



ROBERTO POMIATO

Dottore di ricerca – Università Ca' Foscari di Venezia

LA RESPONSABILITÀ NELLA RELAZIONE DI CURA. NOTE CRITICHE E RICOSTRUTTIVE SULLE FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ INTRODOTTE DALLA RIFORMA “GELLI-BIANCO”

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Il rapporto tra paziente e struttura sanitaria pubblica. – 3. Il rapporto tra paziente e struttura sanitaria privata. – 4. L'ammissibilità di una relazione fiduciaria di cura tra paziente e struttura organizzata. – 5. Le responsabilità nella relazione di cura. In particolare: il fondamento della responsabilità del medico prima della riforma del 2017. – 6. Segue. L'autonoma responsabilità del personale sanitario: un principio necessario? Uno sguardo al modello del *médecin salarié* francese. – 7. La relazione di cura nella l. 24/2017. In particolare: la relazione con la struttura sanitaria e la responsabilità di quest'ultima. – 8. Segue. L'estensione della regola generale di responsabilità a specifiche fattispecie. In particolare: le prestazioni svolte in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale. – 9. La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria operante all'interno di una struttura di cura: una fattispecie speciale. – 10. Segue. Il problema della reviviscenza delle limitazioni di responsabilità. – 11. La fattispecie delle prestazioni sanitarie rese in regime di libera professione intramuraria. – 12. Considerazioni conclusive sul modello di responsabilità disegnato dalla riforma del 2017.

1. – Con la l. 8 marzo 2017 n. 24 il legislatore italiano è intervenuto nella materia della responsabilità in ambito sanitario tornando a vestire i panni, come osservato da taluno, del «signore del diritto»¹, nell'intento di rifondare il sistema e di porre un argine all'anarchia giurisprudenziale che in passato aveva dominato in questo settore.

Tale ultimo intervento fa seguito a quello del 2012 (realizzato con la c.d. legge “Balduzzi”, d.l. 13 settembre 2012 n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012 n. 189), e anche in questo caso si tratta di un testo che contiene disposizioni che toccano diversi ambiti: le linee guida, la responsabilità penale, quella civile, il processo². In questa sede, dopo alcune considerazioni sulla configurazione assunta al giorno d'oggi dalla relazione di cura, ci si limiterà a prendere in considerazione le sole disposizioni che incidono su tale relazione e che regolano la responsabilità dei soggetti in essa coinvolti.

Preliminarmente si può comunque osservare, in via generale, che la riforma interviene sul c.d. “diritto vivente”, ossia sulla configurazione dei rapporti e delle responsabilità così come delineati dalla giurisprudenza, vale a dire su modelli costruiti (anche) sulla base di retaggi culturali e aspettative sociali (una per tutte: la necessaria responsabilità del medico dipendente), che però,

¹ R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno resp.*, 2018, 6.

² Per un ampio commento all'intera riforma del 2017 v. F. GELLI-M. HAZAN-D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Giuffrè, 2017.

JUS CIVILE



come si dirà, non appaiono inconfutabili. Un tale *modus operandi*, se ha evidentemente l'obiettivo di rendere effettivo e concreto l'intervento, ne segna anche il limite, dal momento che per un verso genera dissonanze rispetto al "diritto vivente"; per l'altro, avendo imposto una certa rotta, finisce per impedire qualsiasi evoluzione interpretativa verso soluzioni potenzialmente più convenienti per i problemi che il legislatore voleva risolvere³.

Il discorso che si svolgerà prenderà le mosse dall'analisi del rapporto tra paziente e soggetto curante, ossia dall'analisi di quella che si può chiamare la relazione di cura. In questo contesto, particolare attenzione verrà dedicata al caso in cui tale relazione sia instaurata dal paziente con una struttura sanitaria (pubblica o privata), cioè con un soggetto organizzato.

In effetti, tradizionalmente la relazione di cura si è sviluppata come un rapporto personale tra medico e paziente: un rapporto tra persone che potevano chiamarsi per nome. E in questo contesto i soggetti della relazione di cura tendevano a coincidere con quelli dell'obbligazione di cura (nel senso che obbligato alla prestazione era lo stesso medico parte della relazione). Oggi, invece, si assiste a una marcata spersonalizzazione della relazione di cura e a una potenziale dissociazione tra parti della relazione di cura e parti dell'obbligazione di cura (perché, ad esempio, la relazione viene instaurata con il medico "di fiducia", ma il vincolo giuridico può ritenersi interamente assunto dalla struttura presso cui egli opera; oppure, come si dirà, anche la relazione potrebbe intercorrere con l'intera struttura).

Tuttavia, pur in presenza di tali evoluzioni, va preso atto che l'idea della personalità della relazione così come del vincolo fiduciario che la connota ha continuato a influenzare l'interpretazione della relazione di cura e soprattutto l'individuazione al suo interno dei soggetti responsabili, dal momento che il singolo sanitario con il quale il paziente entra in relazione (o, se si vuole, in contatto) è sempre stato coinvolto, ancorché non titolare dell'obbligazione di cura, nell'eventuale giudizio risarcitorio per i danni subiti dal paziente nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie.

Anche su tale aspetto interviene la riforma del 2017, sicché si rivela interessante indagare l'effettiva rispondenza delle soluzioni adottate rispetto alla configurazione attuale della relazione e dell'obbligazione di cura.

2. – Ci si potrebbe chiedere in che modo debba essere inquadrato, sotto il profilo della situazione giuridica soggettiva, il rapporto di cura tra il paziente e la struttura sanitaria pubblica.

La questione, se allargata eccessivamente, è assai complessa, perché rischia di toccare

³ Critico nei confronti delle modalità dell'intervento legislativo è R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria* (l. 8 marzo 2017, n. 24), in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 465 ss., secondo il quale «se è vero che il legislatore, tramite l'imprescindibile discrezionalità di cui gode, abbia piena libertà di manovra nel disciplinare i conflitti d'interessi della vita quotidiana, pur entro i limiti invalicabili della legalità costituzionale, è altrettanto vero che quella libertà di manovra (...) non possa rovesciare l'argomento logico-naturalistico, né porre un freno alla progressione della scienza giuridica».

JUS CIVILE



l'intera disciplina dell'erogazione dei servizi pubblici e dei servizi sociali. Non è qui il caso di ripercorrere le diverse ricostruzioni che sono state date a quelli che ora vengono chiamati rapporti di utenza o rapporti di prestazione⁴. Con riferimento al rapporto tra paziente e ospedale pubblico, va detto che la giurisprudenza lo ha tendenzialmente sempre trattato come obbligatorio; più di recente lo ha fondato su un c.d. «contratto atipico di ospedalità»⁵, e l'idea che l'accettazione in ospedale di un paziente dia luogo alla conclusione di un contratto è divenuta una massima corrente⁶. Per la verità si potrebbe avanzare più di qualche riserva sul fatto che il modello del contratto sia il più adatto a descrivere l'erogazione di prestazioni sanitarie da parte degli enti a ciò deputati dall'ordinamento (e ciò anche a richiamare l'istituto dell'obbligo a contrarre)⁷. Per di più le modalità di fruizione delle prestazioni del SSN non si riducono al solo ri-

⁴ Per una disamina dell'evoluzione storica di tali inquadramenti cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, 2008, 1 ss.

⁵ La prima sentenza ad utilizzare questa espressione è stata Trib. Verona 15 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 357. Successivamente, v. Trib. Udine 13 maggio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 549, anche se a livello di *obiter dictum*; Trib. Lucca 18 gennaio 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 264, con nota di S. COPPARI, *Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente*, 264. Sempre per la qualificazione come atipico (e a contenuto complesso) del contratto concluso con strutture private, cfr. Trib. Napoli 15 febbraio 1995, in *Foro Nap.*, 1996, 76; Trib. Napoli 13 febbraio 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 984 ss., con nota di A. LEPRE, *La responsabilità della casa di cura privata per i danni cagionati al paziente dal medico ivi operante*; Trib. Napoli 16 giugno 1998, in *Foro Nap.*, 1998, 162; App. Roma 3 marzo 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 121, con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Per una «riscoperta» della rendita vitalizia ex art. 2057 c.c.*; Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 683, con nota di P. SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*. Per la verità, come rileva M. SANTILLI, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982, 181 ss., vi era già stata una fase storica (all'inizio del '900) in cui una parte della giurisprudenza tendeva a qualificare come contrattuale il rapporto tra paziente e struttura sanitaria (pubblica), e ciò al fine di legittimare un parziale controllo di merito sull'attività della P.A., in contrapposizione al diverso orientamento che escludeva nei confronti di quest'ultima la piena operatività del principio del *neminem laedere* e che negava, di conseguenza, «la assoggettabilità dell'attività dell'amministrazione pubblica ad un controllo generalizzato in termini di «colpa» (nell'accezione più estesa del termine)». La tendenza a qualificare come contrattuale il rapporto tra paziente e struttura pubblica è stata interrotta da Cass. S.U. 19 giugno 1936, in *Giur. it.*, 1936, I, 866, con nota di A. C. JEMOLO, *In tema di discrezionalità amministrativa*, in cui si è ribadita la natura aquiliana della responsabilità della struttura, affermando tuttavia che, se non è ammesso un sindacato sulla gestione dell'ente, è comunque possibile per il giudice valutare il rispetto delle norme di comune prudenza. Questa la massima: «il rapporto tra ospedale pubblico e ricoverati non ha natura contrattuale; pertanto sono colpe extracontrattuali quelle che commette l'ospedale nella cura dei malati stessi, e la responsabilità che ne sorge è quella diretta dell'art. 1151. Il magistrato non può scendere a indagare circa le modalità di cura e l'organizzazione interna dei servizi dell'ospedale, per vedere se siano i più atti ai fini di cura da raggiungere; ma può valutare non solo le infrazioni a norme regolamentari, ma altresì la contravvenzione alle norme di comune ed elementare prudenza. È tra queste la norma che vuole che prima di una trasfusione di sangue si sottoponga il donatore alla reazione Wassermann per assicurarsi che egli non sia luetico».

⁶ Si rinvia ai riferimenti nelle note seguenti.

⁷ Assai critico è V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 314 ss., secondo il quale «nel rapporto fra paziente e servizio sanitario nazionale è assente qualsiasi interazione di tipo economico, da una parte e dall'altra». In effetti, prosegue l'A., «la struttura sanitaria pubblica è remunerata dalla fiscalità generale; il paziente può contribuirvi proporzionalmente ai propri redditi (e dunque per nulla se al di sotto dei minimi imponibili) e con un pagamento (il c.d. ticket) che è davvero difficile qualificare come «corrispettivo» bensì è più propriamente un «contributo» (ed infatti ne sono esclusi gli indigenti)». Inoltre, osserva ancora l'A., la qualificazione come contrattuale della relazione tra paziente e struttura pubblica si porreb-



covero, comprendendo anche le attività ambulatoriali, di diagnostica, di prevenzione ecc.

È pur vero, comunque, che, anche nelle ricostruzioni più risalenti e maggiormente attente ai profili di disciplina pubblicistici delle singole materie, la posizione del paziente, a seguito dell'accertamento delle condizioni di fruibilità del servizio (e cioè a seguito del provvedimento chiamato ammissione), è sempre stata riconosciuta come di diritto soggettivo, e quindi regolata secondo i termini delle obbligazioni⁸. In effetti, se a fronte all'esercizio dei poteri di programmazione e organizzazione delle concrete modalità di erogazione del servizio il privato è titolare di meri interessi di fatto (e tutt'al più talvolta di interessi legittimi)⁹, a seguito dell'accertamento dei presupposti di fruibilità della prestazione il privato si trova in una situazione del tutto identica a quella in cui si troverebbe per effetto della conclusione di un contratto. E va aggiunto che, per quanto riguarda le prestazioni sanitarie, l'accertamento del loro presupposto (cioè della loro necessità sotto il profilo medico) è disciplinato, in generale, da valutazioni tecnico-scientifiche, sì che risulta notevolmente ridotto l'ambito della discrezionalità dell'amministrazione.

Su questa linea, del resto, si è posta recentemente anche la giurisprudenza la quale, in una fattispecie in cui veniva in rilievo l'assistenza medico-generica primaria (quella prestata dal c.d. medico di famiglia) per la quale, probabilmente, non risultava appropriata l'idea del «contratto atipico di spedalità», ha qualificato la situazione dell'azienda sanitaria nei riguardi del privato come di obbligazione *ex lege* (a prestare l'assistenza in parola), ai sensi dell'art. 25 della l. 23 dicembre 1978, n. 833¹⁰. Ora, se forse sarebbe più corretto discorrere di vera e propria obbligazione solo nel momento in cui il privato sia ammesso al godimento del servizio¹¹, il linguaggio

be in contrasto con la funzione del contratto quale strumento di efficiente allocazione dei rischi (propria di ogni affare). «È davvero assai difficile», scrive l'A., «se non palesemente forzato, cercare di ricostruire comportamenti economicamente razionali tra soggetti di cui uno ha un obbligo di natura pubblicistica di fornire prestazioni medico-assistenziali nei confronti di chiunque le richieda, senza poter decidere né sull'*an*, né sul *quantum*, né, spesso sul *quomodo*. L'altro, il paziente, è "assegnato" ad una determinata struttura sulla base di ripartizione geografico-amministrativa e ritiene di avere diritto alla prestazione per il semplice fatto di essere cittadino». Sostiene invece l'idea di un contratto tra assistito e amministrazione sanitaria (gravata di un obbligo a contrarre), F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 712 ss.

⁸ Cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 10, nt. 44, che richiama le parole di S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*², Società editrice libraria, 1906, 340, secondo il quale: «Per regola, ad esempio, non si ha diritto ad essere accolto in un ospedale: ma se in esso si è entrati, si ha diritto agli alimenti ed alla cura, finché non se ne è esclusi». È pur vero, tuttavia, che R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*², Giuffrè, 1956, 90 (citato sempre da V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 27), riteneva che in certi casi permanesse in capo al soggetto pubblico una sfera di discrezionalità anche in relazione all'attuazione del rapporto instaurato con l'utente; in particolare l'amministrazione poteva decidere di non procedere all'erogazione del servizio qualora lo esigesse l'interesse pubblico.

⁹ Cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 81.

¹⁰ Il riferimento è a Cass. 27 marzo 2015 n. 6243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 934 ss., con nota di R. PUCCELLA, *La responsabilità dell'ASL per l'illecito riferibile al medico di base*. Per alcuni rilievi critici sull'argomentazione di questa pronuncia sia consentito il rinvio a R. POMIATO, *Profili problematici e ricostruttivi in tema di responsabilità da «fatto illecito» del medico*, in *juscivile.it*, 2015, 447 ss.

¹¹ Ciò accade quando il privato viene iscritto negli elenchi dell'azienda sanitaria nel cui ambito territoriale egli ha la residenza e formalizza la scelta in favore di uno dei medici di medicina generale che operano nella sua zona.

JUS CIVILE



utilizzato dalla Corte appare comunque già più coerente (rispetto all'idea del «contratto atipico di speditività») con le elaborazioni compiute dalla dottrina amministrativista.

In conclusione va dato atto del fondo di verità insito nelle ricostruzioni, ancorché imprecise, utilizzate dalla giurisprudenza. Quella che quest'ultima chiama «accettazione del paziente» e che darebbe vita al contratto, andrebbe più propriamente intesa come provvedimento di ammissione, o comunque come effettuazione della verifica di fruibilità del servizio da parte del singolo, a seguito della quale, in effetti, la situazione di quest'ultimo è effettivamente disciplinata dalle regole proprie dei rapporti obbligatori¹². Appare dunque corretto qualificare come creditore il paziente ammesso a ricevere le cure da una struttura pubblica e come debitrice quest'ultima¹³.

3. – Se, come visto, allorché il paziente si rivolge a una struttura pubblica è possibile affermare che quest'ultima è debitrice nei suoi confronti dell'intera prestazione di cura (perché così prevede l'ordinamento, ponendo l'obbligo di erogare l'assistenza medica in capo alle aziende sanitarie¹⁴), lo stesso non si è potuto dire, almeno in passato, allorché il paziente si rivolgesse a una struttura privata.

Si dubitava infatti che la casa di cura privata potesse assumere verso il paziente un'obbligazione all'interno della quale fosse ricompresa anche la prestazione del medico (oltre a quella del restante personale sanitario), in considerazione di quanto previsto dall'art. 2 l. 23 novembre 1939 n. 1815, il quale vietava di «costituire, esercitare o dirigere, sotto qualsiasi forma diversa da quella di cui al precedente articolo [cioè l'associazione professionale], società, istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati od ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria». Per la verità tale disposizione non menzionava espressamente le attività mediche; tuttavia attenta dottrina l'ha ritenuta estensibile anche alle prestazioni di assistenza in materia sanitaria, poiché la *ratio* della norma era quella, come si avverte nella Relazione alla legge, di «regolare le forme associate di esercizio professionale che, in illecita concorrenza all'esercizio individuale, legalmente controllato, coprono sovente una attività professionale svolta da persone sfornite dei necessari titoli di abilitazione»¹⁵. Di conseguenza si affermava che l'attività di gestione di case di

¹² Scrive V. MOLASCHI, *I rapporti*, cit., 81, che «a seguito dell'ammissione al servizio, la posizione dell'utente viene a configurarsi come diritto soggettivo al godimento della prestazione, come nei casi in cui l'accesso a questa sia la conseguenza della stipulazione di un contratto. A prescindere da quale ne sia l'atto costitutivo, quindi, una volta sorta, l'obbligazione avente ad oggetto l'erogazione del servizio è retta dal diritto comune, salvo alcuni aspetti peculiari di disciplina. Di qui, in caso di inadempimento, il configurarsi di una responsabilità contrattuale in capo alla pubblica amministrazione».

¹³ Secondo R. CALVO, *La «decontrattualizzazione»*, cit., 460 e 468 ss., invece, l'obbligazione della struttura sanitaria (pubblica o privata) sarebbe solo quella di mettere a disposizione degli utenti dei professionisti preparati, sicché la sua responsabilità per il loro operato starebbe nella colpa eventualmente ravvisabile nella loro selezione, nonché nel controllo del loro operato.

¹⁴ V., in particolare, l'art. 10, l. 23 dicembre 1978 n. 833 e l'art. 3, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

¹⁵ In tal senso F. GALGANO, *Contratto*, cit., 724, il quale richiama Trib. Roma 24 giugno 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2283, che ha negato l'omologazione dell'atto costitutivo di una società di capitali avente ad oggetto la gestione di

JUS CIVILE



cura private andava considerata come mera attività di organizzazione delle strutture materiali «entro le quali il sanitario svolge, quale diretto contraente dei pazienti, attività di libera professione medica, assumendo propria responsabilità contrattuale»¹⁶. Sicché solo il medico sarebbe stato chiamato a rispondere dei danni eventualmente provocati dalla propria attività, mentre la struttura avrebbe potuto rispondere solo per quanto dipendesse dalle prestazioni complementari, e sempre a ritenere che con quest'ultima il paziente avesse concluso un distinto contratto (perché altrimenti essendo il solo medico obbligato alla prestazione, la struttura avrebbe dovuto considerarsi come sua ausiliaria).

Va pur detto, comunque, che il divieto di cui alla l. 1815/1939 non pare esser mai stato preso in considerazione dalla restante parte della dottrina che ha affrontato il tema della relazione tra struttura sanitaria privata e paziente: non si riscontra infatti incertezza, anche nella dottrina più risalente, circa la possibilità per il paziente di stipulare un contratto di cura “onnicomprensivo” con una struttura privata¹⁷. Né di questioni legate al divieto in parola vi è traccia in giurisprudenza¹⁸: ciò probabilmente per il fatto che le attività mediche non erano espressamente menzionate nella disposizione normativa.

strutture sanitarie diagnostiche e terapeutiche dando rilievo, oltre al divieto in parola, anche agli artt. 2229, 2232, 2233, c. 2, c.c., «che presuppongono chiaramente il carattere personale dell'esercizio delle professioni intellettuali».

¹⁶ F. GALGANO, *Contratto*, cit., 725. Non era pertanto possibile, nell'ambito delle strutture private, quel fenomeno di personalizzazione della prestazione sanitaria possibile invece nel rapporto dell'assistito con il SSN, e li giustifica in ragione delle peculiari esigenze del servizio.

¹⁷ Cfr. A. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1233, spec. 1261, ove si legge che «la prestazione che il contraente diverso dal medico (ospedale, clinica, altro istituto o persona) promette nel contratto di cura col paziente (o chi per lui), non è che una prestazione di mezzi di cura *da parte di medici*, e cioè proprio quell'attività di cura che il medico promette quando stipula egli stesso il contratto di cura» (corsivi propri). V. inoltre G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, 1958, 345, secondo il quale la conclusione del contratto tra paziente e casa di cura comporta che «il gestore della casa di cura o dell'ospedale risponde del fatto colposo del medico di cui si valga per adempiere la propria obbligazione (art. 1228 c.c.), senza che occorra un'indagine sull'esistenza di un vincolo di “commissione” nel senso dell'art. 2049 c.c.». A dire il vero, però, il richiamo dell'art. 2049 c.c. presuppone che vi sia una responsabilità personale del commesso cui si aggiunge quella del padrone/committente; mentre invece l'art. 1228 c.c. non presuppone una responsabilità diretta dell'ausiliario (la quale quindi è questione che rimane aperta), ma è solo un criterio che imputa il fatto di costui al debitore. Il riferimento all'art. 2049 c.c. (pur per escluderlo) sembra dunque suggerire che ove manchi un rapporto contrattuale con la struttura (come avviene, secondo l'A., con le strutture pubbliche) vi sia una responsabilità extracontrattuale del medico, del cui fatto risponde, *ex art. 2049 c.c.*, l'ente. Ma se vi è in tal caso una responsabilità personale del medico, non si comprende perché essa non dovrebbe esserci anche ove vi sia un rapporto contrattuale con la struttura. Tale incongruità pare allora sintomo della costante difficoltà di definire con chiarezza la posizione dell'operatore sanitario inquadrato all'interno di una struttura (il quale non si trovi in relazione contrattuale con il paziente) indipendentemente dalla natura pubblica o privata di quest'ultima. La medesima ambiguità permane in A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983, 265 ss. (e spec. 269), che riprende il pensiero di Cattaneo. Appare infine significativo che in nessuna di tali opere vi sia anche solo traccia della questione dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 2 l. 1815/1939. Circa la natura contrattuale del rapporto tra paziente e struttura privata v., più di recente, G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 330.

¹⁸ In taluni casi la giurisprudenza sembra aver voluto aggirare il divieto: v. per esempio Cass. 1° marzo 1988 n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604, con nota di R. PUCELLA, la quale applica in via analogica le norme del contratto d'opera professionale alla relazione tra struttura e paziente, giungendo dunque al medesimo risultato operativo del riconoscimento di un vero e proprio contratto tra i due.

JUS CIVILE



Ad ogni modo, oggi il divieto dell'art. 2 l. 1815/1939 è venuto meno¹⁹. Non erano parimenti venute meno, però, le resistenze di certa dottrina, per ragioni diverse, ad ammettere che anche la struttura privata potesse essere parte di un contratto di cura “onnicomprensivo”, inclusivo cioè anche dell'attività del personale medico²⁰. Sennonché la riforma del 2017 pare aver messo fine a questi dubbi. L'art. 7, c. 1, l. 24/2017, infatti, nel riferirsi all'avvalimento di soggetti esercenti la professione sanitaria da parte di strutture tanto pubbliche quanto private al fine di adempiere la propria obbligazione, presuppone, evidentemente, che queste ultime siano parti di un'obbligazione da adempiere attraverso tali soggetti (diversamente non avrebbe senso l'avvalimento), tra i quali vi è, in primo luogo, il personale medico. Dunque, pare ora possibile affermare senza più dubbi che anche allorché il paziente si rivolge a una struttura privata essa può legittimamente divenire debitrice di un'unica prestazione di cura (“onnicomprensiva”), allo stesso modo di quanto accade nel rapporto tra paziente e struttura pubblica.

4. – Nei paragrafi precedenti s'è visto che l'obbligazione di cura nei confronti di un paziente può essere assunta anche da una struttura organizzata, tanto pubblica quanto privata.

Ora, l'idea che curante del paziente non sia un singolo professionista bensì un soggetto organizzato sembrerebbe porsi in contrasto con la configurazione tradizionale della relazione di cura, che tipicamente s'instaura tra persone fisiche ed è permeata dall'elemento della fiducia (del paziente verso il medico). Ci si potrebbe allora chiedere se sia possibile, al di là del dato giuridico della titolarità dell'obbligazione di cura, che una relazione di cura venga instaurata anche con

¹⁹ Il divieto previsto dall'art. 2 l. 1815/1939, è stato abrogato dalla legge 7 agosto 1997, n. 266 e successivamente l'intero provvedimento è stato abrogato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183.

²⁰ Cfr. E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1454, che richiama S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 505. In verità, anche nell'ordinamento francese, in un primo tempo, la dottrina e la giurisprudenza ritenevano che non fosse possibile per una struttura sanitaria privata concludere con il paziente un contratto comprensivo anche delle prestazioni del personale medico, sicché reputavano che il paziente, accedendo a una struttura privata, concludesse due distinti contratti: il *contrat médical* con il singolo medico curante, e il *contrat d'hospitalisation et soins* con la struttura ospitante, per le prestazioni “complementari”. Di conseguenza a una tale scissione del rapporto corrispondeva un'analogo ripartizione di responsabilità. A partire dal 1991, però, la Corte di cassazione francese operò un vero e proprio *revirement*, affermando che laddove il paziente si rechi direttamente nella struttura il *contrat médical* (l'obbligazione “onnicomprensiva” di cura) deve ritenersi concluso con quest'ultima, e non con il singolo medico (cfr. Cass. 1^{re} civ., 4 giugno 1991, in *JCP G*, 1991, II, 21730, *obs.* J. SAVATIER; in *Gaz. Pal.*, 1992, *juris.*, 503, con nota di F. CHABAS). Purtroppo però tale conclusione fu limitata al solo caso in cui il medico curante fosse dipendente (*salarié*) della struttura privata, per cui laddove essa si avvalsesse di un medico libero professionista continuava a valere il modello del “doppio contratto” (cfr. Cass. 1^{re} civ., 26 maggio 1999, in *Rec. Dalloz*, 1999, I, *juris.*, 719, con nota di E. SAVATIER). Una tale soluzione, comunque, non è andata esente da critiche (cfr. S. PORCHY-SIMON, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Dalloz, 2002, 361 ss.). Oggi, dopo la riforma del 2002 (introdotta con la c.d. *loi Kouchner*, l. 4 marzo 2002 n. 303), la questione della stipulazione del *contrat médical* è passata in secondo piano, ma non è ancora sopito il dibattito sulla natura della responsabilità medica (cfr. G. MÉMETEAU-M. GIRER, *Cours de droit médical*⁵, LEH, 2016, 309 ss.).

JUS CIVILE



un soggetto organizzato; in altre parole ci si può domandare se sia possibile che il paziente riponga la propria fiducia anziché su un determinato professionista su un'organizzazione complessa.

A tal proposito andrebbe osservato che, per effetto del progresso scientifico e della sempre maggiore specializzazione delle competenze in ambito medico-sanitario, l'attuazione dell'obbligazione di cura richiede sempre più spesso una prestazione organizzata, frutto della collaborazione di più professionalità e sempre più difficilmente riconducibile all'attività di una singola persona. Del resto, è lo stesso contenuto della prestazione a essere potenzialmente molto ampio (in ragione del fine cui l'obbligazione è orientata) sì da poter richiedere l'esecuzione di attività rese da più soggetti (si pensi al caso della necessità di eseguire più esami diagnostici o a quello di complicazioni che richiedano l'ausilio di diverse professionalità o alla necessità di ottenere valutazioni di più specialisti). Certamente non si disconosce che vi siano attività (tipicamente: la singola visita o il piccolo intervento ambulatoriale) astrattamente riconducibili a un singolo sanitario; tuttavia è altrettanto vero che quasi sempre queste ultime si inseriscono in un percorso di cura che richiede l'intervento di più specialisti, in ragione della diffusione dell'approccio c.d. multidisciplinare alle patologie (a sua volta logica conseguenza della crescente specializzazione nelle singole branche della medicina). Non appare azzardato allora ipotizzare che il paziente possa sempre più spesso rivolgersi a determinate strutture sanitarie non già in ragione della presenza al loro interno di un determinato professionista, bensì in considerazione di elementi organizzativi: la dotazione strumentale, le tipologie di interventi affrontati, ecc.

Ora, l'immagine della struttura sanitaria come «macroiatra» (o «medico collettivo») che conclude con i propri utenti contratti (d'opera) avvalendosi dei sanitari propri dipendenti è stata in passato recisamente criticata in dottrina, precipuamente in virtù della connotazione necessariamente personale dell'attività medica²¹. In effetti, l'allargamento dello schema del contratto d'opera all'attività resa da parte di un soggetto organizzato può forse risultare eccessivo. Tuttavia taluna dottrina ha proposto una reinterpretazione del principio della personalità della prestazione che tenga conto delle esigenze funzionali da esso espresse, le quali andrebbero ricondotte «non tanto alla esecuzione materiale della prestazione da parte del singolo professionista o prestatore d'opera, quanto alla possibilità che possa instaurarsi una relazione fiduciaria tra chi assume l'obbligo di eseguire la prestazione ed il beneficiario della stessa»²². In effetti, è stato evidenziato che il requisito della fiducia non presuppone necessariamente il requisito dell'individualità della prestazione, così che una relazione fiduciaria ben potrebbe instaurarsi anche in quei casi in cui l'attività sia esercitata da più soggetti che si avvalgono di un'organizzazione complessa²³. Ecco che allora la nozione di personalità della prestazione potrebbe essere riferita

²¹ Le espressioni sono di F. GALGANO, *Contratto*, cit., 720.

²² F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, UTET, 1998, 165.

²³ Non sembrerebbe azzardato, in effetti, ipotizzare la sussistenza di una relazione fiduciaria, per quel che concerne lo specifico ambito sanitario, tra il paziente e l'*équipe* di un determinato reparto ospedaliero.

JUS CIVILE



anche alle persone giuridiche, allargando la nozione di *intuitus personae* fino a ricomprendervi quella di *intuitus societatis*²⁴.

Sulla scorta di tali riflessioni parrebbe dunque legittimo affermare che una relazione di cura possa essere instaurata, oltre che con un singolo professionista, anche con una struttura organizzata e che, conseguentemente, pure il vincolo fiduciario possa intercorrere con quest'ultima. L'immagine della struttura sanitaria come «macroiatra» potrebbe allora essere rivalutata, rivelandosi addirittura appropriata in tutti quei casi in cui la fiducia del paziente venga riposta più che su un determinato professionista su una determinata struttura (meglio: sull'*équipe* di un certo reparto), in considerazione delle capacità organizzative di chi la dirige, della sua dotazione strumentale, delle tecniche e metodologie applicate dal personale ad essa afferente (indipendentemente quindi dalla persona dei singoli componenti) e magari della presenza di ulteriori servizi²⁵.

5. – Ridefinita come sopra la relazione di cura tra paziente e struttura sanitaria, pare opportuno dedicare, alla luce della sua attuale configurazione, qualche considerazione ai soggetti che debbano eventualmente essere ritenuti responsabili dell'inesatto adempimento dell'obbligazione nei confronti del paziente.

Se, come detto, il rapporto tra paziente e struttura (tanto pubblica quanto privata) è di tipo obbligatorio e se l'obbligazione assunta dalla struttura ben può comprendere l'insieme delle prestazioni di cura (ossia anche quelle strettamente mediche e non solo quelle, per così dire, “complementari”), ne discende che la struttura, a fronte dell'inesatto adempimento di una di tali prestazioni (si tratti di quelle più strettamente organizzative, come la sterilità degli ambienti, o si tratti di quelle professionali del personale sanitario) dovrà rispondere verso il paziente per inadempimento. E tale responsabilità, come ormai affermato dalla giurisprudenza, comprende anche il danno alla persona del paziente, in quanto danno non patrimoniale da inadempimento²⁶.

²⁴ F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, cit., 165, che richiama le parole di G. SCHIANO DI PEPE, *Società e associazioni tra professionisti e artisti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1993, 4, secondo il quale: «è evidente infatti, e il processo è già in atto, la necessità di una rilettura sia dell'obbligo di esecuzione personale sia del concetto stesso di *intuitus* che deve oggi tendenzialmente abbracciare non solo qualità soggettive ma anche elementi oggettivi strettamente aziendali tanto che si è cominciato a parlare di *intuitus societatis* (...)».

²⁵ Si pensi, ad esempio, al caso in cui la scelta di una certa struttura per l'effettuazione di un intervento sia motivata anche dalla presenza in essa di un reparto di rianimazione.

²⁶ È noto che il percorso che ha condotto alla risarcibilità in via contrattuale delle conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento è stato tortuoso (e ancora oggi il dibattito non può dirsi chiuso). Ad ogni modo, con le famose sentenze a Sezioni unite della Corte di cassazione del 2008 tale risarcibilità è divenuta diritto vivente (cfr. Cass. S.U. 11 novembre 2008 n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975, tutte coincidenti nella motivazione. Per una pubblicazione per esteso v. la sentenza n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, di G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*). In estrema sintesi, secondo i giudici il fondamento dell'attrazione in ambito contrattuale del risarcimento è la lesione dello specifico interesse cui è oggettivamente orientato il rapporto (la sentenza richiama



Più complesso il discorso sulla responsabilità del personale sanitario. Tradizionalmente, infatti, si è sempre affermata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la responsabilità personale del singolo operatore sanitario accanto a quella della struttura presso la quale opera (e a qualsiasi titolo, sia quindi che si tratti di dipendente, sia che si tratti di libero professionista). Ora, non è possibile in questa sede prendere in considerazione tutte le ricostruzioni che sono state elaborate per giustificare l'affermazione di tale responsabilità del singolo operatore, sicché ci si limiterà a qualche osservazione. Nel prosieguo si farà riferimento, per comodità espositiva, alla figura del medico, ma evidentemente in tale riferimento va ricompresa anche la posizione di tutti gli altri operatori sanitari (infermieri, ostetriche, tecnici di laboratorio, ecc.)²⁷.

Inizialmente la responsabilità del medico operante presso una struttura era qualificata come extracontrattuale, sul presupposto sia che la natura del diritto leso (la salute) qualificasse inevitabilmente il fatto come illecito aquiliano, sia che il sanitario dipendente non fosse legato al paziente da alcun rapporto particolare²⁸. A ben guardare, però, il semplice fatto che il medico non

infatti «i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario», nei quali «gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio»). È pur vero, comunque, che l'argomentazione delle sentenze del 2008 è piuttosto ambigua, per cui non è del tutto chiaro se l'affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento sia fondata su un'estensione dell'art. 2059 c.c., oppure sia costruita sulla sola disciplina contrattuale attraverso il richiamo all'art. 1174 c.c. (come si riterrebbe corretto debba essere). La dottrina, infatti, ha parlato di «errore prospettico» in relazione al richiamo dell'art. 2059 c.c. (L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 ss.): in effetti, nella prospettiva contrattuale il richiamo a tale disposizione appare ultroneo, dovendosi piuttosto guardare alla rilevanza dell'interesse all'interno del rapporto. Su quest'ultimo punto cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 589 ss. e in partic. 619 ss., secondo il quale «le Sezioni unite (...) non sono conseguenti giacché muovono dalla premessa, fuori segno, secondo cui “l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali” e svolgono poi un ampio ragionamento – ben più corretto – che lega la risarcibilità dei valori della persona secondo le regole della responsabilità da inadempimento all'accertamento che tali valori siano ricompresi nel piano dell'obbligazione o per previsione di legge o per opzione delle parti, in quanto inclusi nella causa in concreto del contratto».

²⁷ Indubbiamente, poiché al medico compete il governo del complessivo processo di cura, comprensivo sia della scelta dei trattamenti sia, in parte, della loro realizzazione (tipicamente: l'intervento chirurgico), è sul medico che, in caso di errore relativo a tali aspetti, ricadrà la responsabilità. Vi sono però anche altre figure professionali che rivestono importanti ruoli nel processo di cura e alle quali, in caso di errore, è riconducibile una responsabilità. Prendendo ad esempio la figura dell'infermiere, va detto che egli non può essere considerato sempre mero esecutore degli indirizzi del medico, essendo invece chiamato in talune situazioni a compiere anche un'attività valutativa (si pensi all'attività di *triage* compiuta nei Pronto Soccorso – cioè allo smistamento degli utenti secondo classi di urgenza in base alle loro condizioni fisiche – oppure alla valutazione delle condizioni di un paziente degente al fine di decidere se allertare il medico di guardia). Per quanto poi riguarda l'effettiva attività esecutiva (ossia l'applicazione delle prescrizioni diagnostico-terapeutiche impartite dal medico), non sembra esservi differenza tra la responsabilità del chirurgo per inesatta esecuzione dell'intervento e quella dell'infermiere, ad esempio, per erroneo posizionamento di un ago canula o per l'esecuzione di una manovra che provochi la caduta e il ferimento del paziente.

²⁸ V. G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 313 e 351; nel medesimo senso, ma senza fornire giustificazioni alla qualificazione come extracontrattuale della responsabilità del singolo operatore, A. PRINCIGALLI, *La responsabilità*, cit., 265. Più di recente, v. A. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, *La responsabilità civile. Responsabilità contrattuale*, a cura di P. CENDON, VI, UTET, 300. In giurisprudenza la prima pronuncia che riconduce all'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria pubblica verso il paziente è Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4; per l'affermazione della concorrente responsabilità extracontrattuale del medico v., per prima, Cass. 24 marzo 1979 n.

JUS CIVILE



sia legato al paziente da alcun rapporto obbligatorio, se certamente vale a escludere la sussistenza di una responsabilità contrattuale in senso proprio, non assume alcuna rilevanza nell'affermazione della responsabilità aquiliana. Sicché il solo argomento su cui poggiava l'affermazione della responsabilità aquiliana era quello della natura del diritto leso²⁹. Tuttavia anche tale argomento non si dimostra decisivo, dal momento che, come già osservava la dottrina più risalente, non pare esservi spazio per una responsabilità aquiliana (eventualmente in concorso con quella contrattuale) «in quelle ipotesi in cui l'obbligo di non ledere un diritto assoluto altrui è divenuto l'oggetto principale di un'obbligazione contrattuale, come appunto avviene nel contratto di cure mediche»; né, si precisava, il risultato cambierebbe ove si considerasse leso non l'interesse alla prestazione principale (c.d. *Leistungsinteresse*), bensì un interesse di protezione (c.d. *Schutzinteresse*), dal momento che «probabilmente in materia di contratto medico non c'è posto per un obbligo di protezione della persona, distinto dall'obbligo principale di eseguire la prestazione»³⁰. In altre parole, la circostanza che l'obbligazione di cura sia già essa stessa finalizzata, in maniera oggettiva e riconoscibile, alla tutela della salute³¹ comporta che non sia possibile indi-

1716, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1440, secondo la quale, se non è configurabile una responsabilità contrattuale del medico dipendente dall'ente verso il paziente in conseguenza dell'errore diagnostico o terapeutico, «tale errore può però rilevare sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale quando da esso sia scaturito un danno al paziente se concorrono i presupposti di cui all'art. 2043 c.c.». Successivamente v. Cass. 26 marzo 1990 n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, I, 600; Cass. 13 marzo 1998 n. 2750, in *Arch. civ.*, 1998, 659. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Verona 4 ottobre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 696; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 357 (la prima sentenza in cui s'è parlato di «contratto atipico di ospitalità»); Trib. Verona 4 marzo 1991, in *Giur. mer.*, 1992, 823; App. Venezia, 11 febbraio 1993, in *Giur. mer.*, 1994, 37; Trib. Trieste, 14 aprile 1994, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 768.

²⁹ Cfr. M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 673. Talora, come rileva criticamente G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 306, un valore era stato dato anche alla circostanza della rilevanza penale del fatto.

³⁰ G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 312 ss. Per la verità nel pensiero dell'A. tali considerazioni sono volte a contestare l'applicazione del concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana in capo al medico che abbia autonomamente concluso con il paziente un contratto d'opera (c.d. concorso "proprio"), mentre sarebbe ammissibile, secondo l'A., il concorso di responsabilità tra medico e struttura (c.d. concorso "improprio"). Tuttavia appare contraddittorio escludere la responsabilità extracontrattuale del medico laddove questi operi in adempimento di una propria obbligazione e ammetterla invece ove agisca in adempimento di un'obbligazione altrui: se infatti non vi è posto per la responsabilità aquiliana allorché il contratto di cure mediche sia concluso dal singolo professionista, non si comprende perché, quando parte del rapporto sia una struttura, il singolo medico debba rispondere in via extracontrattuale.

³¹ La tutela della salute tocca il profilo causale del rapporto (cfr. P. CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, IV, 284 ss.): ci si potrebbe in effetti interrogare sull'ammissibilità di un'obbligazione orientata a ottenere l'esecuzione di una prestazione sanitaria totalmente inutile per il paziente (che non possa cioè nemmeno dirsi finalizzata a fugare un sospetto diagnostico o a controllare lo stato generale di salute della persona). Si può fare l'esempio di chi chieda che gli venga praticato un intervento chirurgico non comportante diminuzione permanente dell'integrità fisica (altrimenti potrebbe venire in rilievo l'art. 5 c.c.) del quale non abbia affatto bisogno; o di chi chieda che gli venga somministrata una terapia contro una patologia della quale non è affetto. Ad ogni modo, in casi come questi verrebbe in rilievo anche la stessa deontologia medica: l'art. 22 del Codice deontologico (nella versione del 2014) prevede che «il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». Ma v. pure l'art. 4 del medesimo Codice, che sancisce i principi di libertà e indipendenza della professione medica.



viduare un'autonoma responsabilità aquiliana per i fatti che siano conseguenza del suo inadempimento e che in ogni caso non sia possibile individuare al suo interno degli autonomi doveri di protezione, sia che li si voglia ricercare in capo al soggetto gravato dell'obbligazione (la struttura sanitaria), sia che li si ricerchi in capo ai soggetti da questo incaricati di eseguire materialmente la prestazione (ma su questo punto v. quanto si dirà *infra* a proposito dell'applicazione alla figura del medico dipendente della teoria dell'obbligazione senza prestazione). Per di più l'affermazione della responsabilità aquiliana in capo al medico comportava storture applicative, poiché, astrattamente, il sanitario avrebbe dovuto rispondere solo allorché la sua condotta avesse cagionato un danno al paziente, e non invece anche nell'ipotesi di mero insuccesso delle cure cui non fosse seguito alcun pregiudizio (cioè nel caso in cui il paziente non fosse peggiorato ma neppure migliorato); e tuttavia la giurisprudenza, sul presupposto che altrimenti la responsabilità del sanitario sarebbe risultata oltremodo ridotta, ha spesso addossato al medico il risarcimento anche di quei pregiudizi derivanti dalla mancata acquisizione di un'utilità, ossia quei pregiudizi tipici della responsabilità contrattuale, finendo così per deformare la funzione della responsabilità aquiliana³².

Così, constatata l'inadeguatezza della qualificazione come aquiliana della responsabilità del singolo operatore sanitario, la giurisprudenza ha presto trovato un *escamotage* per affermarne la natura contrattuale. L'appiglio è stato fornito dall'applicazione al medico dipendente della teoria dell'obbligazione senza prestazione³³. In estrema sintesi, tale teoria prende le mosse dagli obblighi di protezione, ossia da quegli obblighi accessori a quello di prestazione, ricavati dal generale dovere di buona fede e che hanno ad oggetto la protezione della persona e delle cose di ciascuna parte di una relazione dal rischio di danno che quella relazione produce³⁴. La principale conseguenza che il riconoscimento di tali obblighi comporta è che la lesione alla persona o al patrimonio di una parte commessa in violazione di essi dà luogo, a carico dell'altra, non già a responsabilità extracontrattuale (come sarebbe altrimenti), bensì a responsabilità contrattuale. Muovendo quindi dal riconoscimento dell'autonomia di tali obblighi (sia sul piano della struttura che su quello della fonte), taluna dottrina ha affermato la possibilità di una loro sussistenza autonoma anche laddove manchi un obbligo di prestazione al quale accostarli³⁵, analogamente a

³² V. D. M. FREDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*², Cedam, 2013, 190, la quale osserva che nonostante la qualificazione come aquiliana della responsabilità del medico avrebbe dovuto comportare la limitazione della responsabilità di quest'ultimo alla sola alterazione in negativo dell'altrui *status quo* (senza estendersi cioè anche alla mancata realizzazione dell'interesse positivo), tale circostanza è stata spesso ignorata dagli interpreti «i quali usano porre l'azione extracontrattuale alla base anche di pretese risarcitorie dovute al mancato raggiungimento di un risultato positivo, rimediando così, nella pratica, alle conseguenze derivanti dall'inadeguato inquadramento sistematico». Per il medesimo rilievo v. anche, in precedenza, A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 447.

³³ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, 191 ss.

³⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 1 ss., nonché ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.

³⁵ V. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 147 ss., e, successivamente, ID., *La nuova responsabilità civile*³, Giuffrè, 2006, 447.

JUS CIVILE



quanto accade nelle trattative contrattuali, nel cui contesto un contratto (cioè un obbligo di prestazione) non c'è ancora, e tuttavia vi sono degli obblighi di protezione, in virtù dell'applicazione alla fase delle trattative del canone della buona fede *ex art. 1337 c.c.*³⁶ Ebbene, la dottrina in parola ha applicato tale modello a diverse fattispecie di responsabilità “di confine”³⁷ nelle quali riteneva riscontrabile il medesimo presupposto all'origine degli obblighi di protezione nelle trattative contrattuali, e cioè un affidamento reso giuridicamente rilevante dalla regola di buona fede³⁸. Tra tali fattispecie è stata fatta rientrare anche quella del medico dipendente di struttura sanitaria, con riguardo alla quale si è detto, in sostanza, che se il medico non è certamente gravato dell'obbligazione di cura (che è in capo alla struttura e che produce un obbligo di prestazione), è tuttavia gravato di un obbligo di *protezione*, cioè di un obbligo di mera conservazione della sfera giuridica del paziente (generato dall'affidamento di quest'ultimo mediato dalla legge); conseguentemente la circostanza che il danno si produce quale violazione di tale obbligo fa sì che la responsabilità del medico possa essere collocata in ambito contrattuale³⁹.

³⁶ La fattispecie delle trattative precontrattuali è infatti l'ipotesi per eccellenza di obbligazione senza prestazione.

³⁷ Fattispecie nelle quali cioè non fosse chiara la natura della relazione (obbligatoria o non obbligatoria) e dunque non fosse chiara, di conseguenza, la natura della responsabilità.

³⁸ In sostanza, scrive questa dottrina, si tratta di vedere se si diano altre ipotesi di affidamento «in grado di dare vita bensì a obblighi tra parti che pure non si possano riconoscere nella qualifica di creditore e debitore instaurata dall'obbligo di prestazione, ma di contenuto anche diverso in quanto non necessariamente rivolti alla stipulazione di un contratto» (C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 170). Secondo tale impostazione, dunque, la responsabilità precontrattuale è solo *species* del *genus* responsabilità da violazione dell'affidamento. L'A. da ultimo citato, infatti, critica la tendenza, assunta dalla dottrina tedesca, di identificare l'obbligazione senza prestazione con la *culpa in contrahendo*: quest'ultima presuppone invero pur sempre l'instaurazione di trattative finalizzate alla conclusione di un negozio, per cui il rischio è quello di forzare la categoria rintracciando un coinvolgimento anche indiretto del soggetto responsabile nella stipulazione di un futuro contratto (C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 173 e successivamente ID., *La nuova responsabilità*, cit., 474, in particolare nt. 71). In realtà, scrive l'A., la categoria generale cui si deve guardare è la violazione dell'affidamento. A sostegno cita, da ultimo, il § 311, c. 3, BGB, così come modificato dalla *Modernisierung des Schuldrechts* a partire dal 1° gennaio 2002, il quale prevede che un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al § 241, c. 2 (cioè obblighi di protezione), può sorgere anche verso soggetti che non devono diventare esse stesse parti contrattuali e che un tale rapporto obbligatorio sorge in particolare se il terzo desta affidamento su di sé in misura notevole e con ciò influenza in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto. Va detto però che l'A. dà di tale disposizione una lettura estensiva, non limitandone l'applicazione alle sole situazioni in cui l'autore dell'affidamento influisce sulla conclusione di un contratto; ciò poiché una simile restrizione, a suo dire, oltre a essere il frutto «non necessario e perciò evitabile» dell'orientamento tedesco che fa coincidere obbligazione senza prestazione e *culpa in contrahendo*, non garantirebbe la necessaria tutela a una situazione che presenta, rispetto a quella considerata dal § 311, c. 3, BGB, i medesimi estremi di fatto. Parla invece, in senso critico, di “mare aperto”, con riferimento alle plurime ipotesi (diverse dalla *culpa in contrahendo*) cui è stata applicata la teoria dell'obbligazione senza prestazione, A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 11 ss., spec. 13 nt. 30.

³⁹ Si noti, comunque, che la circostanza che l'obbligo ritenuto sussistente in capo al medico sia di protezione e non di prestazione comporta, in primo luogo, che il paziente non può vantare alcuna pretesa nei confronti del sanitario, potendo solo dolersi nei suoi confronti delle conseguenze pregiudizievoli che l'inesatta esecuzione dell'attività gli abbia provocato (al pari di quanto avviene nello schema della responsabilità extracontrattuale). In secondo luogo, in ipotesi di mancato rispetto degli obblighi di protezione si dovrebbe parlare non già di *inadempimento* (termine che evoca l'esistenza di un obbligo di prestazione), bensì di *violazione* (v. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 707), tanto che l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale alla violazione degli obblighi di protezione dovrebbe avvenire non in via diretta, ma analogica (Cfr. C. CASTRO-

JUS CIVILE



Ora, va detto che la giurisprudenza, che non ha esitato ad appropriarsi, a partire dal 1999⁴⁰, della ricostruzione appena esposta, ha in realtà vistosamente deformato la teoria che la giustificava, dal momento che i giudici hanno sempre motivato l'affermazione della responsabilità contrattuale del medico non già con la violazione di un obbligo di protezione (come avrebbe voluto la teoria dell'obbligazione senza prestazione), bensì con l'inadempimento di una vera e propria prestazione oggetto di un'obbligazione nata dall'affidamento (o dal "contatto sociale"), il quale costituirebbe fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art. 1173 c.c.* In altre parole i giudici hanno qualificato il medico come debitore di una prestazione piena (e non invece gravato di meri obblighi di protezione) in quanto tale chiamato a rispondere di vero e proprio inadempimento, ossia non solo quando dalla sua attività derivi danno al paziente, ma anche quando questi non riceva l'effetto sperato⁴¹.

Ad ogni modo, al di là dell'applicazione fattane dalla giurisprudenza, la teoria dell'obbligazione senza prestazione e soprattutto la sua estensione a diverse fattispecie di relazione è stata sottoposta a serrata criticata in dottrina, poiché non sussisterebbero, a detta di molti, i presupposti affinché la relazione (il "contatto") tra medico e paziente possa generare obblighi protettivi⁴². Più precisamente la relazione tra medico e paziente, a differenza di quella che s'instaura

NOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, 503, nt. 200, e, più recentemente, ID., *Ritorno*, cit., 707).

⁴⁰ Il riferimento è a Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁴¹ Con riferimento a tale interpretazione giurisprudenziale del contatto sociale parla di «erronea prospettiva» L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, 2007, 354 ss. «È nata così», scrive l'A., «da un malinteso significato del concetto di obbligazione senza prestazione, la figura della "responsabilità da contatto sociale" che, lungi dall'essere un concetto per denotare il profilo sanzionatorio di quella forma di obbligazione, intende ravvisare nel mero "contatto sociale" instauratosi a monte della fattispecie di danno il presupposto sufficiente per attivare la disciplina dell'inadempimento». Anche A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 874, ritiene che l'espressione «responsabilità da contatto sociale» sia frutto di un fraintendimento linguistico. Critica verso l'interpretazione giurisprudenziale è pure L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO E M. TALAMANCA, I, t. III, Cedam, 2010, 42 e 53, che parla di snaturamento dell'obbligazione senza prestazione, come esempio del quale richiama Cass. 8 ottobre 2008 n. 24791, nella quale si afferma che «la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero trova titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1218 c.c.», assimilandosi così (come scrive C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., 710) la responsabilità del primo a quella del secondo all'insegna della (presunta) comune natura contrattuale. Per ulteriori esempi dei modi in cui la giurisprudenza ha frainteso il riferimento al contatto sociale v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 146 ss. La commistione tra protezione e prestazione produce infine una contraddizione anche sul piano processuale, rilevata da A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite*, cit., 878, in relazione all'applicazione alla responsabilità del medico dei principi di Cass. S.U. 30 ottobre 2001 n. 13533 (in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*) in tema di onere della prova. Evidenzia infatti l'A. che la giurisprudenza da un lato riconosce che il paziente non ha una pretesa vera e propria verso il medico, ma dall'altro «reputa che l'onere della prova per la domanda di risarcimento dei danni sia equivalente a quello della domanda di adempimento» (appunto applicando i principi della sentenza richiamata). Mentre invece, obietta l'A., «in questi casi l'equivalenza non è predicabile, in quanto il paziente non è legittimato a una domanda di adempimento (...)».

⁴² Particolarmente critico sul ruolo dell'affidamento nell'estensione della teoria dell'obbligazione senza presta-

JUS CIVILE



nelle trattative contrattuali, non si atteggia a relazione negoziale, né può dirsi simile ad essa: il contatto tra i due, cioè, non nasce in vista della creazione di un rapporto obbligatorio, né della creazione di un rapporto di cortesia⁴³. Inoltre, a ben guardare, l'affidamento che connota la relazione medico-paziente è unilaterale (non affidandosi il medico ad alcuno), mentre nel modello della *culpa in contrahendo* è reciproco. Nella dottrina italiana, in effetti, si è messo in luce (sulla scorta di taluna dottrina tedesca) che il "contatto sociale" non potrebbe dar vita a obblighi di protezione se non in quei casi in cui il contatto tra le parti sia negoziale, cioè sia in qualche modo preordinato alla conclusione di un contratto (indipendentemente dal fatto che ciò poi si realizzi), oppure, pur non essendo negoziale, sia comunque ad esso assimilabile⁴⁴. Per la verità, non si esclude *a priori* che anche contatti diversi da quelli negoziali e da quelli a questi ultimi simili possano costituire fonti di obbligazioni (senza dovere primario di prestazione); tuttavia si ritiene che ciò possa accadere «solo lì dove per le obbligazioni medesime possa essere trovata una base giuridica», la quale però «non può essere costituita da un semplice affidamento», né a maggior ragione, si potrebbe aggiungere, da un affidamento unilaterale⁴⁵.

In definitiva, anche il tentativo di qualificare la responsabilità del singolo operatore sanitario come contrattuale incappa in difficoltà difficilmente superabili.

zione oltre l'ambito delle trattative è M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, UTET, 2011, 86 ss. Contrario all'estensione in parola è anche A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 8 ss., spec. 11 ss., secondo il quale «l'innalzamento a categoria del più ampio principio della c.d. responsabilità da (violazione dell') affidamento *Vertrauenshaftung* si rivela insincero e inappropriato (...)».

⁴³ Secondo A. ZACCARIA, "Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *juscivile.it*, 2017, 3, spec. 187 ss., ai "contatti negoziali", che si connotano per il fatto di essere voluti e di mirare a un preciso scopo (cioè la conclusione di un negozio), possono affiancarsi i contatti «simili ai contatti negoziali», «tendenti a porre in essere una situazione che assomiglia a quella che scaturisce dalla conclusione di un negozio, non solo per il motivo che il contatto è voluto, bensì anche perché le parti, nell'entrare in contatto, intendono stabilire un rapporto che allo stesso modo, da un lato, mira all'esecuzione e, dall'altro, al conseguimento di una determinata prestazione "principale"», fermo però il fatto che tale prestazione non risulterà mai dovuta (cioè oggetto di un rapporto obbligatorio), bensì verrà attuata solo «per spirito di cortesia, e dunque a titolo gratuito e senza alcun vantaggio per l'adempiente».

⁴⁴ A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 ss., spec. 88 ss., il quale si richiama al pensiero di E. A. Kramer e a quello di C. W. Canaris; ID., *Rappresentanza apparente e "contatto sociale": considerazioni circa il ruolo dell'affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium iuris*, 2016, spec. 1165; ID., "Contatto sociale", cit., spec. 189 ss. Cfr. inoltre quanto scrive, più recentemente, e anche con riferimento alla figura del medico dipendente, C. W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1 ss., spec. 7.

⁴⁵ A. ZACCARIA, "Contatto sociale", cit., 192. Secondo l'A. nella categoria dei contatti sociali diversi da quelli negoziali e da quelli simili a quelli negoziali (cioè la terza categoria di contatti che egli individua) rientrerebbero: i «contatti che a prima vista parrebbero anch'essi da ricondurre alla categoria dei contatti simili ai contatti negoziali, ma che come tali non sono definibili per il motivo che, pur se instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione che non finisce mai per essere dovuta, non possono essere intesi come diretti alla costituzione di un rapporto, anche soltanto di cortesia, dato che la prestazione medesima non viene eseguita a titolo gratuito e senza vantaggio per l'adempiente»; e i «contatti che nemmeno apparentemente possono essere ricondotti al mondo di quelli negoziali, per quanto ampiamente inteso, in quanto non sono instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione». Nel primo gruppo andrebbe classificato il contatto tra medico dipendente e paziente, dal momento che il medico non agisce a titolo gratuito, bensì incassa un compenso (anche se dalla struttura e non dal paziente), sicché non può configurarsi un rapporto anche solo di cortesia.

JUS CIVILE



6. – Le brevi considerazioni svolte nel paragrafo precedente vorrebbero evidenziare che i diversi fondamenti individuati per giustificare un'autonoma responsabilità del personale sanitario dipendente da una struttura di cura non si rivelano pienamente soddisfacenti.

Ci si potrebbe allora interrogare sulle motivazioni per le quali il sistema (soprattutto la giurisprudenza, ma pure la dottrina) è portato a condannare, assieme alla struttura sanitaria, anche chi materialmente ha agito, pur se non necessariamente chiunque abbia concorso al danno⁴⁶.

La risposta sembra poggiare più su un atteggiamento culturale che su argomenti giuridici, e si rivela essere il frutto del concorso di diversi fattori. Guardando all'evoluzione della responsabilità del medico successivamente al codice civile del 1865, ci si può rendere conto che l'affermazione della possibilità che il medico sia chiamato a rispondere civilmente ove la sua opera non sia stata eseguita correttamente ha rappresentato una svolta (anche culturale) importante, dal momento che in precedenza il medico, come in generale l'esercente una professione liberale, veniva considerato (quasi) *legibus solutus*⁴⁷. L'affermazione della responsabilità del professionista sanitario ha costituito quindi il segno dell'emersione delle esigenze di tutela del paziente. Certamente l'operatività di tale responsabilità, sia quanto al suo inquadramento, sia quanto al grado di sindacabilità dell'operato del medico da parte del giudice, è risultata mutevole, pur indirizzandosi verso un livello sempre maggiore di tutela per il danneggiato. Ma il dato importante è che la valorizzazione della responsabilità personale del medico trovava un solido ancoraggio nella realtà, dal momento che, fino a un passato non lontano, la relazione di cura consisteva in un rapporto instaurato prevalentemente tra singoli e, anche in contesti caratterizzati da un minimo di organizzazione, il ruolo del professionista che prendeva in cura il paziente era centrale.

Ora le cose non stanno più così.

Si è già accennato in precedenza che già da anni è in atto un fenomeno di progressiva spersonalizzazione dell'attività medica, nel quale il ruolo di curante non è quasi mai assunto da un singolo professionista, bensì da una struttura organizzata complessa. Ciò è dovuto alla necessità, sempre più frequente, di un approccio multidisciplinare alla cura, a sua volta imposto dal progresso scientifico; ma è dovuto anche, soprattutto per il settore pubblico, alla necessità di pianificare l'erogazione delle prestazioni sanitarie in modo efficiente. Così, sia per il bisogno di coinvolgere diverse professionalità, sia per necessità organizzative (tipicamente il fatto che a visitare il paziente non è sempre la stessa persona), il paziente viene preso in carico da quello che si dovrebbe chiamare un "macroiatra"⁴⁸, cioè dal reparto di una struttura (o comunque da un'*équipe*), il quale, a sua volta, può dover coordinare l'intervento di ulteriori reparti (ad esempio per singoli esami diagnostici o di laboratorio). Ebbene, non si può ignorare, come visto in

⁴⁶ Infatti nei casi in cui il danno è dovuto a cause organizzative o procedurali, esso viene spesso genericamente imputato alla struttura, pur essendo in ipotesi possibile individuare precise responsabilità.

⁴⁷ Cfr. M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, 1993, 11 ss.

⁴⁸ Per utilizzare la terminologia di F. GALGANO, *Contratto*, cit., 720.

JUS CIVILE



precedenza, che tale condizione abbia dei riflessi anche per quanto attiene al soggetto con cui si instaura il rapporto fiduciario, dal momento che quest'ultimo, in tali casi, ben potrebbe dirsi indirizzato più che verso un singolo professionista, verso l'intera *équipe*, o verso l'intera struttura sanitaria. Anche al di là degli aspetti più tecnico-giuridici, quindi, già la considerazione di tale fenomeno dovrebbe portare a domandarsi quale sia il significato del coinvolgimento personale del sanitario in sede di responsabilità.

Sulla scorta delle osservazioni svolte in precedenza, infatti, parrebbe più opportuno che laddove il rapporto intercorra tra il paziente e una struttura organizzata, solo quest'ultima sia chiamata a rispondere (in via contrattuale) dei danni eventualmente riportati dal paziente, senza che possa invece essere invocata alcuna forma di responsabilità diretta dell'operatore sanitario (medico o professionista sanitario che sia) che concretamente ha dato attuazione all'obbligo della struttura.

In effetti l'ostinazione per l'affermazione della responsabilità personale del sanitario dipendente sembra più il retaggio di un'epoca passata, di un mondo in cui del proprio medico si conosceva bene il nome. Nel contesto attuale tale responsabilità, anziché costituire la garanzia di una giusta riparazione per la lesione di un bene di somma importanza, finisce piuttosto per assumere, nella degenerazione prodotta dalla sua eccessiva invocazione, il sapore della ritorsione del paziente che non si ritenga soddisfatto delle cure.

In questo senso è sicuramente d'aiuto guardare alla soluzione adottata nell'ordinamento francese per la figura del *médecin salarié* (il medico dipendente di struttura privata⁴⁹): se pur inizialmente egli era ritenuto direttamente responsabile verso il paziente in quanto si riteneva che necessariamente concludesse con lui un autonomo rapporto obbligatorio (il *contrat médical*) per il solo fatto di prenderlo in cura all'interno della struttura, successivamente è stato ritenuto esente da qualsiasi responsabilità, sia contrattuale che aquiliana. Quanto alla responsabilità contrattuale, infatti, la giurisprudenza ha riconosciuto che parte del *contrat médical* va considerata la struttura, e non il medico⁵⁰; quanto alla responsabilità aquiliana, i giudici hanno ritenuto applicabile al medico dipendente il principio della c.d. *immunité*, nei limiti in cui la sua condotta costituisca attuazione dell'obbligazione della struttura⁵¹, ossia purché il medico abbia agito *sans*

⁴⁹ È preferibile guardare ai rapporti con le strutture private perché in Francia la relazione con le strutture pubbliche è stata a lungo influenzata dalle regole del diritto amministrativo che impedivano di ricorrere al modello privatistico dell'obbligazione.

⁵⁰ V. Cass. 1^{re} civ. 4 giugno 1991, cit. È pur vero, come già osservato nella nota 20, che tale soluzione è stata purtroppo limitata al solo caso in cui il medico di cui si serve la struttura sia dipendente (*salarié*), essendo stata esclusa allorché il medico sia libero professionista (c.d. *médecin libéral*).

⁵¹ Il principio dell'*immunité* è stato coniato dalla Corte di cassazione francese con il celebre *arrêt Costedoat* (Cass. ass. plén. 25 febbraio 2000, in *Resp. civ. assur.*, 2000, 7, con nota di H. GROUDEL). In tale pronuncia, che riguardava un caso di responsabilità extracontrattuale del preposto (e quindi di responsabilità vicaria del preponente), i giudici hanno affermato che «n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant», in tal modo sancendo una vera e propria irresponsabilità del preposto laddove la sua condotta risulti esecutiva dell'obbligazione assunta dal committente, al quale solo viene quindi imputato il danno. Come detto nel testo, il principio in parola è stato poi applicato anche al personale

JUS CIVILE



*excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant*⁵². Ciò, evidentemente, in virtù della considerazione che, una volta ammesso che l'obbligazione di cura (il *contrat médical*) venga assunta dalla struttura, sarebbe assurdo addossare al medico del quale essa si serve una responsabilità per l'esecuzione di un'attività da essa stessa commissionata e nel suo interesse svolta⁵³.

Di certo la responsabilità personale del medico dipendente non pare poter produrre effetti positivi (come pure si potrebbe pensare) sul piano della qualità della prestazione che egli rende. La circostanza che il sanitario possa essere direttamente oggetto dell'azione intentata dal paziente comporta infatti, in primo luogo, l'aumento dei costi per le aziende sanitarie, dal momento che esse hanno l'obbligo di rifusione delle spese legali verso il proprio dipendente che sia risultato esente da responsabilità all'esito di un procedimento giudiziario azionato per fatti o atti connessi all'espletamento del servizio⁵⁴. In secondo luogo il fatto che il medico si senta sottoposto al rischio di azioni dirette può incentivare il ricorso alla c.d. "medicina difensiva attiva", fenomeno che comporta enormi costi per la sanità pubblica⁵⁵. D'altra parte è pur vero che il venir meno della responsabilità personale potrebbe produrre fenomeni di deresponsabilizzazione professionale, certamente da evitare in un ambito tanto delicato quale quello dell'erogazione di prestazioni sanitarie. Tuttavia un tale risvolto potrebbe e dovrebbe essere scongiurato attraverso meccanismi interni al rapporto di lavoro: *in primis* attraverso la responsabilità disciplinare (ove ne ricorrano gli estremi), ma anche attraverso il potenziamento degli strumenti di valutazione degli incarichi conferiti ai medici ai fini della progressione di carriera e della corresponsione di incentivi o quote variabili di retribuzione⁵⁶.

dipendente di una struttura sanitaria (cfr. le due identiche Cass. 1^{re} civ. 9 novembre 2004, n. 01-17.908 e Cass. 1^{re} civ. 9 novembre 2004, in *RTD civ.*, 2005, 143, *obs.* P. JOURDAIN), pur se in questo caso sarebbe forse stato più corretto esonerare i sanitari da responsabilità per il fatto che, essendo il contratto di cura concluso con la sola struttura, essi non avevano commesso una *faute extérieure à l'exécution du contrat* (su quest'ultimo principio v. D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui e de son caractère autonome*, in *RRJ*, 1996, spec. §§ 42 ss.).

⁵² Si noti che tale conclusione resta valida anche dopo la riforma del *code de la santé publique* del 2002 (avvenuta con la l. 4 marzo 2002 n. 303): il principio dell'*immunité* sancito dall'*arrêt Costedoat* è infatti pienamente compatibile con la nuova formulazione dell'art. L. 1142-1 *code de la santé publique* (cfr. C. RADÉ, nota a C.A. Paris, 1^{re} ch., sect. B, 20 gennaio 2006, in *Resp. civ. assur.*, 2006, 22).

⁵³ Diversa, va ricordato, è la soluzione dell'ordinamento francese allorché il medico lavori per conto di una struttura con contratto libero professionale (c.d. *médecin libéral*): in questo caso la giurisprudenza ha continuato a ritenere che il *contrat médical* intercorra direttamente tra paziente e medico (senza coinvolgere la struttura), sicché il medico rimane personalmente responsabile nei confronti del paziente per l'inesatta esecuzione della propria prestazione. Si tratta, tuttavia, di posizione fortemente criticata dalla dottrina (cfr. S. PORCHY-SIMON, *Regard*, cit., 361 ss.).

⁵⁴ Cfr. gli artt. 24 e 25 CCNL 8 giugno 2000 per l'area della dirigenza medica e veterinaria del SSN e l'art. 25 CCNL 19 gennaio 2005 per il personale medico dipendente di strutture private.

⁵⁵ Si distingue infatti tra la medicina difensiva "attiva" (o "commissiva"), che consiste nella prescrizione di esami o visite non realmente necessari in considerazione del quadro clinico (e che comporta quindi un aumento dei costi per il SSN), e la medicina difensiva "passiva" (o "omissiva"), che consiste nella rinuncia a curare pazienti che presentano casi particolarmente complessi o nel rifiuto di prescrivere o eseguire atti diagnostico-terapeutici ad alto rischio di insuccesso o complicanze (cfr. A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 899 ss.).

⁵⁶ Qualcosa di simile è previsto dalla l. 24/2017 (che tuttavia contempla espressamente la responsabilità personale

JUS CIVILE



Svolte tali considerazioni circa l'inquadramento della relazione di cura, i suoi attori e la loro responsabilità, è ora possibile prendere in esame le specifiche disposizioni della l. 24/2017 che disciplinano l'obbligazione di cura e le conseguenti responsabilità, al fine di valutarne l'opportunità in relazione agli obiettivi presi di mira dal legislatore.

7. – La disposizione della l. 24/2017 che si occupa della relazione di cura e della conseguente responsabilità è l'art. 7⁵⁷. La norma, espressamente definita come imperativa⁵⁸, statuisce, al comma 1, che la struttura (pubblica o privata) che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvale dell'opera di esercenti la professione sanitaria, risponde delle loro condotte ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., anche qualora tali soggetti siano stati scelti dal paziente e ancorché essi non siano dipendenti della struttura.

In primo luogo si riconosce dunque espressamente la natura obbligatoria della relazione tra paziente e struttura; tale affermazione è in effetti compatibile sia con l'inquadramento della relazione di cura con le strutture private in un contratto (atipico), sia con la situazione del soggetto ammesso a fruire della prestazione della struttura pubblica (ricostruzione preferibile, come visto, rispetto a quella prettamente contrattuale). Ma l'espressa qualificazione della relazione di cura come rapporto obbligatorio riveste un ulteriore duplice valore. Da un lato essa conferma, come già visto, la possibilità che anche una struttura organizzata possa assumere un'obbligazione avente a oggetto la prestazione di cure verso il paziente, diversamente da quanto invece riteneva taluna dottrina argomentando dalla natura protetta dell'esercizio della professione medica⁵⁹. D'altro lato, il riconoscimento in questione pone fine definitivamente (così almeno si auspica) alle ambiguità insinuate da quella giurisprudenza che, richiamando impropriamente il "contatto sociale" anche nella relazione tra paziente e struttura (oltre che in quella tra paziente e medico dipendente) adombrava la possibilità che il vincolo obbligatorio tra i due promanesse da tale situazione, ignorandone clamorosamente la fonte provvedimentale (costituita dall'atto di ammissione al servizio pubblico) o, in alternativa (per le strutture private), negoziale⁶⁰.

dell'operatore sanitario) il cui art. 9, c. 5, prevede che «per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori».

⁵⁷ Rubricato «Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria».

⁵⁸ Per alcune considerazioni sulla qualificazione come «imperative» delle disposizioni dell'art. 7, l. cit., v. M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici, in *Studium iuris*, 2017, 787 ss. Ritene la predetta qualificazione un'«ombrosa e inelegante intima-zione» R. PARDOLESI, *Chi vince e chi perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 265.

⁵⁹ Cfr. E. NAVARRETTA, *L'adempimento*, cit., 1454, che richiama S. MAZZAMUTO, *Note*, cit., 505.

⁶⁰ Cfr. Cass. 3 febbraio 2012 n. 1620, in www.iusexplorer.it. Più recentemente v. Trib. Milano 18 novembre 2014, cit., il quale, nel riaffermare la validità, pur all'esito della "legge Balduzzi", del precedente orientamento giurisprudenziale in materia di responsabilità del medico, scrive che «sia l'obbligazione del nosocomio nei confronti del pa-



Può suscitare invece qualche perplessità il richiamo degli artt. 1218 e 1228 c.c. per il caso in cui la struttura «si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria». In effetti è scontato che la struttura debba avvalersi di tali soggetti per l'adempimento della propria obbligazione (trattandosi di persona giuridica), così come dovrebbe essere scontato sia che chi si avvale di ausiliari (e «ancorché non dipendenti») risponda dei loro fatti ai sensi dell'art. 1228 c.c.⁶¹, sia che tale responsabilità non sia distinta da quella *ex art.* 1218 c.c., ma piuttosto con essa si identifichi, dal momento che il fatto dell'ausiliario è il fatto del debitore (essendo a quest'ultimo attribuito dalla legge)⁶². È pur vero, comunque, che il richiamo alla fattispecie della responsabilità per fatto degli ausiliari può valere a escludere che sia addossata alla struttura una responsabilità oggettiva, cioè non riconducibile, almeno per quanto dipende dal fatto degli ausiliari-sanitari, a un comportamento colpevole di questi ultimi⁶³. Ma, ammesso il richiamo all'art. 1228 c.c., resta comunque ridondante quello all'art. 1218 c.c.

Quanto invece alla precisazione per cui la responsabilità della struttura non viene scalfita dalla circostanza che i sanitari che hanno preso in cura il paziente siano stati scelti da quest'ultimo, è opportuno innanzi tutto precisare che pare corretto intendere tale eventualità come riferita al caso in cui la scelta del paziente si innesti pur sempre nel rapporto con la struttura, ossia si traduca nell'indicazione di quale ausiliario di quest'ultima dovrà eseguire la prestazione. Non potrebbe invece riferirsi la precisazione in parola all'ipotesi in cui tra paziente e medico prescelto intercorra un autonomo rapporto contrattuale⁶⁴: invero i sanitari al cui interno la scelta viene effettuata (secondo quanto prevede l'art. 7) sono pur sempre quelli dei quali la struttura si avvale «nell'adempimento della propria obbligazione», cosa che presuppone che il rapporto obbligatorio (di cura) sia instaurato con la struttura, sicché l'unica scelta che può essere compiuta è

ziente, sia quella del medico, ancorché non fondate, talvolta l'una, talvolta l'altra, su una stipulazione negoziale di tipo ordinario, ma su un mero contatto sociale, [hanno] comunque natura contrattuale, atteso che a detto contatto si ricollegano specifici obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi (nella fattispecie quello preso in considerazione dall'art. 32 Cost.) che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (...).»

⁶¹ Per di più, venendo in questione un soggetto organizzato, la responsabilità *ex art.* 1228 c.c. riguarda non solo gli atti posti in essere dai soggetti esercenti una professione sanitaria, ma anche quelli compiuti dal personale tecnico-amministrativo.

⁶² Cfr. C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*², Zanichelli, 1979, 453 e, più recentemente, A. D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361 ss., spec. 365.

⁶³ Così E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 37, il quale rileva che in questo senso l'intervento legislativo presenta indubbe assonanze con la scelta francese (operata attraverso l'art. 1142-1 del *code de la santé publique*) di circoscrivere la responsabilità in ambito sanitario al solo caso in cui ricorra una *faute*.

⁶⁴ Ritengono che con la riforma sia stata affermata la responsabilità della struttura anche nel caso in cui tra paziente e medico prescelto intercorra un autonomo contratto, R. CALVO, *La «decontrattualizzazione»*, cit., 470 e R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 264. Interpretano invece la disposizione in discorso nel senso espresso nel testo, M. FACCIOLI, *La nuova disciplina*, cit., 666 e G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 494, nt. 15.

JUS CIVILE



quella di suoi ausiliari (non essendo immaginabile, in aggiunta al rapporto con la struttura, la creazione di un ulteriore vincolo obbligatorio con il singolo professionista⁶⁵). La precisazione, comunque, può risultare opportuna per fugare ogni dubbio sulla possibilità che la scelta del paziente-creditore escluda o riduca la responsabilità della struttura: in effetti laddove l'obbligazione di cura sia assunta da quest'ultima, l'eventuale opzione da parte del paziente per un determinato sanitario (ove ciò sia possibile: si pensi al caso classico del medico di assistenza primaria) sarebbe pur sempre compiuta all'interno del personale messo a disposizione dalla struttura, e pertanto non potrebbe essere qualificata alla stregua di un fatto del creditore che fa venir meno la responsabilità di quest'ultima⁶⁶.

Diverso invece sarebbe il discorso laddove il paziente ottenesse dalla struttura di farsi curare da un medico diverso da quelli dei quali essa si avvale, scegliendo il sanitario in maniera del tutto autonoma e contrattando con quest'ultimo la prestazione: in tal caso dovrebbe dirsi che l'obbligazione di cura viene assunta direttamente dal sanitario, per cui dei danni provocati da quest'ultimo la struttura non dovrebbe essere chiamata a rispondere⁶⁷.

Ma, a ben guardare, i profili di responsabilità per la struttura non finiscono qui. Rinviando ai paragrafi che seguono le considerazioni relative al regime di responsabilità introdotto dalla riforma per il singolo operatore sanitario, si può solo aggiungere che se si perviene a qualificare come realmente aquiliana la responsabilità di quest'ultimo *ex art. 7, c. 3, l. 24/2017* (disposizione che rinvia all'art. 2043 c.c., ma sulla cui interpretazione si avrà modo di soffermarsi), inevitabilmente sulla struttura sanitaria verrebbe a gravare, oltre a quella contrattuale, anche la responsabilità di cui all'art. 2049 c.c., che però non può che apparire come una macchinosa duplice.

⁶⁵ Ritiene che medico e struttura possano risultare obbligati in solido all'esecuzione della medesima prestazione di cura (considerata indivisibile) G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità*, cit., 505 ss., pervenendo tuttavia ad applicare in questo caso non già l'art. 1228 c.c. (come parrebbe secondo l'art. 7 del testo della riforma), bensì l'art. 1307 c.c.

⁶⁶ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., 470. Con specifico riferimento alla scelta del medico di assistenza primaria (il c.d. medico di famiglia) sia consentito il rinvio a R. POMIATO, *Profili*, cit., 452 ss.

⁶⁷ In effetti l'art. 7 l. cit., presuppone pur sempre che la struttura, per essere chiamata a rispondere delle condotte del sanitario (ancorché scelto dal paziente), abbia agito «nell'adempimento della propria obbligazione» (di cura, s'intende), circostanza che non può dirsi verificata allorché il paziente abbia concordato la prestazione con un sanitario totalmente estraneo ad essa (e che dunque non può in alcun modo essere considerato suo ausiliario). Non sembra possibile pensare che la norma imponga la responsabilità della struttura per l'operato del medico anche laddove questi sia scelto dal paziente al di fuori di quelli che operano al suo interno. Non è infatti condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa nel mero «collegamento» tra la relazione con il medico e quella con la struttura l'*escamotage* per affermare sempre e comunque la responsabilità di quest'ultima (cfr. Cass. 14 luglio 2004 n. 13066, in *Danno resp.*, 2005, 537, con nota di F. AGNINO, e, successivamente, Cass. 13 gennaio 2005 n. 571; Cass. 26 gennaio 2006 n. 1698; Cass. 9 novembre 2006 n. 23918; Cass. 22 marzo 2007 n. 6945; Cass. 14 giugno 2007 n. 13953, tutte in www.iusexplorer.it). Piuttosto in tanto tale responsabilità potrà essere affermata in quanto il medico scelto dal paziente sia uno di quelli dei quali la struttura si avvale, ossia sia parte dell'organizzazione da essa predisposta per l'adempimento delle proprie obbligazioni.

JUS CIVILE



8. – Dopo aver individuato quella che si potrebbe definire la regola generale di responsabilità delle strutture sanitarie (ossia la responsabilità contrattuale), l'art. 7 della l. 24/2017 la estende, attraverso il comma 2, anche ad altre fattispecie, nelle quali la prestazione è pur sempre erogata da una struttura o è comunque in qualche modo collegata alla sua organizzazione. Si tratta delle prestazioni svolte: in regime di libera professione intramuraria, nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, in regime di convenzionamento con il Servizio sanitario nazionale e attraverso la telemedicina. Prima di soffermarsi più nel dettaglio su alcune di esse, è possibile, però, svolgere una considerazione generale sulle modalità con cui tali fattispecie sono state prese in considerazione da parte del legislatore. Come detto, infatti, la disposizione del comma 2 dell'art. 7 citato, è concepita come un'estensione della regola del comma 1, sul presupposto dunque (almeno così si direbbe), che le fattispecie cui tale estensione si applica non siano già ricomprese nella regola generale. Tuttavia tale inferenza non sarebbe del tutto corretta, dal momento che, a ben guardare, le ipotesi cui si riferisce l'estensione non presentano deviazioni significative dal modello del comma 1⁶⁸ (il quale, a sua volta, è la riaffermazione di una regola già presente nell'ordinamento)⁶⁹. Si tratta pur sempre, cioè, di situazioni in cui la struttura si avvale di terzi per l'erogazione della prestazione sanitaria cui è obbligata in prima persona, e nelle quali quindi sarebbe già per questo applicabile il principio della responsabilità per fatto degli ausiliari.

Orbene, svolta questa premessa generale, alcune considerazioni particolari possono essere sviluppate con riferimento a due singole fattispecie: quella delle prestazioni erogate in regime di libera professione intramuraria e quella delle prestazioni rese in regime di convenzione con il SSN. Per esigenze di unitarietà, però, le considerazioni relative alla prima fattispecie verranno esposte in seguito, successivamente all'esame del regime di responsabilità introdotto per il singolo operatore sanitario.

Circa dunque l'estensione della responsabilità contrattuale della struttura anche ai danni derivanti dalle prestazioni rese in regime di convenzionamento con il Servizio sanitario nazionale, si tratta di una previsione che, ancorché non indispensabile, può risultare utile per far chiarezza su fattispecie che potevano dar luogo a dubbi interpretativi. Per prima cosa l'ambito delle attività cui la disposizione si riferisce è costituito dalle prestazioni erogate da diverse categorie di medici tutti legati alle aziende sanitarie da un rapporto di lavoro convenzionato: medici di assistenza primaria, pediatri di libera scelta, medici di continuità assistenziale (*ex* guardie mediche), specialisti ambulatoriali interni e altre professionalità sanitarie ambulatoriali (biologi, chimici, psicologi)⁷⁰. Non

⁶⁸ Peculiare, comunque, è la fattispecie della libera professione intramuraria, sulla quale, però, si rimanda alle considerazioni che verranno svolte nel prosieguo della trattazione.

⁶⁹ Per di più la precisazione, nel comma 1, che la regola in esso contenuta vale anche laddove il sanitario sia stato scelto dal paziente e ancorché esso non sia dipendente, ben si attaglia già di per sé proprio a uno dei casi ai quali tali regola è "estesa", ossia alla figura del medico convenzionato (e, all'interno di tale categoria, a quella del medico di assistenza primaria, scelto dal paziente all'interno di quelli messi a disposizione dall'azienda sanitaria).

⁷⁰ La disciplina di riferimento è contenuta in distinti Accordi Collettivi Nazionali i quali, prima della privatizzazione del pubblico impiego, erano emanati con d.p.r.

JUS CIVILE



vi rientrano invece, poiché la disposizione richiama il solo regime di convenzionamento e non anche quello di accreditamento, le prestazioni erogate dalle strutture private accreditate, ossia quelle strutture che, in considerazione del possesso di determinati requisiti di elevata qualificazione (accertati appunto attraverso il processo di accreditamento), erogano, previa stipulazione di accordi contrattuali con le aziende sanitarie pubbliche, prestazioni per conto di queste ultime, le quali provvedono poi alla loro remunerazione secondo il *budget* predeterminato⁷¹. In verità anche con riguardo all'attività dei medici convenzionati non sarebbe stato difficile arrivare ad affermare la responsabilità contrattuale della struttura per il loro operato (considerandoli dunque suoi ausiliari): in effetti, anche con riguardo ai rapporti nei quali si potrebbe intravedere una qualche forma di relazione autonoma tra medico e assistito (si pensi alla relazione con il medico di famiglia o a quella con il pediatra), se è pur vero che è il paziente a scegliere il professionista e che tra i due si instaura una relazione autonoma (e apparentemente contrattuale, seppur gratuita)⁷², è altrettanto vero che l'instaurazione di tale relazione è pur sempre oggetto degli obblighi che il professionista assume attraverso l'adesione alla convenzione⁷³, oltre che il modo in cui la struttura adempie i propri obblighi pubblicistici (aventi ad oggetto l'erogazione dell'assistenza c.d. medico-generica e pediatrica). Del resto, nella direzione della responsabilità dell'azienda sanitaria pubblica anche per le prestazioni erogate dai medici con essa convenzionati si era già espressa la giurisprudenza di legittimità, seppur con qualche incertezza⁷⁴.

9. – Veniamo dunque alla configurazione della responsabilità del personale sanitario che opera all'interno di strutture sanitarie o sociosanitarie.

Il primo periodo del comma 3 dell'art. 7 della l. 24/2017 dispone che «l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del

⁷¹ Per la verità fino al d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229 anche il rapporto con le strutture sanitarie private era di convenzionamento. Il provvedimento legislativo citato ha introdotto però il sistema dell'accreditamento, che prevede, ai fini della stipula dell'accordo contrattuale con l'azienda sanitaria, il possesso, da parte della struttura, di requisiti ulteriori a quelli necessari per ottenere la mera autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria. Sul sistema dell'accreditamento v. D. DALFINO, *Dal convenzionamento all'accreditamento istituzionale*, in *Foro it.*, 1999, I, 2931.

⁷² Di relazione contrattuale tra medico di medicina generale e paziente parla V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, ESI, 1993, 29 ss.; anche G. ALPA, *La responsabilità*, cit., 330, valorizza il rapporto diretto tra medico e paziente, arrivando così a escludere ogni responsabilità dell'azienda sanitaria per i danni causati dal professionista. Nel senso che tra medico di medicina generale e paziente s'instaura un contratto gratuito in deroga all'art. 2233 c.c. v. infine C. MIRIELLO-I. SARICA, *La responsabilità medico-sanitaria*, in *Le aziende sanitarie pubbliche*, a cura di C. MIRIELLO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, L. Cedam, 2009, 118. Secondo A. PRINCIGALLI, *La responsabilità*, cit., 20 ss., invece, lo schema entro cui andrebbe inquadrata la relazione tra utente e medico di medicina generale sarebbe quello del contratto a favore di terzo, ove stipulante sarebbe l'azienda sanitaria e promittente il medico. In quest'ottica l'assistito acquisterebbe il diritto alla prestazione nel momento in cui effettua la scelta e non avrebbe azione (né contrattuale, né aquiliana) contro la struttura in caso di fatto illecito del medico.

⁷³ L'art. 8, c. 1, lett. b), d.lgs. 502/1992 prevede che il medico di medicina generale possa ricusare l'assistito solo per «eccezionali ed accertati motivi di incompatibilità».

⁷⁴ V. Cass. 27 marzo 2015 n. 6243, cit., nonché i riferimenti in nota 10.

JUS CIVILE



codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente».

In primo luogo si può osservare che opportunamente la disposizione si riferisce in generale all'esercente la professione sanitaria, ricomprendendo così tutte le diverse tipologie di operatori che possono essere coinvolte nella relazione di cura⁷⁵. Inoltre la disposizione prevede, attraverso il richiamo anche del comma 2, che il regime di responsabilità da essa introdotto valga non solo per l'attività resa all'utente dalla struttura attraverso il proprio personale (ivi compreso quello convenzionato⁷⁶), ma anche per le prestazioni rese ai pazienti direttamente dai sanitari operanti nella struttura allorquando svolgono attività di libera professione intramuraria (ma su questa fattispecie ci si soffermerà *infra*). Ebbene, il comma 3, come visto, stabilisce l'applicazione al singolo operatore della disciplina dell'art. 2043 c.c., salvo solo il caso in cui egli abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione assunta direttamente con il paziente. È chiaro dunque che l'intento del legislatore è quello di sbarrare definitivamente la strada all'applicazione dell'obbligazione senza prestazione⁷⁷, recependo piuttosto per via normativa il sistema del c.d. «doppio binario», ossia quello per cui alla responsabilità contrattuale della struttura si affianca quella aquiliana della persona che materialmente ha commesso il fatto che dà luogo alla responsabilità dell'ente, fermo restando che laddove parte del rapporto obbligatorio con il paziente non sia la struttura ma la persona, solo quest'ultima risponderà del danno in via contrattuale⁷⁸.

⁷⁵ Nel prosieguo del discorso, comunque, si farà talvolta riferimento, per comodità espositiva, alla sola figura del medico.

⁷⁶ Non si comprende pertanto il dubbio di M. FACCIOLI, *La nuova disciplina*, cit., 669, circa la natura della responsabilità personale del medico di medicina generale. In effetti, a parte il dato testuale (il richiamo, da parte del comma 3 dell'art. 7, del comma 2, che si riferisce al personale convenzionato), va osservato che, preso atto (come fa l'A.) che la riforma sposa la tesi per cui i medici convenzionati (e il medico di medicina generale in particolare) sono considerati come ausiliari della struttura, se ne deve dedurre che è quest'ultima a essere obbligata verso il paziente, sicché non dovrebbe discutersi della possibilità che tra medico e paziente si instauri un autonomo contratto d'opera professionale.

⁷⁷ Di «assalto alla “cittadella” della responsabilità da contatto sociale» scrive C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 746. Sulla stessa linea M. FACCIOLI, *La responsabilità sanitaria fra tradizione e rinnovamento*, in *juscivile.it*, 2018, 3, 342 ss., il quale addirittura si chiede se ciò possa indurre la giurisprudenza a ridimensionare la portata applicativa dell'obbligazione senza prestazione nei settori diversi da quello della responsabilità medica. Tuttavia L. LAMBO, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in *Foro it.*, 2017, V, 242 ss., ritiene possibile continuare a ricostruire come contrattuale la responsabilità del medico dipendente facendo ricorso all'applicazione diretta dell'art. 1175 c.c. salvo, precisa, che ciò sia da ritenersi precluso alla luce del comma 5 dell'art. 7, che qualifica come imperative le disposizioni del medesimo articolo. Precisamente, scrive l'A. (ivi, 249), «la norma dettata dall'art. 1175 opera nei confronti del medico in virtù del contratto che lo lega alla struttura sanitaria; di conseguenza, la presenza degli obblighi di protezione nei confronti del paziente, curato nella stessa struttura, è giustificata in base alla regola di correttezza collegata all'art. 2 Cost., che dà vita a un rapporto obbligatorio *ex lege* limitato alla tutela delle sfere giuridiche tra le quali esso corre».

⁷⁸ Una ricostruzione alternativa della fattispecie in cui il vincolo obbligatorio viene instaurato dal paziente direttamente con il medico e tuttavia nell'esecuzione della prestazione sia coinvolta anche la struttura (privata, di regola) è quella, già accennata *supra*, di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità*, cit., 489, 505 ss., la quale ritiene che in questo caso anche la struttura sarebbe obbligata (in solido) con il medico all'esecuzione della prestazione sanitaria e

JUS CIVILE



Tuttavia una tale configurazione delle responsabilità appare scontare più d'una criticità.

Per prima cosa, richiamando le brevi considerazioni svolte in precedenza sulla configurazione dell'obbligazione di cura, andrebbe ribadito che la lesione della salute derivante dall'inesatta esecuzione dell'attività del sanitario costituisce solo conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione in capo alla struttura e non anche illecito aquiliano. La lesione alla salute, cioè, non rappresenta qui un pregiudizio totalmente alieno al contratto, bensì un danno che non solo deriva causalmente dall'inadempimento, ma che pure sta, per così dire, "dentro" il contratto nella misura in cui scaturisce dalla lesione dell'interesse che sorregge la finalità dell'obbligazione di cura⁷⁹. Del resto, è lo stesso legislatore della riforma che, sulla scia degli approdi giurisprudenziali, recepisce l'inquadramento contrattuale del danno alla salute nel momento in cui prevede che di esso le strutture sanitarie e i singoli professionisti (questi ultimi solo allorché legati al paziente da autonomo contratto) rispondano *ex art. 1218 c.c.* Sicché configurare una responsabilità aquiliana in capo a chi dà materialmente contenuto alla prestazione della struttura appare una duplicazione, introdotta in omaggio alla tradizione e alla sete di responsabilità dell'opinione pubblica.

In secondo luogo, non si può fare a meno di osservare che la soluzione adottata per via normativa nell'ordinamento italiano non tiene affatto conto di quella invece vigente nel sistema francese per il *médecin salarié* (anche dopo la riforma del 2002), il quale, come visto in precedenza, va esente da qualsiasi responsabilità per i danni arrecati al paziente dalla propria condotta nei limiti in cui essa costituisca attuazione dell'obbligazione della struttura.

Il legislatore italiano, invece, impone per via normativa una responsabilità personale degli operatori sanitari in una fattispecie ove per essa non vi sarebbe spazio. Di conseguenza tale responsabilità assume non solo un carattere innovativo, ma anche un sapore sanzionatorio (anche se solo *latu sensu*, dal momento che essa è necessariamente assicurata a spese della struttura)⁸⁰.

non dovrebbe rispondere *ex art. 1228 c.c.* (come potrebbe sembrare da un'interpretazione letterale dell'art. 7, c. 1, l. 24/2017), bensì dovrebbe applicarsi l'art. 1307 c.c. Ritengono che la clausola di esclusione della responsabilità *ex art. 2043 c.c.* allorché il medico abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale sia deputata a regolare soprattutto i casi in cui il paziente contra la prestazione direttamente con il medico che opera in una certa struttura R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 167, nt. 25.

⁷⁹ Diverso sarebbe il caso della lesione alla salute che sia si conseguenza dell'inadempimento, ma nel contesto di un contratto che non ha ad oggetto la protezione di quel bene. Per la qualificazione come contrattuale del danno subito dal paziente a seguito dell'inesatta esecuzione dell'obbligazione di cura da parte della struttura v. E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 844; la medesima qualificazione è proposta dall'A. allorché parte del contratto sia il singolo medico (ivi, 848).

⁸⁰ In effetti, l'art. 10, c. 1, l. 24/2017 prevede che la struttura sanitaria (pubblica o privata) assicuri, tramite apposita polizza o attraverso «altre analoghe misure», la responsabilità diretta *ex art. 7, c. 3, l. cit.* dell'esercente la professione sanitaria, il che indubbiamente annacqua la funzione sanzionatoria di tale responsabilità. Certo, fin tanto che la previsione non venga attuata è astrattamente possibile che il singolo sanitario venga condannato anche per colpa lieve, laddove invece se il paziente danneggiato agisse contro la struttura il medico risponderebbe (per effetto della disciplina della rivalsa) solo per colpa grave. Tuttavia una volta attuata la previsione dell'art. 10 si raggiungerà il mede-

JUS CIVILE



La responsabilità del singolo operatore sanitario *ex art. 7, c. 3*, insomma, dovrebbe essere qualificata come una responsabilità speciale, ancorché regolata nei termini di quella aquiliana mediante il richiamo dell'art. 2043 c.c.

A riprova di tale conclusione si può osservare che, a voler qualificare come realmente aquiliana la responsabilità dell'operatore-ausiliario della struttura, non ne apparirebbe chiaro il fondamento. Infatti, anche a supporre che quest'ultimo stia nella lesione del diritto alla salute (il diritto assoluto per eccellenza), non si potrebbe non vedere come un pregiudizio per la salute si produca anche nel caso in cui il sanitario agisca nell'adempimento di un contratto da lui concluso con il paziente; tuttavia in quest'ultimo caso il modello dell'art. 2043 c.c. è escluso *expressis verbis* dalla legge, il che significa che a parità di presupposti non opera il medesimo regime di responsabilità. Inoltre la disciplina della responsabilità stabilita dall'art. 7 vale solo per i sanitari che lavorano per una struttura (come dipendenti o in convenzione), non invece per quelli che svolgono solo attività libero-professionale. Le regole applicabili a questi ultimi, quindi, restano quelle tradizionali, il che vuol dire che astrattamente il sanitario libero professionista, che pur abbia concluso con il paziente un contratto, potrebbe essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità aquiliana, oppure che nei suoi confronti potrebbe operare il concorso delle due responsabilità⁸¹. Da ultimo, un ulteriore indice del carattere speciale della disposizione in esame potrebbe ricavarsi dal fatto che la giurisprudenza che ha affrontato il problema dell'ambito di operatività temporale della riforma ha ritenuto non applicabile l'inquadramento nell'art. 2043 c.c. della responsabilità

simo risultato, dal momento che l'assicuratore della responsabilità personale del sanitario avrà azione di rivalsa contro quest'ultimo solo in caso di dolo o colpa grave (cfr. art. 9, c. 1, l. cit.), per cui non parrebbe fondata la preoccupazione (espressa da A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, 206) che il medico debba ricercare una copertura ulteriore a quella obbligatoria (cioè ulteriore a quella per l'azione di rivalsa). Comunque, al di là della sua assicurazione, un possibile indizio del significato sanzionatorio della responsabilità in parola (ulteriore alla sua stessa previsione, dal momento che si tratta di una responsabilità non necessaria) potrebbe ravvisarsi nella possibilità di dare rilevanza alla condotta del sanitario ai fini della quantificazione del danno (cfr. art. 7, c. 3, della riforma, secondo il quale «il giudice nella determinazione della misura del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge») sempre a ritenere che ciò possa valere, oltre che nel senso della diminuzione del risarcimento a fronte di una minor intensità della colpevolezza, anche nel senso del suo aumento (in quest'ultimo senso si dimostra possibilista C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 741; contrario, invece, M. FACCIOLO, *La nuova disciplina*, cit., 786 ss.). Tuttavia osserva correttamente L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1499 ss., che la valorizzazione della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento non può comunque comportare che quest'ultimo superi il limite del pregiudizio sofferto dalla vittima, fungendo semmai la valutazione della condotta da ragione di maggiore approssimazione dell'obbligazione risarcitoria al danno effettivamente patito. Sulla polifunzionalità della responsabilità civile nel nostro ordinamento v. la recente Cass., S.U., 5 luglio 2017 n. 16601, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1399 ss., con nota di M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*.

⁸¹ In effetti l'indicazione dell'art. 7 secondo cui allorché l'operatore agisca nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale va esclusa la responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, in primo luogo andrebbe riferita (secondo la lettura che si è data di tale responsabilità) non alla responsabilità aquiliana, ma alla responsabilità speciale prevista dalla disposizione; in secondo luogo avrebbe valore cogente solo per i medici che operano in regime di dipendenza o convenzione presso una struttura (in virtù del riferimento ai commi 1 e 2), mentre per i liberi professionisti potrebbe rilevare sul solo piano dell'interpretazione sistematica.

JUS CIVILE



del singolo operatore a fattispecie realizzatesi prima della sua entrata in vigore⁸².

Un'interpretazione del comma 3 dell'art. 7 che consentirebbe di riconciliare il testo della riforma con la soluzione (in precedenza prospettata) dell'irresponsabilità personale dell'operatore sanitario sarebbe quella che faccia leva sul fatto che anche quando è la struttura ad aver assunto l'obbligazione verso il paziente sarebbe possibile affermare che il medico (che opera in qualità di ausiliario) agisce in adempimento di un'obbligazione (appunto l'obbligazione della struttura); in questo modo il sanitario non risponderebbe direttamente dei danni provocati al paziente dalla propria attività e il richiamo all'art. 2043 c.c. potrebbe essere correttamente riferito alla responsabilità aquiliana, a titolo della quale invero il sanitario risponderebbe pur sempre per tutti quei danni "estranei" alla prestazione. Purtroppo, però, una simile lettura sembra impedita dalla lettera del medesimo art. 7, dal momento che esso richiede, per escludere la responsabilità personale del sanitario, che l'obbligazione in esecuzione della quale egli agisce sia «contrattuale», connotato di cui è certamente priva quantomeno l'obbligazione della struttura pubblica⁸³.

Le riflessioni appena esposte vorrebbero dunque dimostrare come risulti difficilmente praticabile la via di qualificare come effettivamente aquiliana la responsabilità personale introdotta dall'art. 7, c. 3, della riforma, e come invece appaia più opportuno ritenere che tale previsione costituisca una fattispecie speciale di responsabilità, ancorché assoggettata alle stesse regole di quella extracontrattuale⁸⁴.

10. – Un aspetto sul quale il legislatore, nell'introdurre la responsabilità speciale del singolo operatore sanitario, non ha preso posizione è quello delle possibili limitazioni che tale responsabilità potrebbe subire per effetto dell'operatività di altre disposizioni già vigenti nell'ordinamento. Due sono i casi che si potrebbero verificare.

⁸² Cfr. Trib. Avellino 12 ottobre 2017 n. 1806; Trib. Perugia 17 novembre 2017 n. 1797; Trib. Torino 21 novembre 2017 n. 5661; Trib. Benevento 23 novembre 2017 n. 2124; Trib. Salerno 4 gennaio 2018 n. 3; Trib. Sassari 4 gennaio 2018 n. 1; Trib. Napoli 9 gennaio 2018 n. 219; Trib. Locri 8 febbraio 2018 n. 174; Tribunale Macerata 14 febbraio 2018 n. 7; da ultimo, nella giurisprudenza di legittimità e pur se solo in forma di *obiter dictum*, Cass. 19 marzo 2018 n. 6689, tutte in www.iusexplorer.it. In effetti, se la riforma avesse semplicemente riqualificato la responsabilità del medico non vi sarebbe stato motivo per non applicare tale risultato fin da subito, così come una simile riqualificazione avrebbe potuto essere effettuata in qualunque momento dalla giurisprudenza (senza quindi che si ponessero problemi di retroattività). In senso favorevole all'applicazione dei contenuti della riforma anche alle fattispecie realizzatesi prima della sua entrata in vigore cfr. Tribunale Latina 10 gennaio 2018 n. 49 e Trib. Milano 16 febbraio 2018 n. 1654, entrambe in www.iusexplorer.it.

⁸³ A tali considerazioni andrebbe pure aggiunto che la formulazione dell'art. 7 lascia intendere che l'obbligazione con il paziente dev'essere assunta dal sanitario e non dalla struttura.

⁸⁴ La qualificazione come speciale della responsabilità in parola potrebbe dunque far dubitare dell'operatività dell'art. 2049 c.c., ossia del fatto che sulla struttura venga a gravare una responsabilità vicaria in aggiunta a quella personale del singolo operatore sanitario. Con riferimento alla possibilità per il legislatore di prevedere una disciplina speciale per la responsabilità dei singoli sanitari cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 747 ss., il quale, pur ipotizzando tale eventualità, non la ritiene inverata dalle disposizioni della riforma, dal momento che egli ritiene invece che con quest'ultima si sia voluto qualificare come (realmente) aquiliana la responsabilità degli operatori sanitari.



Il primo caso è quello in cui, di fronte al richiamo dell'art. 2043 c.c. per la responsabilità del singolo sanitario, torni a rivivere l'applicazione dell'art. 2236 c.c., ossia la limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, pur se solo in presenza di condotta imperita (e non anche negligente o imprudente). Sennonché, nonostante la giurisprudenza si sia fatta promotrice dell'applicazione dell'art. 2236 c.c. anche alla responsabilità aquiliana (necessariamente, si dovrebbe dire, dal momento che in passato era questo il modello utilizzato per il medico dipendente), è noto che si tratta di una norma che ha la sua ragion d'essere in una relazione obbligatoria, e non già in un non-rapporto tra estranei. Insomma: a voler discorrere della limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. la si dovrebbe applicare alla struttura, piuttosto che al medico suo dipendente⁸⁵. Ma l'espressa previsione, accanto alla responsabilità della struttura, della responsabilità personale del singolo sanitario (per di più con un richiamo espresso all'art. 2043 c.c., al di là del suo reale significato) riproporrà sicuramente la questione, con la conseguenza di veder riproposta anche la stortura interpretativa già prodotta in passato.

Il secondo caso che potrebbe porsi riguarda l'applicazione degli artt. 22 e 23 del d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3, richiamati dall'art. 28 del d.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761. In effetti, la conclusione qui proposta per cui la responsabilità introdotta dalla novella per il singolo operatore sanitario configura una responsabilità speciale non pare mettere fuori gioco l'astratta applicabilità di tali disposizioni⁸⁶, dal momento che gli artt. 22 e 23 fanno riferimento non all'art. 2043 c.c. (che in quel contesto sarebbe giustamente inteso come espressivo della responsabilità aquiliana vera e propria) bensì al «danno ingiusto». L'applicazione delle regole in parola produrrebbe allora l'effetto che il sanitario che lavora in una struttura pubblica dovrebbe rispondere personalmente dei danni provocati dalla propria condotta solo in caso di dolo o colpa grave, mentre lo stesso non varrebbe per i dipendenti privati. Si tratterebbe, evidentemente, di un risultato irragionevole e come tale non accoglibile, che certamente però il legislatore avrebbe potuto evitare attraverso una disciplina più precisa della responsabilità speciale del singolo sanitario.

11. – Come accennato in precedenza è opportuno svolgere alcune considerazioni sulla fattispecie della prestazione sanitaria erogata al paziente in regime di libera professione intramuraria, in ragione del regime di responsabilità cui essa è assoggettata dalla riforma.

Innanzitutto va precisato che la fattispecie dell'attività professionale c.d. *intra moenia* può riguardare il solo personale operante alle dipendenze di strutture pubbliche, e presuppone l'opzione, da parte dei singoli sanitari interessati a svolgerla, per la c.d. esclusività del rapporto di lavoro, ossia quel regime che, a fronte di talune limitazioni⁸⁷, consente appunto di svolgere la

⁸⁵ V. in questo senso C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., 196, nt. 102.

⁸⁶ A maggior ragione l'applicazione degli artt. 22 e 23 del d.p.r. n. 3/1957 dovrebbe essere giustificata se si ritiene che il richiamo dell'art. 2043 c.c. da parte dell'art. 7, c. 3, si riferisca alla responsabilità extracontrattuale vera e propria.

⁸⁷ V. l'art. 15 *quinquies* del d.lgs. n. 502/1992. In particolare si prevede che l'attività libero professionale non

JUS CIVILE



libera professione all'interno dei locali messi a disposizione dalla struttura pubblica (e solo in essi), ma naturalmente al di fuori dell'orario di lavoro e ferma la corresponsione alla struttura medesima di una percentuale del compenso, quale corrispettivo per i servizi forniti⁸⁸.

In secondo luogo andrebbe evidenziato che la fattispecie della prestazione resa in libera professione intramuraria si compone, a ben guardare, di una casistica abbastanza ampia⁸⁹: non vi rientra solo il caso in cui la richiesta della prestazione sia indirizzata verso un determinato professionista individuato dal paziente, ma anche quello in cui la richiesta sia indirizzata genericamente alla struttura, la quale l'adempie attraverso propri dipendenti retribuiti in regime libero professionale⁹⁰; e, ancora, vi rientra il caso della prestazione resa dal sanitario all'interno dell'*équipe* di cui sia a capo altro sanitario a sua volta scelto direttamente dal paziente⁹¹. Ebbene, il regime di responsabilità previsto dalla riforma in tutte queste fattispecie è il medesimo: responsabilità contrattuale della struttura da un lato (*ex artt.* 1218 e 1228 c.c.) e responsabilità *ex art.* 7, c. 3, del singolo sanitario dall'altro.

Si potrebbe però osservare che nel caso in cui il paziente si rivolga direttamente al singolo sanitario per ottenere la prestazione, tra i due si instaura una vera e propria relazione obbligato-

possa comportare, per ciascun dipendente, un volume di prestazioni superiore a quello assicurato per i compiti istituzionali. La concreta individuazione di tale volume, le sanzioni da applicare in caso di sfioramento, e in generale la definizione del corretto equilibrio tra attività istituzionale e attività libero professionale è demandata alla contrattazione collettiva, secondo i principi indicati dal predetto art. 15 *quinquies*.

⁸⁸ L'opzione per il rapporto di lavoro esclusivo comporta comunque per il sanitario l'attribuzione di benefici economici ulteriori ai compensi per le prestazioni erogate (la c.d. indennità di esclusività). Laddove invece il sanitario dipendente opti per il regime non esclusivo, sarà libero di svolgere l'attività libero professionale (c.d. *extra moenia*) al di fuori della struttura pubblica (purché non in strutture accreditate, onde non porsi in concorrenza con il servizio pubblico) e senza limitazioni di orario (purché ovviamente al di fuori dell'orario di lavoro come dipendente).

⁸⁹ Cfr. le diverse tipologie individuate dall'art. 15 *quinquies*, c. 2, d.lgs. 502/1992. In argomento v., seppur in un contesto normativo non più interamente attuale, A. PRINCIGALLI, *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 532 ss.

⁹⁰ Laddove la prestazione sia chiesta all'azienda non è possibile per il richiedente scegliere i sanitari che la eseguiranno. Rientrano in questa fattispecie, ad esempio, le consulenze chieste a un reparto di un'azienda sanitaria da parte di un'altra azienda o struttura sanitaria (che magari non disponga di quella specialità) previa stipula di apposita convenzione; oppure ancora le prestazioni sanitarie richieste all'azienda da imprese private in favore dei propri dipendenti. Con riferimento all'adempimento della prestazione va precisato che, se è pur vero che esso viene effettuato dalla struttura solo attraverso i sanitari che abbiano dato la loro disponibilità, la contrattazione collettiva stabilisce che nell'erogazione di queste prestazioni devono essere garantiti i principi della fungibilità e della rotazione di tutto il personale che abbia dato la disponibilità (cfr. art. 58, c. 10, lett. e), CCNL 8 giugno 2000 della dirigenza medica e veterinaria del SSN). Del tutto peculiare è poi il caso dell'attività libero professionale intramuraria consistente nell'erogazione di prestazioni che la stessa azienda "acquista" dai sanitari propri dipendenti allo scopo di ridurre le liste d'attesa o in presenza di carenza d'organico (cfr. art. 55, c. 2, CCNL 8 giugno 2000 della dirigenza medica e veterinaria del SSN).

⁹¹ Nel caso di prestazioni d'*équipe*, infatti, il paziente può scegliere solamente il capo *équipe* (c.d. primo operatore), al quale competerà l'individuazione degli altri componenti. È significativo che la legge (v. art. 15 *quinquies*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992), per indicare le tipologie di attività libero professionale intramuraria in cui il sanitario non può essere direttamente individuato dal paziente, utilizzi l'espressione «partecipazione ai proventi» di attività a pagamento, anziché quella di «attività libero professionale individuale». Per la sottolineatura di tale diversa terminologia v. A. PRINCIGALLI, *La libera professione*, cit., 537.

JUS CIVILE



ria alla quale resterebbe estranea la struttura, sì che solo il medico dovrebbe rispondere delle conseguenze dell'inadempimento, così come accadrebbe se il contratto fosse concluso con un libero professionista esterno alla struttura pubblica⁹². L'applicazione anche a tali casi della regola della responsabilità contrattuale della struttura si dimostrerebbe allora incongrua, poiché farebbe rispondere chi è contraente (il medico) come fosse estraneo (cioè in via aquiliana), e chi è estraneo (la struttura) come fosse contraente⁹³.

Per la verità, un'interpretazione del testo normativo che conducesse a escludere la responsabilità della struttura per le prestazioni rese in regime intramurario sarebbe astrattamente possibile. Si potrebbe infatti osservare che il comma 2 dell'art. 7 non statuisce autonomamente la responsabilità contrattuale della struttura per le prestazioni qui in discorso, bensì richiama la disposizione del comma 1, la quale, si noti, detta la regola della responsabilità contrattuale per il caso in cui la struttura sanitaria si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria «nell'adempimento della propria obbligazione», ossia per il caso in cui sia essa stessa parte del rapporto obbligatorio, cosa che invece non avverrebbe allorché la prestazione sia chiesta direttamente al sanitario in regime di libera professione intramuraria. Inoltre il comma 3 dell'art. 7 esclude l'applicazione dell'art. 2043 c.c. per il singolo operatore proprio qualora questi abbia agito «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente», fattispecie che proprio nelle prestazioni intramurarie parrebbe realizzarsi. Né andrebbe trascurato che la regola – e la relativa eccezione – del comma 3 si riferiscono non già a qualsiasi operatore sanitario (ipoteticamente anche estraneo a una struttura), bensì solo a quelli dei commi 1 e 2 dell'art. 7, ossia agli operatori di cui la struttura si avvale per adempiere la propria obbligazione (comma 1) o che svolgono la loro attività in una delle modalità indicate dal comma 2, tra le quali vi è appunto l'erogazione di prestazioni sanitarie in regime di libera professione intramuraria. Evidentemente, dunque, la necessità di riferire la clausola di esclusione dell'art. 2043 c.c. anche a quest'ultimo caso potrebbe indicare che, così come in altri⁹⁴, anche al suo interno dovrebbe es-

⁹² Perplesso, di fronte all'applicazione della regola dell'art. 1228 c.c. anche alle prestazioni rese in libera professione intramuraria, si mostra A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria. (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1120.

⁹³ Critica la scelta normativa, pur prendendone atto, M. FACCIONI, *La nuova disciplina*, cit., 666 ss., il quale già prima della riforma si era espresso contro la possibilità che la struttura potesse essere chiamata a rispondere verso il paziente per fatti imputabili al medico operante in regime libero professionale (cfr. ID., *L'attività libero-professionale del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: natura e responsabilità connesse*, in *Studium iuris*, 2004, 721 ss.). Rileva che nel caso della libera professione intramuraria il paziente andrebbe considerato «un "esterno"» G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, 730, il quale però ritiene «ragionevole» la scelta normativa sul presupposto che «la professione è svolta all'interno della struttura e sulla base della disciplina speciale che consente ai dipendenti di dedicare tempo parziale alla libera professione avvalendosi delle strutture della clinica e ripartendo con essa il profitto». Tuttavia, come si dirà nel testo, tali connotati non appaiono determinanti per giustificare l'applicazione alla fattispecie della libera professione intramuraria della regola della responsabilità della struttura.

⁹⁴ Tipico il caso del medico convenzionato che, al di fuori degli orari in cui presta la propria attività in adempimento della convenzione con l'azienda sanitaria, svolga attività libero professionale. In questo caso, evidentemente il medico si troverà in rapporto contrattuale diretto con il paziente e risponderà autonomamente dell'even-

JUS CIVILE



essere possibile rintracciare ipotesi nelle quali il medico si trovi in rapporto contrattuale diretto con il paziente, e nelle quali dunque la sua responsabilità non possa essere quella dell'art. 7, c. 3, ma debba piuttosto essere contrattuale. Sulla scia di queste argomentazioni si dovrebbe allora concludere che nei casi di attività libero professionale intramuraria nei quali la prestazione viene chiesta dal paziente direttamente al medico, solo quest'ultimo debba rispondere dell'inadempimento, in virtù della relazione contrattuale che si instaura tra i due, e ciò sia che la prestazione sia ambulatoriale (ad esempio: la semplice visita), sia che si tratti di prestazione chirurgica in regime di ricovero, che quindi necessariamente vede il coinvolgimento di altri sanitari scelti dal medico individuato⁹⁵.

Senonché non si può ignorare da un lato che l'intenzione del legislatore, ancorché non espressa in modo nitido, sembra quella di prevedere un unico regime di responsabilità per l'attività in libera professione intramuraria; dall'altro che la soluzione poc'anzi prospettata creerebbe non pochi problemi per il caso delle prestazioni d'*équipe*: addossare infatti al solo sanitario individuato dal paziente la responsabilità per l'intera attività del gruppo (quando non anche per le carenze della struttura⁹⁶) può risultare incongruo.

La scelta del legislatore potrebbe allora giustificarsi ipotizzando che nel caso di prestazioni intramurarie d'*équipe*, ancorché caratterizzate dalla scelta del capo *équipe* da parte del paziente, l'obbligazione della loro esecuzione sia in realtà assunta dalla struttura, sì che la scelta dell'utente vada considerata come scelta di un ausiliario, anziché come innesco di un autonomo rapporto obbligatorio. A sostegno di tale ricostruzione si può osservare che il medico prescelto non sarebbe libero di organizzare in piena autonomia l'intera prestazione, dovendo necessariamente eseguirla nei locali della struttura pubblica in cui presta la propria attività, utilizzando la dotazione strumentale da questa messa a disposizione ed essendo obbligato a servirsi, nella scelta dei propri collaboratori, del personale in essa operante: mancherebbe, insomma, l'autonomia tipica della (vera) attività libero professionale. In contrario si potrebbe obiettare che tali vincoli sono ben noti al sanitario che opta per la libera professione intramuraria; ma è altrettanto vero che essi lo sono anche per il paziente: anzi, quelle che per il medico sono delle limitazioni (la necessaria esecuzione della prestazione all'interno della struttura pubblica e con le dotazioni di quest'ultima), possono essere per il paziente circostanze volute (si pensi al caso delle prestazioni rese all'interno di centri di eccellenza, quali sono gli IRCSS, istituti specializzati in determinate discipline). Insomma: si potrebbe ricostruire la prestazione libero professionale intramuraria d'*équipe* piuttosto che come prestazione del singolo coadiuvato dalla struttura, come prestazione

tuale inadempimento della propria prestazione, senza che sia in alcun modo invocabile alcuna responsabilità dell'azienda sanitaria.

⁹⁵ In questo caso potrebbe allora dirsi che per essi, in quanto ausiliari del medico prescelto, rimarrebbe valida la responsabilità speciale prevista dal comma 3 dell'art. 7.

⁹⁶ A ritenere infatti che sia il solo sanitario ad assumersi l'obbligazione di cura, ancorché all'interno della struttura pubblica, si dovrebbe concludere che anche l'organizzazione di quest'ultima va considerata come sua ausiliaria, e pertanto che anche di essa il medico deve rispondere.

JUS CIVILE



della struttura della quale è possibile predeterminare un elemento (l'identità di un operatore) e la cui assunzione da parte della struttura discende dall'accettazione del medico di eseguirla⁹⁷.

Ricapitolando, dunque, nel caso della libera professione intramuraria che veda il necessario coinvolgimento di un'*équipe*, l'obbligazione graverebbe pur sempre sulla struttura, il che giustificherebbe la previsione da parte della riforma della responsabilità contrattuale di quest'ultima⁹⁸ (salvo solo forse interrogarsi sul significato che assumerebbe in tal caso il compenso che il paziente corrisponde ai sanitari⁹⁹).

Il vero nodo problematico resterebbe quello delle prestazioni libero professionali intramurarie ambulatoriali, ossia quelle che coinvolgono solo limitatamente l'organizzazione della struttura¹⁰⁰. In effetti, applicare anche a tali fattispecie la responsabilità contrattuale della struttura (seppur accanto alla responsabilità speciale del medico), appare dissonante, dal momento che si tratta di relazioni che coinvolgono direttamente e solamente medico e paziente, in tutto e per tutto identiche a quelle che si creano per effetto della conclusione di un contratto con un medico che non opera in regime libero professionale intramurario (ad esempio con un medico pur dipendente di una struttura pubblica, ma che abbia optato l'esercizio *extra moenia* della libera professione). Unico modo per giustificare la soluzione adottata dalla riforma parrebbe allora quello di ritenere che, nell'ottica del legislatore, l'esercizio della libera professione in regime intramurario faccia in qualche modo perdere al sanitario quell'autonomia privata che connota invece la libera professione vera e propria. Ma si può seriamente dubitare della verità di tale conclusione¹⁰¹.

⁹⁷ In effetti, anche Cass. 24 dicembre 2014 n. 27391, in www.iusexplorer.it, che, sul presupposto che nella fattispecie della libera professione intramuraria si instauri una vera e propria relazione contrattuale, applica la regola del foro del consumatore, riferisce pur sempre tale relazione non già al singolo medico, bensì alla struttura sanitaria. Inoltre, a ulteriore suffragio della soluzione proposta nel testo, si potrebbe aggiungere, guardando al significato dell'istituto della libera professione *intra moenia*, che quest'ultima soddisfa, in ultima analisi, interessi della collettività, poiché per un verso incentiva la presenza nel settore pubblico di professionisti altamente qualificati che altrimenti potrebbero ritenere più conveniente lavorare nelle strutture private; per l'altro consente comunque all'utenza di farsi curare da questi operatori scegliendoli direttamente a prezzi più contenuti rispetto a quelli praticati dalle strutture private.

⁹⁸ In effetti già le polizze assicurative che le aziende sanitarie pubbliche stipulavano prima dell'intervento legislativo in commento prevedevano la copertura dell'azienda anche per il caso in cui essa fosse stata ritenuta responsabile dei danni provocati dai propri medici nell'esercizio dell'attività *intra moenia*.

⁹⁹ Sanitari sui quali graverebbe la responsabilità speciale *ex art. 7, c. 3, l. 24/2017*.

¹⁰⁰ Per tali prestazioni, infatti, l'organizzazione della struttura è coinvolta solo per la messa a disposizione dei locali, oppure per l'utilizzo di determinati macchinari o per il personale di supporto amministrativo.

¹⁰¹ È difficile infatti comprendere per qual motivo ciò dovrebbe avvenire, dal momento che il medico è libero di non accettare la richiesta del paziente e soprattutto dal momento che viene da questi direttamente retribuito. D'altra parte è pur vero che se si ritenesse che tra medico e paziente si instaura una relazione contrattuale, essa farebbe venir meno la responsabilità *ex art. 7, c. 3*, e per di più ci si troverebbe di fronte a una doppia responsabilità contrattuale (della struttura e del singolo operatore). Ritiene in effetti che la situazione del medico che abbia agito «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» sia stata individuata in modo oscuro, E. QUADRI, *Considerazioni*, cit., 37.



12. – Alcune luci e tante ombre.

La riforma introdotta con la l. 24/2017 indubbiamente contribuisce a fare chiarezza sulla configurazione di talune modalità di erogazione di prestazioni sanitarie, anche cristallizzando soluzioni già elaborate dalla giurisprudenza¹⁰².

D'altra parte, però, essa ha lasciato aperti alcuni interrogativi, dal momento che pare pretendere di qualificare la natura della responsabilità eludendo la qualificazione del rapporto (sottraendo così il compito all'interprete¹⁰³), o comunque (se si accoglie l'idea della responsabilità speciale del medico in questa sede proposta) finisce per imporre dei modelli di responsabilità che non tengono conto della relazione in cui le parti si trovano (si pensi alla responsabilità personale del sanitario dipendente e al caso della libera professione intramuraria). Il quadro delle responsabilità rimane dunque talora incerto¹⁰⁴. L'aspetto che però resta più problematico e che solleva più di qualche dubbio sull'effettiva possibilità per la riforma di realizzare l'obiettivo di alleggerire la pressione sui singoli operatori sanitari (contrastando il fenomeno della "medicina difensiva attiva") è l'imposizione, pur all'interno di un fenomeno obbligatorio che coinvolge la struttura, di una responsabilità personale del singolo operatore sanitario¹⁰⁵.

Si tratta, in effetti, di vera imposizione, dal momento che in precedenza l'affermazione della responsabilità personale degli operatori sanitari che operano all'interno di una struttura era avvenuta pur sempre all'esito di processi interpretativi; di processi, cioè, potenzialmente reversibili (anche in ragione di mutamenti socio-culturali). Ora, invece, l'interprete si trova di fronte a un dato normativo ineludibile che assecondando, anziché contrastando, la sete di giustizia che ha porta-

¹⁰² Ci si riferisce, ad esempio, alla statuizione della responsabilità contrattuale della struttura per i danni causati da prestazioni rese dal personale convenzionato (soluzione già proposta, pur con incertezze, dalla giurisprudenza), ma anche alla soluzione implicitamente data per i danni causati dalle prestazioni rese dalle strutture accreditate (nel senso che non essendo tali prestazioni menzionate tra quelle che generano responsabilità contrattuale della struttura pubblica, si deduce che dei danni da esse provocati risponde la sola struttura privata accreditata).

¹⁰³ Cfr. R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 265, il quale, sul presupposto che la riforma abbia qualificato come effettivamente aquiliana la responsabilità del medico strutturato, bolla tale scelta come «scriteriata, inutile e pregiudizievole», perché (quanto al primo giudizio) «il compito di riportare un'attività illecita entro l'uno o l'altro paradigma compete tipicamente all'interprete, in quanto fa parte integrante della sua vocazione elettiva». Sulla stessa linea C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 747, secondo il quale «costituisce un'osservazione addirittura banale che al legislatore non spetta la qualificazione della fattispecie concreta, ma semplicemente la predisposizione della disciplina della medesima, che compete, poi, all'interprete, ed in particolare al giudice, interpretare».

¹⁰⁴ Per i possibili problemi relativi alle domande risarcitorie già proposte in base all'assetto di regole (pur giurisprudenziali) anteriore alla riforma, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole*, cit., 748.

¹⁰⁵ Cfr. R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 264, secondo il quale, se davvero l'obiettivo era quello di restituire serenità agli operatori sanitari sul piano della loro esposizione risarcitoria, «la via da battere, *ça va sans dire*, era un'altra: quella, già sperimentata in più settori dell'ordinamento (insegnanti nella scuola, giudici), di sottrarre gli ausiliari a responsabilità diretta». Anche C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria in Italia: chi vince e chi perde?*, in *Contr.*, 2017, 380, evidenziando che il legislatore non ha previsto (come ha fatto invece per insegnanti e magistrati) l'esenzione da responsabilità per il personale sanitario, osserva che «già solo tale rilievo induce a dubitare che il legislatore della riforma abbia centrato l'obiettivo dichiarato di eliminare alla radice le motivazioni che hanno determinato, negli ultimi anni, l'esplosione della prassi della c.d. "medicina difensiva"». Sembra invece approvare la scelta della riforma nel senso della qualificazione come aquiliana della responsabilità del singolo operatore sanitario M. FACCIOLI, *La nuova disciplina*, cit., 781 ss.

JUS CIVILE



to agli eccessi che la riforma vorrebbe arginare, moltiplica, anziché ridurre, i profili di responsabilità, mescolando a tal punto gli istituti da farne dissolvere il fondamento, in una tensione che, persa di vista la struttura del modello giuridico utilizzato, è tutta concentrata sul risultato risarcitorio¹⁰⁶.

Non solo: tale impostazione non tiene conto di modelli pur da tempo presenti nel panorama europeo. Uno per tutti è quello francese, che, a seguito della riforma del 2002, prevede da un lato un sistema di responsabilità fondato sul requisito della *faute* (al quale fanno eccezione solo la responsabilità per infezioni nosocomiali, in cui opera una presunzione di responsabilità salvo la prova di una *cause étrangère*, e quella derivante da difetti dei prodotti sanitari)¹⁰⁷ e dall'altro un meccanismo di indennizzo *au titre de la solidarité nationale* per tutti quei danni non riconducibili a *faute*, ma pur sempre direttamente imputabili all'esecuzione di atti di prevenzione, diagnosi o cura, e che opera in via sussidiaria rispetto a quello di responsabilità e alla sola condizione che i danni occasionati dalle cure abbiano dato luogo a «conseguenze anormali» e «gravi»¹⁰⁸.

La realtà italiana, invero, è ben lontana da tale modello. Il legislatore francese, infatti, non solo ha espressamente previsto, accanto alla responsabilità per *faute*, un regime di responsabilità oggettivo¹⁰⁹ per talune specifiche ipotesi di danno (le infezioni nosocomiali e il danno da prodotti difettosi¹¹⁰), ma ha anche introdotto un sistema di indennizzo sganciato dal presupposto della responsabilità del professionista o della struttura (sganciato cioè dalla *faute*), sì da evitare le degenerazioni provocate dalla spasmodica ricerca di una responsabilità a tutti i costi al solo fine di dare risposta a esigenze di giustizia, e ciò dal momento che di queste ultime è esso stesso a farsi carico (tra l'altro, giustamente, con criteri diversi da quelli del risarcimento e su binari diversi da quelli del processo¹¹¹). Né va dimenticato che nel contesto francese il *médecin sala-*

¹⁰⁶ Peralto non si può fare a meno di osservare che il fatto che la responsabilità personale dell'operatore sanitario sia necessariamente assicurata (a spese della struttura) finisce quasi per privarla di un concreto significato. D'altra parte, però, è pur vero che il meccanismo dell'assicurazione consente di riallineare i possibili diversi esiti derivanti dall'operatività (contro il medico) della regola dell'art. 2043 c.c. da un lato e di quella del regresso dall'altro. Infatti sia che il paziente agisca contro la struttura, sia che agisca direttamente contro il sanitario, quest'ultimo sopporterà le conseguenze del danno prodotto solo in ipotesi di dolo o colpa grave, perché anche nel caso di azione esercitata direttamente contro di lui, risponderà in prima battuta l'assicurazione, la quale è previsto che possa agire in rivalsa contro il medico solo in caso di dolo o colpa grave (allo stesso modo cioè di quanto vale per la struttura). Per un'approfondita analisi del meccanismo della rivalsa nella disciplina introdotta dalla riforma del 2017 v. A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769 ss.

¹⁰⁷ Cfr. l'art. L. 1142, *alinéa 1*, *code de la santé publique*. Per una panoramica delle novità introdotte dalla *loi Kouchner*, v. F. BELLIVIER-J. ROCHFELD, *Droits des malades – Qualité du système de santé. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, in *RTD civ.*, 2002, 574 ss.

¹⁰⁸ Cfr. l'art. L. 1142, *alinéa 2*, *code de la santé publique*. Si tratta di quei danni dovuti alla c.d. *aléa thérapeutique*. Sulle condizioni e sulla disciplina dell'indennizzo v. M. BACACHE-A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *Responsabilité médicale. Principes généraux*, in *Droit médical et hospitalier*, sotto la direzione scientifica di C. BERGOIGNAN-ESPER, LexisNexis, 2015, fasc. 18, 10 ss.

¹⁰⁹ Fatta salva la prova, da parte della struttura, di una *cause étrangère*.

¹¹⁰ Nel contesto italiano R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 264, manifesta il timore che in assenza di una regola speciale per i casi di infezioni nosocomiali il danno rimanga in capo al paziente.

¹¹¹ La l. 4 marzo 2002 n. 303 affida infatti la competenza ad erogare l'indennizzo ad un apposito soggetto pubbli-

JUS CIVILE



rié, anche dopo il 2002, non risponde mai personalmente per i danni arrecati dalla propria attività (nei limiti in cui essa dia attuazione all'obbligazione della struttura), rimanendo la responsabilità aquiliana (*délictuelle*) confinata ai casi in cui il sanitario abbia ecceduto *les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant*.

Il legislatore italiano, invece, non solo ha ridotto al solo istituto della responsabilità la risposta al problema dei danni derivanti dall'attività sanitaria (non prevedendo cioè alcun sistema d'indennizzo)¹¹², ma ha pure complicato quell'istituto, intrecciando e sovrapponendo responsabilità dirette e vicarie (nonché moltiplicando gli obblighi assicurativi) nella logica del «doppio binario» di responsabilità.

Ora, delle criticità di tale modello si è già detto in precedenza. A questo punto andrebbe solo aggiunto che esso non regge perché non può reggere il suo presupposto, ossia la netta separazione tra la prestazione del sanitario e quella della struttura¹¹³: se infatti è certamente vero che l'inadempimento della struttura non necessariamente deriva da un'erronea condotta del sanitario, e se quindi è vero che può esserci responsabilità della prima senza "responsabilità" del secondo, non è invece ipotizzabile che, in presenza di un'errata prestazione del sanitario non vi sia anche la responsabilità della struttura, dal momento che l'operatore è, seppur non in via esclusiva, elemento necessario dell'esecuzione della prestazione di cura di cui essa è gravata. Di conseguenza, laddove la responsabilità della struttura scaturisce dalla condotta del sanitario (la quale è anche condotta della stessa struttura in considerazione del vincolo di ausiliarità), la duplicazione delle responsabilità non è il prodotto di attività di adempimento realmente distinte. Così, nel caso in cui il danneggiato agisca sia contro la struttura sia contro il medico, l'esito delle due azioni, a causa della diversità dell'onere della prova, potrebbe risultare diverso pur se abbia ad oggetto il medesimo fatto (la condotta del medico), dal momento che la struttura potrebbe soccombere, pur avendo l'operatore agito correttamente, per non essere riuscita a dimostrare l'esatto adempimento e il sanitario potrebbe andare esente da responsabilità, non riuscendo l'attore a dimostrarne la colpa¹¹⁴.

co, l'*Office national d'indemnisation des accidents médicaux* (c.d. ONIAM), il quale provvede previo parere di un'apposita *Commission de Conciliation et d'indemnisation* (c.d. CCI).

¹¹² Tra l'altro il legislatore italiano non ha previsto ipotesi di responsabilità oggettiva come invece ha fatto quello francese; è vero, tuttavia, che l'orientamento della giurisprudenza italiana in materia di infezioni nosocomiali è comunque, di fatto, nel medesimo senso.

¹¹³ Nel senso invece della separazione tra le due prestazioni (pur nel contesto della vigenza del decreto "Balduzzi") v. R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impr.*, 2014, 129, spec. 135.

¹¹⁴ Il problema dell'«incremento confusionale di piani e impostazioni» dato dalla possibile convergenza, nello stesso giudizio sullo stesso fatto, di entrambe le forme di responsabilità (oltre che dell'eventuale azione di rivalsa della struttura) è rilevato anche da R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde*, cit., 265. Secondo l'A. l'unico risultato della riconduzione in ambito extracontrattuale della responsabilità dell'operatore sanitario è la riduzione del termine di prescrizione (che comunque, precisa, non parrebbe offrire significativi vantaggi al potenziale convenuto).



ABSTRACT

Liability in care relationship. Critical and reconstructive remarks on liability forms introduced by “Gelli-Bianco” reform

The paper aims to analyse the new features that characterize the concept of care relationship as a result of some recent changes in the ways of provision of health services. Especially, it intends to evaluate the possibility that care relationship could be established between patients and healthcare institutions instead of between patients and doctors working in these institutions. The paper leads therefore to some remarks concerning the attribution of liability to the different parties involved in the relationship. In the light of these considerations, it examines the 2017 health care reform, highlighting its problematic aspects and proposing an alternative interpretation consistent with the actual characteristics of care relationship in its current form.