

Avv. Giulietta Redi

Laureata presso l'Università di Torino nel 1987, è iscritta all'albo degli Avvocati di Torino dal 1991 ed all'albo degli Avvocati cassazionisti dal 2003.

Si occupa, presso lo "Studio legale associato Casavecchia - Santilli, di problemi di diritto amministrativo e di diritto civile dei professionisti.

Da anni si occupa di questioni legali di pertinenza sanitaria.

ABUSIVISMO, CODICE CIVILE E NULLITÀ DEL CONTRATTO

La prestazione professionale.

Ai sensi dell'art. 2232 c.c.: *“Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia avvalersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti ed ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione”*.

Si tratta di norma applicabile all'esecuzione di prestazione d'opera intellettuale quale è quella resa dall'odontoiatra: quest'ultimo, pertanto, deve svolgere la propria prestazione personalmente oppure avvalendosi di ausiliari (e cioè di soggetti che cooperino con il prestatore d'opera) o di sostituti (e cioè di soggetti che svolgano un ruolo vicario compiendo l'attività necessaria al posto del prestatore d'opera che ha stipulato il contratto). Per quanto riguarda i rapporti dell'ausiliario o del sostituto con il creditore, la legge prevede l'applicabilità dell'art. 2232 c.c. tanto all'ipotesi in cui il prestatore d'opera si avvalga dell'ausiliario, quanto a quella in cui si avvalga di un sostituto.

Se l'odontoiatra si avvale di ausiliari o sostituti è necessario che spieghi al paziente chi eseguirà le cure e con quale qualifica per acquisirne il consenso.

Può essere utile rilevare che la facoltà per l'odontoiatra di servirsi di collaboratori o di ausiliari non comporta che questi diventino parti del rapporto di clientela, perché la loro attività viene assorbita da quella dell'odontoiatra che ha concluso il contratto col paziente: gli eventuali errori compiuti dai collaboratori, pertanto, sono risarciti al paziente dall'odontoiatra (Cass. civile sez. II, 10 novembre 1998, n. 11284).

Nei rapporti interni, invece, l'odontoiatra può agire in via di rivalsa nei confronti

dell'ausiliario (o del sostituto), ma deve preliminarmente dimostrare di aver impartito delle direttive specifiche che non sono state rispettate nell'esecuzione della prestazione: in mancanza di questa prova la domanda di regresso deve essere respinta (T. Varese 5-11-2001). Trova applicazione, cioè, lo stesso principio che, nel rapporto interno, regola la responsabilità di una *equipe*: chi agisce per il risarcimento dei danni dovrà provare sia la condotta del singolo componente ed il correlativo danno conseguente, sia le singole colpe sulla base di criteri riguardanti: (1) la ripartizione dei ruoli in concreto programmata tra i membri del gruppo e (2) il coordinamento tra le singole attività.

Diverso è, invece, il caso in cui il professionista chieda ad altro professionista di sostituirlo per compiere una specifica attività in cui è specialista: dell'eventuale danno, risponderà (ma tutto dipende dal caso specifico) lo specialista che ha eseguito l'attività richiesta. Può essere utile precisare che non è mai conveniente, per un odontoiatra, proseguire una cura senza aver ristudiato il caso: in difetto, dell'errore compiuto dal primo operatore risponderà anche il secondo che continui la terapia errata, senza che valga come esimente il fatto che la terapia sia stata proposta da altro odontoiatra.

Oltre che di altri odontoiatri (abilitati ed iscritti all'apposito albo) chiamati ad eseguire attività propriamente medica, per eseguire la prestazione a regola d'arte, l'odontoiatra può avvalersi di odontotecnici e di operatori sanitari quali igienisti dentali.

Ai sensi dell'art. 11 del r.d. 31 maggio 1928 n. 1334, *“gli odontotecnici sono autorizzati unicamente a costruire apparecchi di protesi dentaria su modelli tratti dalle impronte loro fornite dai medici chirurghi e dagli abilitati a norma di legge all'esercizio della odontoiatria e protesi dentaria, con le indicazioni del tipo di protesi. È in ogni caso vietato agli odontotecnici di esercitare, anche alla presenza ed in concorso del medico o dell'abilitato all'odontoiatria, alcuna manovra, cruenta o incruenta, nella bocca del paziente, sana o ammalata.”*

L'igienista dentale, la cui figura è stata individuata con decreto 15-3-1999 n. 137, è un operatore sanitario che svolge compiti relativi alla prevenzione delle affezioni

orodentali su indicazione degli odontoiatri e dei medici chirurghi legittimati all'esercizio dell'odontoiatria. Le mansioni che può svolgere l'igienista dentale sono elencate nell'art. 1 decreto 137/1999¹ che, come precisato anche dalla giurisprudenza (Cass. penale sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 4294), consente all'igienista dentale di compiere, su indicazione dell'odontoiatra, *“manovre strumentali sui denti del paziente”*.

Per quanto attiene all'oggetto del contratto che il professionista può concludere con odontotecnici ed igienisti dentali è necessario rispettare i limiti delle loro competenze professionali indicati dalla legge essendo altrimenti configurabile l'esercizio abusivo di una professione.

Ciò accade, sinteticamente, quando:

- chi non abilitato o, anche se abilitato, non iscritto nell'apposito albo professionale compie atti tipici di quella professione²
- il soggetto abilitato ed iscritto ad apposito albo, consente a chiunque altro, sia esso dipendente o collaboratore non iscritto, di svolgere atti tipici della sua professione³.

Con riferimento alla professione dell'igienista dentale, è stato affermato che l'abilitazione di cui all'art. 2 del D. M. n.137/1999 è *“una "speciale abilitazione" senza la quale la relativa attività integra il reato di cui all'art. 348 c.p. [esercizio*

¹ *É individuata la figura professionale dell'igienista dentale con il seguente profilo: l'igienista dentale è l'operatore sanitario che, in possesso del diploma universitario abilitante, svolge compiti relativi alla prevenzione delle affezioni orodentali su indicazione degli odontoiatri e dei medici chirurghi legittimati all'esercizio della odontoiatria.*

2. *L'igienista dentale:*

a) *svolge attività di educazione sanitaria dentale e partecipa a progetti di prevenzione primaria, nell'ambito del sistema sanitario pubblico;*

b) *collabora alla compilazione della cartella clinica odontostomatologica e provvede alla raccolta dei dati tecnico-statistici;*

c) *provvede all'ablazione del tartaro e alla levigatura delle radici nonchè all'applicazione topica dei vari mezzi profilattici;*

d) *provvede all'istruzione sulle varie metodiche di igiene orale e sull'uso dei mezzi diagnostici idonei ad evidenziare placca batterica e patina dentale motivando l'esigenza dei controlli clinici periodici;*

e) *indica le norme di una alimentazione razionale ai fini della tutela della salute dentale*

² *“L'esercizio della professione di odontoiatra è abusivo non solo quando l'agente sia sfornito del titolo di abilitazione, ma anche allorché manchi l'iscrizione all'albo professionale che, pertanto, costituisce "condicio sine qua non" della legittimità dell'esercizio professionale, ai sensi dell'art. 4 l. 24 luglio 1985, n. 409”*. Cassazione penale, sez. VI, 05 marzo 2001, n. 16230

³ Cass. Pen., sez. VI, n. 4294/2009; vedi anche : *“Odontoiatria Legale. Professione Odontoiatra. Esercizio abusivo della professione”*; fonte: F. Montagna, D. De Leo, P.O. Carli: *“La responsabilità nella professione odontoiatrica”* Promoass ed. – 1998, 108; on line: <http://www.odontolex.it/professione-odontoiatra/198-esercizio-abusivo-della-professione.html>

abusivo di professione], *non richiedendosi da detta norma, [...] che la condotta punibile venga in questione solo in relazione a quelle professioni per il cui esercizio sono richiesti il superamento di un esame di Stato (in questo caso surrogato, per dettato normativo, dal superamento della prova finale universitaria) e l'iscrizione ad un albo*” (Cass. penale sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 4294).

È configurabile esercizio abusivo della professione di igienista dentale, pertanto, nell'ipotesi in cui l'attività di ablazione del tartaro e lucidatura delle arcate dentarie, di esclusiva competenza dell'odontoiatra o dell'igienista dentale, è svolta da un soggetto privo della speciale abilitazione richiesta, come per esempio l'assistente di poltrona (Cass. penale sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 4294).

Per quanto riguarda l'odontotecnico, invece, è configurabile esercizio abusivo della professione quando:

- abbia rapporti diretti con il paziente, *“anche alla presenza ed in concorso del medico”* (Cass. penale sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 4294)
- installi una protesi dentaria (limando monconi, fissando viti ai perni);
- svolga l'attività di ablazione del tartaro e lucidatura delle arcate dentarie, attività che compete tanto all'odontoiatra, quanto all'igienista dentale⁴;
- rilevi impronte e ispezioni il cavo orale (esame del "ponte" di un paziente, visita con esame della bocca) *“trattandosi di attività implicante, come tale, lo svolgimento delle manovre nella bocca del paziente che costituiscono il "proprium" dell'attività riservata all'esercente la professione medica”* (tra le tante: Cass. Pen. sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 4294; Cass. Pen. sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 4294; Cass. pen. sez. IV, 08 maggio 2007, n. 27741; Cass. Pen., Sez. VI, 10.06.2004, n. 37120).

La progettazione e l'installazione di una protesi è, quindi, attività riservata all'odontoiatra in quanto assume rilievo assorbente l'attività a questi riservata di diagnosi della situazione del paziente, di scelta della terapia idonea, di successiva applicazione della protesi, di controllo sulla stessa. (Cass. 23-7-02 n. 10741). L'odontoiatra, quindi, conclude con l'odontotecnico un contratto di prestazione

⁴

Cass. Pen., sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 4294

d'opera regolato dagli artt. 2222 e ss. c.c che inizia con l'invio delle impronte al laboratorio e la richiesta di realizzare la protesi. Se la protesi non viene eseguita correttamente, l'odontoiatra può chiedere a sua scelta il corretto adempimento (di rifare la protesi) oppure la risoluzione del contratto (di non fare più la protesi). Se la protesi presenta dei vizi evidenti sin dal momento della consegna, l'odontoiatra li deve denunciare subito perché diversamente l'odontotecnico si intende liberato dalla sua obbligazione. L'art. 2226 c.c. recita infatti: *“L'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore d'opera dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili, purchè in questo caso non siano stati dolosamente occultati”*. Se i vizi non sono evidenti, *“il committente deve, a pena di decadenza, denunciare le difformità e i vizi occulti al prestatore d'opera entro otto giorni dalla scoperta. L'azione si prescrive entro un anno dalla consegna”*.

L'esercizio abusivo di una professione (nello specifico dell'odontoiatra, dell'igienista e dell'odontotecnico⁵) non è privo di conseguenze in sede civile, penale e deontologica.

L'esercizio abusivo di una professione lede, innanzitutto, l'interesse generale all'esercizio della professione da parte degli iscritti all'albo⁶ e, indirettamente, la libertà di autodeterminazione del privato che senza colpa si è avvalso delle prestazioni del soggetto che ha abusivamente esercitato la professione. Infatti, chiunque ha diritto di compiere, in modo libero e consapevole, le scelte che riguardano la propria persona. Ciò non si verifica allorchè il paziente presta il suo assenso a sottoporsi all'atto medico posto in essere da un soggetto che il paziente, senza colpa, ignora essere privo dell'abilitazione e/o non iscritto nell'apposito albo⁷.

⁵ Può essere utile rilevare che, come chiarito dalla giurisprudenza, *“in base al t.u. 27 luglio 1934 n. 1265 e al r.d. 31 maggio 1928 n. 1334, la disciplina dell'odontotecnico è riconducibile alla materia delle professioni e non a quella dell'artigianato, in quanto si tratta di figura esercente un'arte ausiliaria delle professioni sanitarie e che l'attività relativa presuppone non già la semplice iscrizione ad un albo, bensì il superamento di un esame di abilitazione al termine di un corso di studi ed è inoltre oggetto di vigilanza da parte della p.a., ai sensi dell'art. 99, citato t.u. n. 1265 del 1934”* (C. Cost. n. 423 / 2006).

⁶ In considerazione di ciò, nel nostro ordinamento è prevista un'autonoma fattispecie di reato (art. 348 c.p. “abusivo esercizio di una professione”) punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro 103 a euro

516

⁷ Ai fini del presente elaborato, si può rilevare che ciò può assumere rilievo in sede civile. Infatti, il soggetto che, senza colpa, si è avvalso delle prestazioni del soggetto non iscritto ha diritto al risarcimento del danno non

Per quanto riguarda i risvolti civilistici dell'esercizio abusivo della professione, la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'esercizio di abusivo della professione “dà luogo, ai sensi degli art. 1418 e 2231 c.c., a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, privando il contratto di qualsiasi effetto con la conseguenza che il professionista non iscritto all'albo o che non sia munito nemmeno della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente, non ha alcuna azione per il pagamento della retribuzione, nemmeno quella sussidiaria di arricchimento senza causa, sempreché la prestazione espletata dal professionista rientri in quelle attività che sono riservate in via esclusiva a una determinata categoria professionale, essendo l'esercizio della professione subordinato per legge all'iscrizione in apposito albo o ad abilitazione” (Cass. civile sez. II 11 giugno 2010, n. 14085, espressione dell'indirizzo costante ed univoco della giurisprudenza). Questa decisione è stata pronunciata in applicazione del principio in virtù del quale, di regola, le attività intellettuali possono essere svolte liberamente “da coloro che riscuotono la fiducia degli interessati”⁸; solo in via eccezionale la legge subordina l'esercizio di determinate attività (c.d. professioni intellettuali protette) all'iscrizione in un apposito albo⁹. Si tratta di attività al cui esercizio è sotteso un interesse di natura pubblicistica cui l'ordinamento riconosce protezione privando del diritto alla retribuzione, sin dalla data di stipulazione del contratto con il paziente, coloro che esercitano la professione senza essere iscritti nell'apposito albo o “non sono nemmeno muniti della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente”¹⁰.

Nell'ipotesi in cui il soggetto non iscritto sia stato pagato, di regola si esclude che costui abbia il diritto a *non restituire* quanto ricevuto¹¹.

Un Autore¹², invece, afferma che il soggetto non iscritto, *ex art. 2034 c.c.*¹³, non sia

patrimoniale conseguente alla lesione della libertà di autodeterminazione. Vedi *infra*, pag. 7

⁸ A. Baldassari, S. Baldassari “La responsabilità civile del professionista, Tomo I”, Giuffrè editore, 2006, pag.

99

⁹ *Ibidem*, pag. 99

¹⁰ Cass. civile sez. II 11 giugno 2010, n. 14085

¹¹ G. Alpa, V. Mariconda, “Codice civile commentato”, II edizione, Ipsoa, pag. 788

¹² Galgano, 2004, citato in A. Baldassari, S. Baldassari “La responsabilità civile del professionista, Tomo I”, Giuffrè editore, 2006, pag. 99

¹³ L'Autore, dunque, riconduce l'ipotesi di cui sopra alla fattispecie dell'obbligazione naturale, ossia del

giuridicamente tenuto a restituire quanto ricevuto a titolo di compenso per l'attività svolta.

In sede civile, *ex artt.* 2043 e 2059 c.c., il soggetto non iscritto, poi, può essere condannato al risarcimento dei c.d. danni non patrimoniali¹⁴ e dei danni patrimoniali (“*lesione del patrimonio inteso in senso strettamente economico*”¹⁵) subiti dal paziente e dal Consiglio dell'Ordine. Per quanto riguarda il Consiglio dell'Ordine¹⁶, la giurisprudenza ammette la risarcibilità tanto del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dell'interesse circostanziato a che la professione sia svolta da parte dei soggetti abilitati, quanto di quello patrimoniale: gli iscritti all'Ordine, infatti, subiscono un danno patrimoniale causato dalla concorrenza sleale posta in essere da chi ha esercitato abusivamente la professione (Cass. Pen. sez. IV, 06 febbraio 2008, n. 22144).

L'esercizio abusivo di una professione, come è noto, assume anche rilievo penale¹⁷ e, dunque, dà luogo all'instaurazione di un processo penale nel corso del quale, *ex artt.* 74 e ss. c.p.p., i soggetti legittimati¹⁸ possono proporre la domanda per ottenere il risarcimento dell'eventuale danno subito a causa dell'esercizio abusivo della professione. La domanda di risarcimento danni, dunque, può essere proposta tanto in sede civile, quanto in sede penale.

In ogni caso i danneggiati¹⁹ hanno diritto ad ottenere il risarcimento del danno solo se sussistono tutti i requisiti di cui all'art. 2043 c.c.: a) attività del non iscritto b) nesso causale tra attività ed evento pregiudizievole c) elemento soggettivo (dolo o

comportamento dovuto sulla base di un precetto non giuridico, ma morale o (come in questo caso) sociale. Tuttavia, è opportuno segnalare che, affinché il soggetto non iscritto possa trattenere quanto ricevuto, devono ricorrere gli ulteriori requisiti di cui all'art. 2034 c.c.: la spontaneità e la proporzionalità del pagamento (tra i tanti autori che trattano il tema: C. M. Bianca, “Diritto civile”, vol. VI, Giuffrè Editore, 2009, pag. 777 e ss.)

¹⁴ Il danno non patrimoniale è configurabile allorchè all'attività del non iscritto consegue la lesione, non giustificata, di un interesse costituzionalmente protetto del danneggiato, come, per esempio, l'integrità fisica del paziente (Cass. Sez. Un. Civili, 11 novembre 2008, n. 26972).

¹⁵ P. Schlesinger, A. Torrente, “Manuale di diritto privato”, Giuffrè editore, 2009, p. 817

¹⁶ È utile precisare che si tratta dell'associazione di categoria operante nella zona di esercizio abusivo dell'imputato (Cass. pen., 01.06.1989)

¹⁷ Infatti, ai sensi dell'art. 348 del codice penale, l'esercizio abusivo di una professione è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro 103 a euro 516. Tuttavia l'esercizio abusivo della professione è un'attività vietata dal diritto che può integrare anche altre fattispecie di reato quali quelle di cui agli artt. 582, 583, 590, 416, 640, 498, 494 c.p.

¹⁸ Quindi, come scritto più sopra, la domanda può essere proposta dal soggetto privato che si sia avvalso delle prestazioni del non iscritto e dal Consiglio dell'Ordine (Uff. Indagini preliminari, Milano, 24 febbraio 2006; Cass. Pen. sez. IV, 06 febbraio 2008, n. 22144)

¹⁹ Ossia, il paziente e l'associazione di categoria

colpa) d) pregiudizio subito dal paziente (danno-conseguenza Corte cost. n. 372/1994; S.u. n. 576, 581, 582, 584/2008). È stata esclusa la risarcibilità dei danni consistenti in *“disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale [...] Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici”* (Cass. Sez. Un. Civili, 11 novembre 2008, n. 26972).

È pure escluso che l'assicuratore sia obbligato alla copertura assicurativa del rischio di responsabilità civile derivante dal compimento di atti vietati dal codice penale come esercizio abusivo di una professione.

L'esercizio abusivo della professione, infatti, è qualificabile quale fatto doloso (consapevole e volontario) dell'assicurato e, pertanto, ai sensi dell'art. 1900 c.c., l'assicuratore non risarcisce. Ciò al fine di impedire che la garanzia assicurativa possa suscitare interesse all'esercizio abusivo di una professione.

Con esclusivo riferimento alla professione odontoiatrica, nel caso in cui l'esercizio abusivo della professione sia agevolato dal medico, è configurabile anche un illecito deontologico (art. 67 del Codice di Deontologia Medica) con conseguente applicabilità, a carico dell'odontoiatra, delle sanzioni disciplinari (censura, sospensione, radiazione dall'albo)²⁰. La Cassazione civile²¹ ha chiarito che al fine della configurabilità dell'illecito disciplinare è necessario il dolo specifico, ossia che il medico persegua lo specifico fine di agevolare l'esercizio abusivo della professione.

Avvocato Giulietta Redi

²⁰ Vedi anche : “Odontoiatria Legale. Professione Odontoiatra. Esercizio abusivo della professione”; fonte: F. Montagna, D. De Leo, P.O. Carli: “La responsabilità nella professione odontoiatrica” Promoass ed. – 1998, 108; on line: <http://www.odontolex.it/professione-odontoiatra/198-esercizio-abusivo-della-professione.html>

²¹ Cass. civile, sez. III, 16 gennaio 2007, n. 834