolamento, stabilisce i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza dell'informazione."

<sup>34</sup> <sup>34</sup> Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 codice delle assicurazioni private, art. 183, Regole di comportamento "1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d)

richiesta correttezza nell'informazione data dalle compagnie assicuratrici in ordine ai propri prodotti e che nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati.

In tale ipotesi, quindi, alla luce degli articoli sopra esaminati si porrebbe un problema di adeguatezza della clausola contrattuale che limitando la copertura assicurativa non fornisce al professionista un prodotto idoneo ai rischi del mestiere. Potrebbe essere impugnata detta clausola, pur conservando il contratto assicurativo, per nullità per contrarietà a regole imperative ex art. 1418<sup>35</sup> c.c. quali sono le regole di condotta nella distribuzione dei prodotti assicurativi.

Può emergere un problema di c.d. giustizia contrattuale. L'introduzione, infatti, di un sistema di assicurazione obbligatoria per i rischi professionali e il conseguente venir meno della libertà del professionista di stipulare la relativa polizza cambiano il mercato di riferimento e, al contempo, fanno emergere l'esigenza di impedire innanzitutto che le assicurazioni "abusino" del potere contrattuale che si ritrovano ad esercitare.<sup>36</sup>

Viceversa se si accoglie la nuova impostazione (una responsabilità individuale di equipe), detta clausola non rilevarebbe venendo meno in radice il problema.

---

*realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati. 2. L'ISVAP adotta, con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli.*

*3. L'ISVAP tiene conto, nel regolamento, delle differenti esigenze di protezione dei contraenti e degli assicurati, nonché della natura dei rischi e delle obbligazioni assunte dall'impresa, individua le categorie di soggetti che non necessitano in tutto o in parte della protezione riservata alla clientela non qualificata e determina modalità, limiti e condizioni di applicazione delle medesime disposizioni nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione dei rami danni, tenendo in considerazione le particolari caratteristiche delle varie tipologie di rischio."*

<sup>35</sup> Capo XI Della nullità del contratto, art. 1418 c.c., *Cause di nullità del contratto*. 1. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative [c.c. 1352, 1422, 1462, 2331, 2332], salvo che la legge disponga diversamente [c.c. 1876]. 2. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa [c.c. 1343, 1344], l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346. 3. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge [c.c. 162, 458, 771, 778-781, 785, 786, 788, 794, 1338, 1341, 1349, 1350] [c.c. 1354, 1355, 1471, n. 2, 1472, 1894, 1895, 1904, 1963, 1972].

<sup>36</sup> Salvatore Bosa *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative* Nuove Leggi Civ. Comm., 2015, 2, 256; D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale* in D'Amico e Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, spec. p. 58 ss.; F. Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in Riv. dir. civ., 2007, 5, p. 681.