



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Corso di Dottorato di ricerca
in Diritto, Mercato e Persona**

Ciclo XXX

Tesi di Ricerca

Relazione di cura e responsabilità

S.S.D. IUS/01

Coordinatore del Dottorato

Ch.ma prof.ssa Carmela Camardi

Supervisore

Ch.mo prof. Roberto Senigaglia

Dottorando

Roberto Pomiato

Matricola 956179

INDICE

CAPITOLO PRIMO

La relazione di cura e l'interesse alla salute

1.	<i>La relazione di cura e l'obbligazione di cura</i>	1
2.	<i>La valorizzazione della tutela della salute quale finalità dell'obbligazione di cura</i>	2
2.1.	<i>Segue. L'assorbimento dell'interesse alla protezione nell'interesse alla prestazione</i>	2
2.2.	<i>Segue. La problematica ampiezza dell'interesse alla salute</i>	5
2.3.	<i>Segue. Il danno da inesecuzione della prestazione di cura quale danno (non patrimoniale) da inadempimento</i>	8

CAPITOLO SECONDO

Relazione di cura e responsabilità nell'ordinamento italiano

1.	<i>Il rapporto con la struttura pubblica</i>	17
2.	<i>Il rapporto con la struttura privata</i>	20
3.	<i>L'ammissibilità di una relazione fiduciaria di cura tra paziente e struttura organizzata</i>	22
4.	<i>Il problema dell'individuazione delle parti dell'obbligazione di cura e le soluzioni della giurisprudenza</i>	26
4.1.	<i>Segue. L'attrazione della prestazione medica all'interno del rapporto paziente-struttura</i>	29
4.2.	<i>Segue. La tesi della responsabilità «per rischio»</i>	32
4.3.	<i>Segue. La tesi del «collegamento» tra la prestazione medica e l'organizzazione sanitaria</i>	34
4.4.	<i>Segue. La tesi della responsabilità per l'esercizio di attività d'impresa</i>	36

5. *Una possibile ricostruzione alternativa: il medico quale rappresentante della struttura sanitaria* 38

CAPITOLO TERZO

Relazione di cura e responsabilità nell'ordinamento francese

- Premessa: il contratto come schema generale di lettura della relazione terapeutica con soggetti privati in Francia* 43

SEZIONE I

La relazione di cura con la struttura privata e con il medico in essa operante

1. *L'originario orientamento della giurisprudenza secondo cui il contrat médical può intercorrere solo (e sempre) con un medico* 45
2. *Il revirement di Cass. 4 giugno 1991: il contrat médical può intercorrere anche con la struttura* 49
- 2.1. *Segue. Una nuova questione: la possibilità di individuare un'autonoma responsabilità del medico dipendente verso la struttura sanitaria e verso il paziente* 51
3. *L'ostinata ricerca da parte della giurisprudenza di una responsabilità personale del medico dipendente e le critiche della dottrina a tale impostazione* 52
4. *Un altro revirement: il medico dipendente non risponde personalmente dei fatti commessi nell'esercizio della propria attività* 54
5. *La situazione del medico operante in una struttura come libero professionista. La disparità creata dalla giurisprudenza rispetto alla situazione del medico dipendente e le critiche della dottrina* 59
- 5.1. *Segue. Le possibili ragioni dell'orientamento della giurisprudenza* 63
6. *Sintesi sull'assetto della relazione di cura e delle responsabilità in Francia prima della riforma del 2002* 65

SEZIONE II

La riforma del 2002 e il dibattito sulla natura della responsabilità in ambito sanitario

1.	<i>Le innovazioni introdotte dalla legge n. 2002-303</i>	66
2.	<i>La compatibilità del precedente assetto della relazione di cura e delle responsabilità con le innovazioni della legge n. 2002-203 e le questioni sollevate dalla riforma</i>	71
3.	<i>Crisi del contrat médical?</i>	74
4.	<i>La qualificazione della responsabilità medica dopo la l. n. 2002-303. Le posizioni della dottrina</i>	82
4.1.	<i>Segue. Le posizioni della giurisprudenza. In particolare: la posizione che applica l'art. 1382 c.c. (ora art. 1240 c.c.) alla violazione del dovere d'informazione del paziente</i>	84
5.	<i>La faute come criterio ambivalente riferibile a entrambe le forme di responsabilità e la perdurante vitalità del contrat médical</i>	89

CAPITOLO QUARTO

La responsabilità del medico all'interno di una struttura sanitaria

SEZIONE I

Le diverse teorie sull'inquadramento della responsabilità del medico e della struttura

	<i>Premessa</i>	95
1.	<i>La tesi della responsabilità contrattuale della struttura ed extracontrattuale del medico dipendente. Critica</i>	95
2.	<i>La tesi della responsabilità «di tipo professionale». Critica</i>	99
2.1.	<i>Segue. Il ruolo dell'art. 28 Cost.</i>	102
2.2.	<i>Segue. Le limitazioni di responsabilità dei dipendenti pubblici</i>	106

3.	<i>Le tesi del contratto a favore di terzo e del contratto con effetti protettivi verso un terzo. Critica</i>	109
4.	<i>La tesi del contratto di assistenza sanitaria e del «doppio binario» di responsabilità. Critica</i>	112
5.	<i>La tesi della fattispecie contrattuale a struttura complessa. Critica</i>	116
6.	<i>La tesi dell'obbligazione di fonte legale. Critica</i>	118
7.	<i>La tesi dell'esercizio «a destinazione multipla» di un diritto potestativo. Critica</i>	119
8.	<i>La tesi della prestazione del medico dipendente come negotiorum gestio. Critica</i>	120
9.	<i>La tesi della responsabilità oggettiva e in particolare l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. all'attività medica. Critica</i>	121

SEZIONE II

Gli obblighi di protezione e la teoria dell'obbligazione senza prestazione

1.	<i>Cenni introduttivi</i>	126
2.	<i>La categoria degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano</i>	131
3.	<i>Il problema dell'individuazione dei doveri di protezione e della delimitazione del loro ambito di operatività</i>	134
4.	<i>L'evoluzione della teoria degli obblighi di protezione: l'obbligazione senza prestazione</i>	141
5.	<i>L'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione alla responsabilità del medico dipendente e il suo accoglimento in giurisprudenza</i>	145
6.	<i>Le reazioni della dottrina al recepimento giurisprudenziale della teoria dell'obbligazione senza prestazione: la tesi dell'obbligazione di fatto</i>	148

6.1.	Segue. <i>L'ambiguo richiamo ai rapporti contrattuali di fatto</i>	153
6.2.	Segue. <i>L'idea di un'obbligazione di «prote-stazione»</i>	157
7.	<i>Osservazioni critiche sull'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione al rapporto tra paziente e medico dipendente</i>	159
8.	<i>Osservazioni critiche sui presupposti della responsabilità personale del medico quale ausiliario della struttura</i>	172
9.	<i>Una precisazione: non è possibile individuare in capo alla struttura obblighi di protezione dei beni del paziente</i>	178
10.	<i>Un ulteriore tentativo di fondare la responsabilità personale del medico: la tesi dell'obbligazione del fatto altrui e della prestazione del medico come adempimento del terzo. Critica</i>	179
11.	<i>Riflessioni conclusive sulla responsabilità del personale sanitario</i>	190

CAPITOLO QUINTO

Le innovazioni legislative in tema di responsabilità in ambito sanitario

SEZIONE I

La riforma “Balduzzi”

1.	<i>Il contenuto della riforma e in particolare la questione della qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria</i>	195
1.1.	Segue. <i>Le posizioni della dottrina</i>	197
1.2.	Segue. <i>Le posizioni della giurisprudenza</i>	201

SEZIONE II

La riforma “Gelli-Bianco”

1.	<i>Considerazioni generali</i>	203
2.	<i>La relazione con la struttura sanitaria e la responsabilità di quest'ultima</i>	204

2.1.	<i>Segue. L'estensione (necessaria?) della regola generale di responsabilità a specifiche fattispecie. In particolare: le prestazioni svolte in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale</i>	207
3.	<i>La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria operante all'interno di una struttura di cura: una fattispecie speciale e (apparentemente) sanzionatoria</i>	210
3.1.	<i>Segue. Il problema della reviviscenza delle limitazioni di responsabilità</i>	214
4.	<i>La fattispecie delle prestazioni sanitarie rese in regime di libera professione intramuraria</i>	215
5.	<i>Gli obblighi assicurativi: esclusioni giustificate e ingiustificate</i>	220
6.	<i>Considerazioni conclusive sul modello di responsabilità disegnato dalla riforma del 2017</i>	224
	BIBLIOGRAFIA	229

CAPITOLO PRIMO

La relazione di cura e l'interesse alla salute

1. *La relazione di cura e l'obbligazione di cura*

La relazione di cura potrebbe essere definita come quel rapporto, connotato da un elemento fiduciario, che la persona instaura con uno o più esercenti la professione sanitaria¹ finalizzato all'esecuzione di prestazioni e attività orientate al miglioramento della salute. Il concetto di salute, tuttavia, è particolarmente ampio, e potrebbe probabilmente essere esteso ben oltre i limiti che interessano in questa sede. Pertanto, in considerazione di ciò, si ritiene preferibile individuare la relazione di cura non già in ragione di una particolare accezione del termine salute (operazione quanto mai complessa), quanto piuttosto in ragione dei soggetti individuati per intervenire su di essa. La salute oggetto dell'obbligazione di cura cui in questa sede ci si intende riferire è allora quella sulla quale possono intervenire gli esercenti la professione sanitaria nei limiti delle regole tecniche e deontologiche stabilite per le rispettive professioni.

Nel momento in cui la prestazione delle attività sanitarie diventa oggetto di un vincolo giuridico tra curante e curato si potrà parlare di obbligazione di cura.

Ora, 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. In questo contesto i soggetti della relazione di cura tendevano a coincidere con quelli dell'obbligazione di cura. Oggi, invece, si assiste a una spersonalizzazione della relazione di cura e a una potenziale dissociazione tra parti della relazione di cura e parti dell'obbligazione di cura. Nel caso del paziente che si rivolga a un medico che lavori stabilmente presso una struttura privata per essere da lui operato, la relazione intercorrerà tra paziente e medico, ma non si può escludere che il vincolo giuridico coinvolga in realtà la struttura (si affronterà *infra* la questione in maniera approfondita). D'altra parte, in altri contesti, ci si dovrà interrogare sulla possibilità che la relazione di cura intercorra non già tra singoli, ma, in considerazione della necessità di approcci sempre più multidisciplinari alle patologie, tra paziente ed *équipe*, o addirittura tra paziente e l'intera struttura, venendo così a coincidere i soggetti dell'obbligazione con quelli della relazione.

¹ L'espressione «esercente la professione sanitaria» è utilizzata dalla recente l. 8 marzo 2017, n. 24.

Tuttavia in questo quadro mutevole va preso atto che l'idea della (necessaria?) personalità della relazione e del vincolo fiduciario che la connota ha continuato a influenzare l'interpretazione della relazione di cura e soprattutto la statuizione della responsabilità del soggetto curante, dal momento che, ancorché non titolare dell'obbligazione di cura, il sanitario con il quale il paziente entra in relazione (o, se si vuole, in contatto) viene sempre coinvolto nell'eventuale giudizio risarcitorio per i danni subiti dal paziente nell'esecuzione delle cure.

È interessante allora indagare come realmente si strutturino oggi la relazione di cura e l'obbligazione di cura, onde comprendere in che termini regolare i profili di responsabilità.

Al termine di questa indagine non mancherà l'esame del recente intervento del legislatore (avvenuto ad opera della l. 8 marzo 2017, n. 24). Inizialmente, però, pare opportuno svolgere alcune brevi riflessioni su talune peculiarità che connotano l'obbligazione di cura e che saranno utili nel prosieguo del discorso.

2. La valorizzazione della tutela della salute quale finalità dell'obbligazione di cura

L'obbligazione di cura, in considerazione della destinazione degli atti di cui si compone, è finalizzata, in maniera oggettiva e riconoscibile, alla tutela della salute². Nelle pagine che seguono si proverà a indagare in quale modo la valorizzazione dell'interesse alla salute reagisca all'interno di tale obbligazione.

2.1. Segue. L'assorbimento dell'interesse alla protezione nell'interesse alla prestazione

In primo luogo il rilievo che assume nell'obbligazione di cura il perseguimento della salute pare consentire di affermare che in questo tipo di

² La tutela della salute tocca il profilo causale del rapporto (cfr. 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.

obbligazione non vi è spazio per i cc.dd. obblighi di protezione. Di tali obblighi si parlerà diffusamente oltre nel testo; per il momento basti dire che si tratta di 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 obbligatoria dal rischio di danno che quella relazione produce³.

Ai fini del presente discorso interessa evidenziare che, nella misura in cui la tutela della salute già costituisce la finalità dell'obbligazione di cura, è lecito dubitare dell'esistenza all'interno di quest'ultima di autonomi doveri di protezione, quantomeno se gravanti sul soggetto curante. Preme però sottolineare che il fondamento di tale affermazione non sta nella circostanza che la persona del paziente costituisce il «sostrato» della prestazione⁴. In effetti, se è pur vero che quando la persona o le cose della controparte costituiscono l'«oggetto» sul quale va eseguita la prestazione, l'interesse di protezione (che ad esse sarebbe rivolto) risulta già assorbito da quello di prestazione, è altrettanto vero che in tanto ciò può realizzarsi in quanto la prestazione abbia ad oggetto la cura (intesa anche come conservazione o miglioramento) della persona o della cosa, ossia solo allorché la finalità della prestazione già racchiuda in sé il significato della protezione. Laddove invece ciò non accada sarà possibile individuare degli obblighi di protezione effettivamente dotati di autonomia in quanto volti a perseguire uno scopo che la prestazione non è già di per sé volta a realizzare. Si pensi, per esempio, a prestazioni puramente estetiche da effettuarsi sul corpo del richiedente⁵, la cui oggettiva finalità non è certamente la tutela della salute (salvo dilatare oltremodo il significato di quest'ultima): in questi casi è possibile configurare, accanto all'obbligo di prestazione, un autonomo obbligo di protezione contro i danni che il cliente possa subire in occasione della prestazione.

Dunque la circostanza che impedisce di individuare autonomi obblighi di protezione all'interno dell'obbligazione di cura è data dal fatto che già la prestazione ha come obiettivo la salute, sicché ammettere la presenza di obblighi protettivi accanto a quello principale darebbe luogo, in questo caso, a una

³ Cfr. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1 ss., nonché ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss. La conseguenza più importante del riconoscimento degli obblighi di protezione è la riconduzione all'alveo contrattuale di condotte che, altrimenti, rientrerebbero in quello aquiliano.

⁴ Così si esprime MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, vol. I, 371.

⁵ Quali possono essere l'applicazione di un *piercing* oppure la realizzazione di un tatuaggio.

sovrapposizione⁶. È pur vero, tuttavia, che la dottrina, proprio con riferimento all'obbligazione del medico, pur riconoscendo l'operatività in questa situazione del fenomeno dell'assorbimento dell'interesse alla protezione in quello alla prestazione, ha ritenuto che potesse residuare, all'interno dell'obbligazione di cura, uno spazio per l'individuazione di autonomi obblighi protettivi. Precisamente tale spazio andrebbe ricavato *per viam negationis* e riguarderebbe i danni causati da quelle condotte che non possono dirsi rientrare nell'obbligo di prestazione o da un punto di vista oggettivo (perché ad esempio riguardano ambiti non oggetto dell'azione del medico) o da un punto di vista soggettivo (perché si tratta di condotte non orientate all'esecuzione della prestazione). Si fa l'esempio del chirurgo che, conclusa con esito positivo un'operazione addominale, si lasci sfuggire di mano il bisturi ferendo il paziente a un occhio⁷; oppure quello del medico che, pur operando a regola d'arte per guarire il malato, strumentalizza la sua persona ponendo in essere delle attività o delle cure che non solo non possono portare alcun beneficio, ma anzi arrecano danno⁸. In tutti questi casi si dice che il medico avrebbe correttamente adempiuto la propria prestazione e tuttavia avrebbe al contempo violato un obbligo di protezione, fonte dunque di responsabilità contrattuale. Ma una tale conclusione non sembra essere del tutto convincente.

Invero l'interesse alla preservazione della propria salute che sta al fondo dell'interesse di protezione è già insito nell'interesse alla salute sotteso all'obbligazione di cura, così come nell'obbligo di curare è insito quello a non tenere comportamenti contrari al buon esito della cura.

Piuttosto, come appresso si dirà, il problema è delimitare "l'ampiezza" dell'interesse alla salute coinvolto nella prestazione di cura (o, nella logica degli obblighi di protezione, dell'interesse di protezione). Ad ogni modo resta valida la

⁶ Già CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, 312, a proposito del concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana, riteneva preferibile escludere tale fattispecie «almeno 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», nel quale «la tutela contrattuale mira (...) allo stesso identico scopo della tutela aquiliana». Per la verità l'A. osservava che «il discorso potrebbe essere diverso, nel caso in cui [sia] violato non l'interesse alla prestazione principale (*Leistungsinteresse*), bensì un interesse "di protezione" (*Schutzinteresse*)», ma, si affrettava a precisare, «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». Sulla possibilità che allorché già la prestazione abbia ad oggetto la protezione della salute l'obbligo di protezione a quest'ultima relativo sia assorbito dal dovere di prestazione, v. anche CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1998, 180 ss.

⁷ L'esempio è di MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, cit., 371.

⁸ L'esempio è di CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 152, nt. 107.

conclusione che nell'obbligazione di cura non può esserci spazio per la configurazione di autonomi obblighi finalizzati alla protezione della salute: già la sola prestazione è infatti necessariamente tutta finalizzata a questo risultato⁹. Diversamente, laddove l'interesse di protezione sia allargato oltre l'ambito già ricompreso nell'interesse alla prestazione (cioè travalichi la misura entro la quale possa dirsi assorbito da quest'ultimo) esso potrebbe estendersi senza limiti a fino a occupare interamente l'area della responsabilità aquiliana (ma senza una sostanziale giustificazione che non sia il generico *neminem laedere*).

2.2. Segue. *La problematica ampiezza dell'interesse alla salute*

Come poc'anzi accennato, se pare possibile affermare che nell'obbligazione di cura l'interesse alla prestazione già racchiude in sé quello di protezione, il problema che comunque residua è quello di determinare, per così dire, la misura in cui la salute sia implicata nell'interesse alla prestazione, ossia, detto diversamente, di determinare il confine tra la lesione alla salute che dà luogo a inadempimento e la lesione della salute che dà luogo a responsabilità aquiliana. E si tratta, evidentemente, di un problema che ugualmente sussisterebbe anche a rimanere nella logica degli obblighi di protezione, dal momento che, mutando solo i termini utilizzati, si tratterebbe pur sempre di individuare fino a dove

⁹ È quello che sembra riconoscere MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (studio critico), cit., 371, quando scrive che «l'obbligo del medico di evitare ogni comportamento pregiudizievole al buon esito della cura, non ha alcuna autonomia rispetto all'obbligo di curare il malato»; tuttavia, poco oltre, l'A. afferma di poter comunque individuare all'interno della relazione di cura autonomi obblighi di protezione della persona del paziente riferibili a condotte che non rientrano nel contenuto dell'obbligo di prestazione. Solo parzialmente diversa è la posizione di CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 152, nt. 107. Anche tale A. riconosce, sulla scia di Mengoni, che nell'obbligazione di cura l'interesse di protezione viene assorbito in quello alla prestazione. Ma in verità andrebbe precisato che l'A. ammette una tale eventualità solo allorché l'obbligazione di cura sia assunta direttamente dal sanitario, mentre invece, come si vedrà, allorché l'obbligazione di cura sia assunta da una struttura, egli ritiene che si configurino autonomi obblighi protettivi in capo al sanitario. Soprattutto, però, l'A. ritiene che anche laddove l'obbligazione sia assunta direttamente dal medico, l'assorbimento si realizzi limitatamente alle sole condotte strettamente finalizzate a guarire (cioè, scrive, «qualora ci si limiti a considerare il momento della prestazione pura e semplice dedotta in obbligazione») e dunque non per quelle non indirizzate a tal fine. Ciò significa che l'assorbimento riguarderebbe quei soli danni che il paziente subisce per effetto della condotta concretamente diretta a curarlo (e infatti gli esempi sono quelli dei danni cagionati dal medico che non dà le corrette prescrizioni e dal radiologo che non controlla le reazioni dei raggi X). Ecco perché vi sarebbe spazio, secondo Castronovo, per un autonomo interesse di protezione del paziente (precisamente quello a non essere strumentalizzato, indipendentemente dal corretto adempimento). Ma in verità resta pur sempre il problema del criterio da utilizzare per delimitare l'ampiezza di tale interesse il quale, ove spinto all'estremo, potrebbe arrivare a coprire per intero l'ambito della tutela aquiliana.

giunge l'interesse di protezione (dal momento che anche la violazione di quest'ultimo dà luogo a responsabilità contrattuale).

In questo quadro l'elemento che complica la questione è la natura dell'interesse sotteso all'obbligazione di cura: in effetti l'interesse alla salute è, per sua natura, unico e onnicomprensivo, involgendo, ontologicamente, l'intera persona. Sicché riconoscere la rilevanza dell'interesse alla salute nell'obbligazione di cura (come pur ha fatto la giurisprudenza¹⁰), se da un lato consente di dare concreta rilevanza (in termini risarcitori) alla destinazione funzionale del rapporto, dall'altro pone la spinosa questione di individuare entro quali limiti tale interesse possa essere soddisfatto dalla prestazione (al di là che tale soddisfazione sia eventuale)¹¹, sì da poter affermare che la lesione della salute all'interno di tali limiti comporta responsabilità contrattuale, mentre la lesione della salute all'esterno di essi provoca responsabilità aquiliana. In effetti, se si valorizzasse, quale interesse sotteso all'obbligazione di cura, l'interesse alla salute *tout court*, si arriverebbe alla conclusione che qualsiasi lesione provocata dal medico all'interno del rapporto comporta inadempimento, dal momento che frustra la finalità cui è orientata l'obbligazione (e sempre a prescindere dal fatto che la realizzazione di tale finalità è eventuale, non dipendendo esclusivamente dall'attività del sanitario). E, sia chiaro, lo stesso accadrebbe nella prospettiva degli obblighi di protezione qualora si giungesse a dire che l'interesse di protezione riguarda qualsiasi lesione il paziente possa subire ad opera del curante. Ma una simile valorizzazione dell'interesse alla salute non sarebbe accettabile, perché significherebbe dilatare oltremodo l'obbligo di prestazione del medico.

In effetti la stessa individuazione del contenuto della prestazione non può non tener conto dell'interesse che l'esecuzione di quest'ultima è destinato a

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975 di cui *infra* si dirà.

¹¹ È appena il caso di ricordare che l'obbligazione di cura è pur sempre un'obbligazione di comportamento (in passato definita "di mezzi"). Non mancano, comunque, casi in cui essa è stata considerata come obbligazione di risultato: v. per esempio MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale* (artt. 2229-2238), in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2014, 628, con riferimento alla prestazione dell'odontoiatra. Del resto, afferma l'A. (ID., *Op. cit.*, 613) la qualificazione secondo il criterio richiamato va fatta caso per caso e non con riferimento all'obbligazione di cura in generale. Sulla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, è d'obbligo il rinvio a MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (*studio critico*), cit., 185 ss.; ma v. altresì NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 8-9/2008, 877, nt. 34, secondo il quale «se si dicesse che l'obbligazione del medico è in generale un'obbligazione di perizia il risultato della quale non è necessariamente ulteriore alla perizia stessa, anziché un'obbligazione di mezzi, si coglierebbe il fondo di verità nascosto nell'annosa questione».

soddisfare¹². Spesso, infatti, l'obbligazione di cura, ancorché solo apparentemente delimitata a un certo ambito della salute, involge necessariamente una valutazione complessiva dello stato di salute del paziente. E così lo specialista in una determinata branca che si accorge di un problema che può riguardare un ambito diverso dal proprio avrà certamente il dovere (quantomeno¹³) di sollevare il problema, senza poter limitare la propria opera alla sola attività inizialmente richiestagli (e involgente un certo ambito della salute del paziente). Ma tale soluzione parrebbe discendere più dalla considerazione del carattere tendenzialmente totalizzante del bene coinvolto nel rapporto, che dal dovere di correttezza nell'esecuzione di quest'ultimo. Ciò che s'intende dire è che è la stessa prestazione medica che ha un contenuto variabile in ragione, per così dire, dell'ampiezza della salute che deve ritenersi implicata nel rapporto.

Non solo: il contenuto della prestazione evidentemente si arricchisce allorché il soggetto curante non sia un singolo professionista, bensì diventi un soggetto organizzato.

Per fare qualche esempio: si potrebbe non avere dubbi sul fatto che se il medico ferisce il paziente nel corso di una colluttazione relativa al pagamento dell'onorario egli risponderà a titolo aquiliano. Tuttavia la soluzione potrebbe essere diversa allorché il paziente sia ricoverato presso una struttura sanitaria e il medico lo ferisca in corsia: non sarebbe affatto azzardato ipotizzare che, in considerazione di un dovere di vigilanza sulla persona del degente connesso al suo stato di ricovero, la struttura, titolare dell'obbligazione di cura, risponda in via contrattuale della lesione commessa dal sanitario. Tornando agli esempi già proposti, nel caso del medico che, dopo aver compiuto l'operazione addominale lede l'occhio del paziente, pare più opportuno parlare non di violazione di un obbligo di protezione bensì di vero e proprio inadempimento, dal momento che (anche a non considerare che l'erroneo maneggio del bisturi potrebbe costituire imperizia) l'interesse alla salute nel caso di un intervento chirurgico certamente si estende alla prevenzione di lesioni di questo tipo. Diversamente nel caso del medico che strumentalizza la persona del paziente la soluzione potrebbe essere nel senso della responsabilità aquiliana, potendosi ritenere eccessivo spingere l'interesse destinato a essere soddisfatto dal rapporto (pur solo potenzialmente) fino alla prevenzione di tali condotte¹⁴.

¹² Cfr. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 ss., ora anche in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio* (a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI), Giuffrè, Milano, 2011, 83 ss., spec. 86 (da cui si cita).

¹³ Va fatta salva infatti la disciplina del consenso per l'esecuzione di qualsiasi prestazione verso il paziente.

¹⁴ Lo stesso potrebbe dirsi dell'interesse di protezione. È pur vero che si potrebbe pensare che la strumentalizzazione del paziente avviene attraverso condotte, per così dire,

In definitiva la valorizzazione della tutela della salute come finalità dell'obbligazione di cura pone un problema la cui soluzione non è individuabile con certezza. Si tratterà di individuare nel singolo rapporto la misura della salute per così dire "rimessa" alla cura del medico e sulla quale quindi può incidere la prestazione.

In linea di principio è comunque possibile concludere ribadendo che tutte le volte in cui la salute verrà lesa in una misura che non poteva dirsi destinata a essere soddisfatta dal rapporto obbligatorio la sua tutela non potrà avvenire attraverso il contratto e sarà allora relegata al campo aquiliano.

2.3. Segue. *Il danno da inesecuzione della prestazione di cura quale danno (non patrimoniale) da inadempimento*

Come si è accennato in precedenza, la giurisprudenza ha recentemente valorizzato, a fini risarcitori, l'interesse non patrimoniale sotteso al rapporto (e, per quanto qui interessa, l'interesse alla salute sotteso all'obbligazione di cura).

In effetti è innegabile che l'inadempimento della prestazione di cura produca sia un pregiudizio patrimoniale sia, soprattutto, un pregiudizio non patrimoniale, posto che esso incide su un interesse per sua natura non patrimoniale qual è la salute¹⁵. Tuttavia è altrettanto noto per un verso che la lesione della salute provocata nell'ambito del trattamento medico è stata tradizionalmente considerata fonte di responsabilità aquiliana¹⁶, in considerazione del carattere assoluto del diritto alla salute; per l'altro, che l'ammissione della risarcibilità in via contrattuale delle conseguenze non patrimoniali

"connesse" a quella di prestazione. Ma una tale connessione non evoca nulla più che una specie di somiglianza rispetto alla condotta curativa vera e propria e non sembra in grado di distinguere con certezza la condotta di strumentalizzazione (sì da indurre che rispetto a essa vi è interesse di protezione) da altre condotte semplicemente occasionate dall'esecuzione del rapporto.

¹⁵ GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, vol. I, Vincenzo Muglia, Catania, 1945, 33 ss., evidenzia che «vi possono essere danni patrimoniali che costituiscono conseguenza della violazione di un obbligo non patrimoniale (...); mentre, per converso, l'inadempimento di un obbligo con contenuto patrimoniale può produrre danni non patrimoniali»; non c'è dunque correlazione «tra patrimonialità della prestazione e patrimonialità del danno prodotto dall'inadempimento dell'obbligazione di cui quella costituisce il contenuto». Pertanto la patrimonialità è carattere essenziale della prestazione, ma non necessariamente anche del danno prodotto dal suo inadempimento. Con specifico riferimento all'obbligazione di cura v. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 310, il quale scrive che «carattere tipico dell'obbligazione del medico è quello di avere per contenuto la tutela della salute e della vita del paziente. Si può quindi affermare che l'inadempimento dell'obbligazione principale del medico viola sempre (o quasi sempre) un diritto della personalità del malato, tutelato anche indipendentemente dall'esistenza di rapporti obbligatori».

¹⁶ In questo senso sembrerebbe orientata anche la riforma approvata con l. n. 24/2017 (v. art. 7, comma 3); ma se ne parlerà *infra*.

dell'inadempimento ha richiesto una lunga elaborazione da parte della dottrina e della giurisprudenza (senza peraltro che si sia ancora giunti a conclusioni univoche).

Non è questa la sede per ripercorrere compiutamente le vie seguite in precedenza dalla giurisprudenza per riconoscere il risarcimento della lesione della salute avvenuto in ambito contrattuale e in specie all'interno dell'obbligazione di cura¹⁷. Qui basti evidenziare che, quantomeno a partire dal noto intervento del

¹⁷ In estrema sintesi, basti dire che inizialmente, fin tanto che non si riteneva ammissibile il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, l'*escamotage* attraverso cui i giudici hanno concesso al paziente danneggiato il ristoro per i danni subiti in conseguenza dell'erronea prestazione sanitaria è stato quello del concorso di responsabilità (sul quale v., in generale, SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Giuffrè, Milano, 1984, 155 ss.; ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 317 ss.; MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. (Analisi comparata di un problema)*, Cedam, Padova, 1989 e ID., voce *Cumulo di azioni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. III, UTET, Torino, 1992, 41 ss.; CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 69 ss.; FRENDI, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, 2° ed., Cedam, Padova, 2013. Con specifico riguardo alla responsabilità medica v. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1223 ss., spec. 1258 e 1262 – favorevole al concorso –; PERETTI GRIVA, *Sul concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 275 – contrario al concorso –). Secondo la teoria del concorso di responsabilità, allorché l'inadempimento sia configurabile anche come fatto illecito, il danneggiato potrebbe azionare entrambi i titoli di responsabilità. Inizialmente, però, la giurisprudenza non aveva chiarito se si trattasse di concorso di azioni oppure di concorso di norme, il che lasciava spazio a una certa ambiguità, poiché nel primo caso il danneggiato può esperire entrambe le azioni (anche in via successiva, ove una risulti preclusa), mentre nel secondo caso ciò non è possibile, ritenendosi uno solo il rimedio applicabile. Ad ogni modo, che sia di norme o di azioni, il tratto distintivo del concorso in parola è che esso presuppone la lesione di un unico interesse facente capo a un unico soggetto; per tale motivo esso viene definito concorso "proprio", e si distingue da fenomeni pur a esso affini (e sempre di conio giurisprudenziale), definiti concorso "improprio", i quali presuppongono invece la lesione (non di uno, ma) di più interessi, riferibili, a seconda dei casi, ciascuno a un diverso soggetto oppure tutti al medesimo (Cfr. FRENDI, *Op. cit.*, 25 ss.). Tuttavia, con riguardo al concorso "proprio", il descritto fenomeno dell'assorbimento, all'interno dell'obbligazione di cura, dell'interesse alla protezione in quello alla prestazione dovrebbe far dubitare della possibilità di individuare una tutela aquiliana conseguente alle stesse condotte che producono inadempimento e violano quindi l'interesse alla prestazione (e l'interesse non patrimoniale a esso sottostante). E lo stesso dovrebbe dirsi con riguardo al concorso "improprio" (quello che si verificava, cioè, allorché si affiancava alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria la responsabilità aquiliana del singolo sanitario). Per di più va aggiunto, da un punto di vista generale, che se la collocazione in ambito extracontrattuale della tutela risarcitoria del danno alla salute era per un verso necessaria per concedere il risarcimento (altrimenti precluso in ambito contrattuale), per altro verso comportava che, trattandosi di danno non patrimoniale, la stessa tutela risultasse soggetta ai limiti dell'art. 2059 c.c. (inizialmente molto stretti, essendo i «casi previsti dalla legge» limitati ai soli casi di reato). Si arrivò così, in un primo momento, alle pronunce di Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 (in *Foro it.*, 2003, I, 2272) e n. 8828 con le quali la giurisprudenza ha affermato che tra i «casi determinati dalla legge» di cui all'art. 2059 c.c. rientrano anche quelli in cui la Costituzione riconosce dei diritti inviolabili, sul presupposto che detto riconoscimento porta inevitabilmente con sé la forma minima di tutela costituita dal risarcimento. Sennonché la giurisprudenza aveva

2008 delle Sezioni unite della Corte di cassazione, la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento è divenuta diritto vivente¹⁸.

Ebbene, a tal proposito va sottolineato che opportunamente la giurisprudenza ancora la riconducibilità all'ambito contrattuale della lesione di un interesse non patrimoniale al fatto che tale interesse sia quello cui è oggettivamente orientato il rapporto¹⁹. Per quanto qui interessa i giudici, citando l'art. 1174 c.c., richiamano «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»²⁰. In altre parole in tanto la frustrazione di un interesse non patrimoniale per opera dell'inadempimento della prestazione può essere risarcito in via contrattuale in quanto quell'interesse sia quello che l'esecuzione del contratto era destinata a soddisfare; diversamente, se ne deduce, dovrebbe venire in rilievo la tutela aquiliana²¹. D'altra parte è pur vero che la

nel frattempo iniziato a qualificare come contrattuale (oltre che la responsabilità della struttura) anche la responsabilità del singolo sanitario (cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 4/1999, 441 ss. con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*), per cui il problema del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento si era riproposto. È così che si è giunti alle pronunce a Sezioni unite del 2008.

¹⁸ Il riferimento è ovviamente a Cass., Sez. un., 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 PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di PARDOLESI – SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, di PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, e di NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.

¹⁹ Per la crescente considerazione degli interessi che lo strumento contrattuale è destinato a soddisfare (con i risvolti sul piano risarcitorio che tale considerazione implica) v. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, a cura di C. A. GRAZIANI, ESI, Napoli, 2007, 175 ss. e CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2/2016, spec. 319 ss. Scrive GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, UTET, Torino, 2015, 392 ss., che, tenuto conto della nozione di interesse del creditore ex art. 1174 c.c. (la quale, secondo l'A., «si scompone (...) nei vari e molteplici interessi in funzione dei quali è stata assunta una determina obbligazione»), «non dovrebbe sorprendere (...) il risarcimento del danno non patrimoniale [contrattuale] determinato, nel settore sanitario, dalle lesioni di interessi in vario modo connessi alla sfera della salute».

²⁰ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

²¹ In verità l'argomentazione delle sentenze del 2008 è ambigua, sicché 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 (come si ritiene corretto) sia costruita sulla sola disciplina contrattuale. In effetti i giudici di legittimità da un lato hanno affermato che «l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente (...) di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali», dal momento che «la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale»; dall'altro hanno suffragato la

stessa giurisprudenza ha lasciato aperto il problema del criterio attraverso cui individuare quali interessi (al di là che a essi sia finalizzato il rapporto) sono risarcibili in ambito contrattuale²²; ma è altrettanto certo che tale problema non

risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale dovuto a inadempimento attraverso il richiamo all'art. 1174 c.c., sostenendo la necessità di individuare gli interessi non patrimoniali ricompresi nell'area del contratto attraverso l'esame della sua causa concreta. La dottrina si è così divisa tra chi ha lodato le pronunce (FRANZONI, *Il danno morale ed il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 7/2009, 581 ss. e in partic. 587 ss., a detta del quale vi sarebbe, nella soluzione delle Sezioni unite, «una sostanziale riduzione del ruolo e della portata che la tradizione ha assegnato all'art. 2059 c.c., poiché il danno non patrimoniale è contenuto nell'art. 1223 c.c., al pari del danno patrimoniale») e chi le ha criticate (NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2012, 475 ss., che parla di «errore prospettico» che inficia il ragionamento delle Sezioni unite). Pare corretto però aderire a questo secondo filone: in effetti nella prospettiva contrattuale il richiamo all'art. 2059 c.c. appare ultroneo, dovendosi piuttosto guardare alla rilevanza dell'interesse all'interno del rapporto (altro è poi che la lesione di un determinato interesse sia risarcibile anche in sede aquiliana). Illuminanti, a tal proposito, sono le parole di 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.*, 3/2009, 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». Secondo l'A. i giudici recepiscono le indicazioni del dibattito dottrinale più recente, ma le collocano in una cornice fuorviante per due ragioni: «a) perché nessun conforto in ordine all'ampiezza del danno risarcibile ex art. 1218 c.c. si può trarre dal distinto campo della responsabilità aquiliana; b) perché così si trascura che il contratto dà vita ad un piano della rilevanza giuridica autonomo, anche se ovviamente coordinato con lo *ius positum*, che è in grado di conferire rilievo anche ad interessi non espressamente previsti né dalla Carta fondamentale né dalla legislazione ordinaria, ma al contempo può persino attenuarne la tutela, ma non certamente sino a compromettere la dignità o la libertà, sicché il moto tra contratto e legge in questo caso procede in senso esattamente inverso rispetto a quello prospettato dalle Sezioni unite». In senso critico verso le sentenze in parola v. anche GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno resp.*, 3/2009, 279 ss.; CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contr.*, 7/2010, 707 ss.; MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2013, 35 ss.

²² V. a tal proposito NIVARRA, *Op. ult. cit.*, 482 ss., secondo il quale l'unico modo per dare una radice contrattuale al danno non patrimoniale che consegue all'inadempimento è quello di «postulare l'esistenza di un ulteriore obbligo, che si affianca a quello di prestare l'utilità idonea a soddisfare l'interesse primario del creditore, e strumentale alla tutela dell'interesse, per così dire, secondario del medesimo creditore alla conservazione dell'integrità della propria persona e del proprio patrimonio». Pertanto l'obbligo dalla cui violazione potrà scaturire un danno contrattuale non patrimoniale sarà soltanto un obbligo accessorio e giammai l'obbligazione principale, a meno che, come accade per l'obbligazione medica, «il contenuto di quest'ultima non si esaurisca nella cura e nella protezione della sfera giuridica dell'altra parte». Fuori da questo caso, quindi, ove si intenda risarcire la mera frustrazione dell'interesse alla cui soddisfazione era preordinata la prestazione, e cioè agganciare il risarcimento alla violazione dell'obbligo principale (anziché alla violazione di un obbligo accessorio di protezione, in tanto in quanto sussista), il danno non

sembra porsi per l'obbligazione di cura, qualunque soluzione si adotti (sia cioè che si guardi alla finalità oggettiva o soggettiva del rapporto, sia che si guardi alla rilevanza dei beni in esso implicati): l'obbligazione di cura è infatti oggettivamente finalizzata alla tutela della salute e necessariamente coinvolge la persona del paziente²³, sicché è in ogni caso ben chiaro quale sia l'interesse non patrimoniale a essa sotteso.

patrimoniale contrattuale diventerebbe un "doppio" che sempre si affianca al danno patrimoniale, dato che «la mancata esecuzione della prestazione, almeno virtualmente, dispiegherebbe sempre i suoi effetti lesivi in entrambe le direzioni» (NIVARRA, *Op. ult. cit.*, 491). In sostanza l'ancoraggio del risarcimento della conseguenza non patrimoniale dell'inadempimento alla violazione dell'obbligo principale di prestazione (fuori dal caso in cui questo sia già di per sé volto alla protezione e cura della sfera giuridica altrui) comporta che il (preteso) danno non patrimoniale contrattuale rimane privo di autonomo fondamento, rimanendo «per intero assorbito entro l'orizzonte di un inadempimento dilatato ed annacquato a dismisura», fino a ricomprendervi, a mo' di «conseguenza immediata e diretta», anche la delusione per la mancata realizzazione del fine cui la prestazione era preordinata. Ma questo, precisa l'A., «è solo il "doppio" (...), e non un autonomo *Schutzinteresse* che, esposto alla *Einwirkungsmöglichkeit* determinatasi a seguito della insorgenza del rapporto obbligatorio, reclami di essere tutelato nella forma di una specifica e parimenti autonoma *Schutzpflicht*» (NIVARRA, *Op. ult. cit.*, 495). Diversamente secondo CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, cit., 319 ss., la questione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento riguarda proprio le conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento dell'obbligo di prestazione; scrive infatti l'A. che «il risarcimento del danno conseguente alla lesione di interessi non patrimoniali protetti da obblighi accessori non va confuso con la questione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento dell'obbligazione, precisamente perché quest'ultimo si riferisce all'obbligo di prestazione mentre il primo si riferisce agli obblighi accessori» (ID., *Op. ult. cit.*, 328). Piuttosto, prescinda l'A., una volta che si sia riconosciuta tutela all'interno del rapporto obbligatorio a interessi non patrimoniali nella veste degli obblighi di protezione, non si potrà più negare rilevanza a quell'interesse creditorio (pure non patrimoniale) «che sta oltre il soddisfacimento dell'obbligo di prestazione ma [che] costituisce il presupposto della stessa obbligazione». L'A. (ID., *Op. ult. cit.*, 318), critica infatti il ragionamento delle Sezioni unite del 2008, poiché in esso «appaiono (...) arbitrarie la limitazione al danno conseguente alla violazione di diritti inviolabili della persona, e quella che identifica con quest'ultima la persona del creditore. La prima è condizionata dalla lettura fornita dalle stesse sezioni unite all'art. 2059, il quale però attiene alla responsabilità aquiliana; la seconda non considera che gli obblighi di protezione incombono su entrambe le parti del rapporto obbligatorio, a tutela, più in generale, della loro sfera giuridica». Il criterio che Castronovo propone per l'identificazione degli interessi non patrimoniali risarcibili in via contrattuale è quello della tipicità dell'interesse (ID., *Op. ult. cit.*, spec. 326); una tipicità che andrebbe «ricavata non altrimenti che dalla natura della prestazione» e che servirebbe a distinguere l'interesse non patrimoniale risarcibile dagli interessi di fatto destinati a rimanere irrilevanti. Si può però osservare che, seppur suggestivo, tale criterio non sembra poter condurre, nella sua concreta applicazione, a risultati univoci.

²³ Un caso particolare, sotto questo profilo, potrebbe essere rappresentato dalle prestazioni di chirurgia estetica, le quali ben possono essere finalizzate anche alla soddisfazione di interessi diversi da quello alla mera salute psicofisica (si pensi al caso di attori o attrici che facciano ricorso a tecniche di ringiovanimento per finalità lavorative). Si tratterà dunque di verificare entro quali limiti tali ulteriori finalità siano confluite nella disciplina del rapporto. In difetto di esplicite pattuizioni, pare opportuno limitare l'interesse risarcibile a quello alla salute psicofisica (cioè a quello cui oggettivamente è indirizzata l'obbligazione).

Solo, come si è visto, resterà da individuare fino a che punto l'interesse alla salute possa essere soddisfatto (pur eventualmente) dalla prestazione, ossia resterà da individuare fino a che punto la lesione di tale interesse possa essere risarcita in via contrattuale.

Rimane ora solo un'ultima precisazione.

Una volta collocato in ambito contrattuale il danno alla salute da inesatta esecuzione della prestazione di cure, ci si potrebbe chiedere se il suo riconoscimento possa essere in qualche modo ostacolato dal criterio di cui all'art. 1225 c.c., che regola il risarcimento dei danni da inadempimento (e che dunque verrebbe in rilievo anche per i danni non patrimoniali da quest'ultimo provocati)²⁴. Tale norma introduce, quale limite alla risarcibilità del pregiudizio, quello della sua prevedibilità, sia sotto il profilo dell'*an*, che del *quantum*²⁵, fatta salva l'ipotesi di inadempimento doloso (nella quale il risarcimento dovrà comprendere anche i danni imprevedibili). La risposta pare essere negativa.

Quanto alla prevedibilità dell'*an* del danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento dell'obbligazione di cura (ma lo stesso vale per il danno non patrimoniale da inadempimento in generale), essa finisce infatti per risolversi nella questione dell'espressione, all'interno dell'obbligazione, dell'interesse non patrimoniale cui essa è indirizzata: nella misura in cui, cioè, tale interesse si manifesta nell'obbligazione, la sua lesione diviene prevedibile. Di conseguenza, per lo stesso motivo per cui è possibile affermare che l'interesse alla salute è quello a cui è orientata l'obbligazione di cura, è anche possibile affermare che il danno a tale interesse è prevedibile²⁶. È bene però precisare che questo discorso

²⁴ Secondo le pronunce a Sezioni unite del 2008 citate in precedenza, le regole del codice civile sul risarcimento del danno contrattuale devono essere applicate al danno non patrimoniale (da inadempimento) previa loro lettura «in senso costituzionalmente orientato». Non è chiaro cosa intendano dire le Sezioni unite, ma il timore pare essere quello che non venga risarcita la lesione di determinati diritti a causa dell'ostacolo posto da regole come quella della prevedibilità. A tal riguardo, però, si può osservare che in tale contesto la concessione del risarcimento non dipende tanto dalla prevedibilità del danno, quanto piuttosto dal fatto che all'interesse non patrimoniale sia stata data effettiva rilevanza all'interno del rapporto. Ciò, indubbiamente, rende anche prevedibile la lesione di tale interesse, ma si crede che si tratti comunque di profili distinti. Lo strumento dell'interpretazione secondo Costituzione non sembra dunque opportunamente richiamato.

²⁵ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2° ed., Zanichelli, Bologna, 1979, 385.

²⁶ Taluni Autori, per individuare gli interessi non patrimoniali risarcibili in via contrattuale, hanno proposto di utilizzare il criterio della loro riconoscibilità, mentre altri quello della tipicità dell'interesse protetto. Ma, come detto, nel caso dell'obbligazione di cura in ogni caso l'interesse alla salute risulterebbe rilevante. Sembra aderire al criterio della riconoscibilità NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 7/2010, 733, nt. 21, allorché, in relazione all'affermata compatibilità dell'art. 1225 c.c. con il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, scrive che «quando la risarcibilità del danno non patrimoniale dipende dalla espressa regolamentazione di interessi delle parti, la

vale a giustificare la risarcibilità in via contrattuale del pregiudizio alla salute nell'obbligazione di cura solo in via generale, rispetto cioè a quanto invece potrebbe accadere in altri rapporti obbligatori nei quali l'interesse alla protezione della salute non sia espresso (esplicitamente o implicitamente). In altre parole, la circostanza che nell'obbligazione di cura sia insito l'interesse alla salvaguardia della propria sfera psicofisica comporta che, in linea di principio, va considerato prevedibile (e dunque risarcibile) il pregiudizio alla salute; ma tale circostanza non significa, naturalmente, che sia risarcibile *qualsiasi* pregiudizio alla salute. La regola della prevedibilità dovrà infatti operare anche con riferimento ai diversi pregiudizi non patrimoniali che possono scaturire dall'inadempimento (così come avviene, del resto, per quelli patrimoniali)²⁷.

Con riguardo invece alla prevedibilità del *quantum* del danno, l'inapplicabilità della regola dell'art. 1225 c.c. dipende dalla natura stessa del pregiudizio in questione, che per definizione è non patrimoniale. In generale si può osservare, infatti, che l'applicazione della prevedibilità anche al profilo del *quantum* risarcitorio sembra legata al presupposto probabilmente sotteso alla regola dell'art. 1225 c.c., ossia all'idea che il contenimento del danno entro i limiti della prevedibilità «corrisponda all'ambito dei rischi dell'inadempimento che

conseguenza lesiva che il mancato adempimento provoca non pone un problema di applicazione del limite dell'art. 1225 c.c. Analogamente la risarcibilità del danno non patrimoniale che derivi dalla regolamentazione anche solo implicita degli interessi delle stesse parti risulta prevedibile in base ad un'interpretazione *ex fide bona*, capace di rendere esplicita la prognosi sulla sua risarcibilità. Infine, quando il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto alla lesione di interessi inviolabili della persona, lo stesso risulta prevedibile in relazione alla natura degli interessi coinvolti, come si evince dalla giurisprudenza in materia di lesioni contrattuali del diritto alla salute, che mai ha prospettato un problema di (im)prevedibilità del danno conseguente». Adotta esplicitamente il criterio della riconoscibilità GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 395 ss., secondo il quale ove quest'ultima non rifluisca nella notorietà di una data disciplina normativa che disponga il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, essa va valutata in base agli interessi che il creditore ha reso espliciti, senza bisogno, dunque, di un loro «aggancio alla Costituzione». Pertanto, conclude l'A., «come sul debitore si riverteranno quei danni, patrimoniali o personali, connessi ad interessi che il medesimo poteva riconoscere, così al creditore sarà precluso di domandare il risarcimento se tali interessi, non desumibili da alcun elemento, egli non ha reso espliciti». *Contra*, quanto al metodo da utilizzare ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, cit., 326, secondo il quale, come visto in precedenza, il criterio per identificare l'interesse non patrimoniale cui l'art. 1174 c.c. si riferisce e che può essere risarcito in ambito contrattuale è quello della tipicità di tale interesse desumibile dalla natura della prestazione, mentre invece la disciplina dell'art. 1225 c.c. sarebbe da riferire esclusivamente al danno patrimoniale.

²⁷ Così, ad esempio, se a seguito dell'inesatta esecuzione di un intervento chirurgico a un arto sarà risarcibile il danno per la sua mancata funzionalità, non altrettanto potrebbe accadere per il pregiudizio derivante da turbamenti psicologici (bensì conseguenti al deficit motorio, ma) assolutamente eccezionali in relazione alla professione o alla condizione del soggetto.

tacitamente il debitore assume a suo carico attraverso l'impegno obbligatorio»²⁸. Evidentemente, allorché gli interessi presi in considerazione dal rapporto siano solo quelli economicamente valutabili, ciascuna delle parti dovrebbe essere in grado di valutare, secondo un parametro di normalità, qual è l'entità dei valori in gioco e dunque entro quali limiti possa essere ricompreso il risarcimento in caso di mancata esecuzione della prestazione²⁹. Tutto ciò, però, diventa impossibile allorché l'interesse preso in considerazione ai fini del risarcimento sia (anche) quello non patrimoniale, non essendo esso suscettibile di valutazione alla stregua di criteri di mercato e non essendogli quindi attribuibile un valore conoscibile. In generale, dunque, il problema non è tanto quello della maggiore o minore entità del pregiudizio, quanto quello della sua preventiva incalcolabilità, anche se, nel caso specifico della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di cura, non si può nascondere che a tale aspetto si aggiunge anche quello che il bene concretamente leso è la salute, e che dunque l'importo del pregiudizio risarcibile rischia pure di essere esorbitante. D'altra parte è pur vero che l'adozione da parte della giurisprudenza di meccanismi standardizzati di risarcimento finisce per consentire, anche per il tramite del ricorso allo strumento assicurativo, un certo margine di allocazione dei rischi e, dunque, dei costi³⁰.

²⁸ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., 372, il quale ad ogni modo evidenzia che tale giustificazione è stata oramai rifiutata dalla dottrina.

²⁹ Valutazione che eventualmente potrà riversarsi nella determinazione del corrispettivo della prestazione di una delle parti.

³⁰ Incidentalmente va osservato che la questione della prevedibilità del danno e della conseguente allocazione dei rischi dell'operazione economica riguarda, più in generale, la fattispecie del contratto d'opera, posto che storicamente le *operae liberales* erano attività volte alla soddisfazione di bisogni essenziali della persona e non erano oggetto di contratto (cfr. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale (artt. 2229-2238)*, cit., 81 ss., il quale rileva che nel mondo romano «l'attività intellettuale di un cittadino (...) svolta a favore di un concittadino, quale aiuto negli affari altrui, era considerata in base alla concezione generale un obbligo onorato, un onore (*honor*) e questi servizi amichevoli venivano eseguiti gratuitamente, costituendo attraverso i secoli un elemento essenziale della vita romana». Si tratta, prosegue l'A., di «attività considerate particolarmente preziose, aventi come oggetto un bene inestimabile, un *beneficium*», la gratuità del quale, tuttavia, non esclude la possibilità di ricevere qualcosa a seguito dello svolgimento dell'opera, fermo restando che «l'eventuale compenso non costituisce comunque un prezzo (*merces*), una controprestazione, ma l'*honorarium*, il dono con cui il soggetto beneficiato con l'opera manifesta gratitudine e riconoscenza per il favore ottenuto»). Ebbene, la visione a-contrattuale di tali attività, che le sottraeva alla logica dello scambio e dell'allocazione dei costi, è stata così forte che nel codice civile del 1865 non si è introdotta per esse alcuna specifica disciplina, mentre nel codice del 1942, ove pure una disciplina c'è, essa è tutta incentrata sull'attività in sé più che sul suo essere oggetto di contratto (v. MUSOLINO, *Op. ult. cit.*, 89 ss., il quale dimostra come la terminologia e i concetti utilizzati dal legislatore nelle disposizioni sul contratto d'opera professionale siano in linea più con la tradizione romanistica che con l'inquadramento contrattuale della prestazione).

In queste pagine si è esaminata l'obbligazione di cura attraverso la lente del peculiare interesse cui essa è orientata (la salute della persona), in una prospettiva già adottata dalla giurisprudenza. In particolare si è visto che la circostanza che l'obbligazione sia oggettivamente finalizzata alla cura della persona potrebbe comportare l'assorbimento all'interno dell'interesse alla prestazione dell'interesse di protezione del paziente a motivo della circostanza che già la stessa prestazione va modulata in ragione del fine cui essa tende.

CAPITOLO SECONDO

Relazione di cura e responsabilità nell'ordinamento italiano

1. *Il rapporto con la struttura pubblica*

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 pubblica.

La questione, se allargata eccessivamente, è assai complessa, perché rischia di toccare 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 prestazione³¹. 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»³², e l'idea che

³¹ Per una disamina dell'evoluzione storica di tali inquadramenti v. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2008, 1 ss.

³² 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 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 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.*, 1/1999, 121 con nota di 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 SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*. Per la verità, come rileva SANTILLI, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 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 assoggettività 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., Sez. un., 19 giugno 1936, in *Giur. it.*, 1936, I, 866, con nota di JEMOLO, *In tema di discrezionalità amministrativa*, nella quale 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

l'accettazione in ospedale di un paziente dia luogo alla conclusione di un contratto è divenuta una massima corrente³³. 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 (ancorché nella forma dell'obbligo a contrarre)³⁴. Per di più le modalità di fruizione delle prestazioni del SSN non si riducono al solo ricovero, comprendendo anche le attività ambulatoriali, di diagnostica, di prevenzione ecc.

Tuttavia è pur vero 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 obbligazioni³⁵. In effetti, se a fronte all'esercizio dei poteri di

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».

³³ Si rinvia ai riferimenti nelle note seguenti.

³⁴ Assai critico è ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2008, 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 porrebbe 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 da un obbligo a contrarre), GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 712 ss.

³⁵ Già SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, 2° ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1906, 340 (citato da MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 10, nt. 44), scriveva che «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 ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1956, 90 (citato da MOLASCHI, *Op. ult. 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.

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)³⁶, 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, per cui risulta notevolmente ridotto l'abito della discrezionalità dell'amministrazione.

Recentemente, in effetti, la giurisprudenza, in una fattispecie in cui veniva in rilievo l'assistenza medico-generica (quella prestata dal medico di medicina generale, c.d. medico di base) e 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. 833³⁷. Ora, se forse sarebbe più corretto discorrere di vera e propria obbligazione solo nel momento in cui il privato sia ammesso al godimento del servizio³⁸, il linguaggio utilizzato dalla Corte si avvicina comunque maggiormente alle 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 per la fruibilità del servizio da parte del singolo, a seguito della quale, in effetti, la situazione di quest'ultimo è effettivamente regolata dalle regole proprie dei rapporti obbligatori³⁹. Appare dunque corretto

³⁶ Cfr. MOLASCHI, *Op. ult. cit.*, 81.

³⁷ Il riferimento è a Cass., 27 marzo 2015, n. 6243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2015, I, 934 ss., con nota di PUCCELLA, *La responsabilità dell'ASL per l'illecito riferibile al medico di base*.

³⁸ Ciò accade quando il privato viene iscritto negli elenchi dell'azienda sanitaria nel cui ambito territoriale egli ha la residenza ed effettua l'opzione per uno dei medici che operano nella sua zona.

³⁹ Scrive MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, 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».

qualificare come creditore il paziente ammesso a ricevere le cure da una struttura pubblica e come debitrice quest'ultima⁴⁰.

2. *Il rapporto con la struttura privata*

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 sanitarie⁴¹), 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 della legge 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»⁴². Di conseguenza si affermava che l'attività di gestione di case di cura private andava considerata come mera

⁴⁰ Secondo CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 3/2017, 460, 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.

⁴¹ V., in particolare, l'art. 10 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 e l'art. 3 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

⁴² In tal senso GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., 724, il quale richiama Trib. Roma, 24 giugno 1981, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2283, il quale ha negato l'omologazione dell'atto costitutivo di una società di capitali avente ad oggetto la gestione di strutture sanitarie diagnostiche e terapeutiche, dando rilievo, oltre al divieto in parola, anche agli artt. 2229, 2232, 2233, comma 2, c.c., «che presuppongono chiaramente il carattere personale dell'esercizio delle professioni intellettuali».

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»⁴³. 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, 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).

È pur vero, d'altra parte, che il divieto di cui alla l. n. 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 con una struttura privata⁴⁴. Né di

⁴³ GALGANO, *Op. ult. 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 lì giustificato in ragione delle «peculiari esigenze» proprie di quel servizio.

⁴⁴ Cfr. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, cit., 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» (corsi propri). V. inoltre CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 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 PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, Napoli, 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. n. 1815/1939. Circa la natura contrattuale del rapporto tra paziente e struttura privata v., più di recente, ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2/1999, 330.

questioni legate al divieto in parola vi è traccia giurisprudenza⁴⁵. Probabilmente la ragione di ciò sta della circostanza che le attività mediche non erano espressamente menzionate nella disposizione.

Ad ogni modo, il divieto dell'art. 2, l. n. 1815/1939 è oggi venuto meno⁴⁶. Non sono parimenti venute meno, però, le resistenze di certa dottrina ad ammettere che anche la struttura privata possa essere parte di un contratto di cura "onnicomprensivo", esteso cioè anche all'attività del personale medico⁴⁷. Sennonché la riforma del 2017 pare aver messo fine a questi dubbi. L'art. 7, comma 1, nel riferirsi all'avvalimento di soggetti esercenti la professione sanitaria da parte di strutture tanto pubbliche quanto private al fine di adempiere alla 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, allo stesso modo di quanto accade nel rapporto tra paziente e struttura pubblica.

3. *L'ammissibilità di una relazione fiduciaria di cura tra paziente e struttura organizzata*

Nei paragrafi precedenti s'è visto che l'obbligazione di cura può essere assunta verso un paziente sia da una struttura pubblica che da una struttura 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 un

⁴⁵ In taluni casi la giurisprudenza sembra aver voluto aggirare il divieto: v. per es. Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604 con nota di PUCCELLA, 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.

⁴⁶ Il divieto previsto dall'art. 2 l. n. 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.

⁴⁷ Cfr. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 7-8/2011, 1454, che richiama MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 2/2000, 505.

soggetto organizzato; ossia 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 di complicazioni che richiedano l'ausilio di diverse professionalità o della 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 discipline mediche). 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.).

A tali riflessioni possono poi aggiungersene altre relative all'inquadramento contrattuale da dare al rapporto tra paziente e struttura sanitaria.

A questo proposito la giurisprudenza ha per lungo tempo fatto riferimento allo schema del contratto d'opera professionale⁴⁸; tuttavia tale inquadramento, poiché finiva per focalizzare l'attenzione sulla sola prestazione medica, si traduceva nell'appiattimento della responsabilità della struttura sulla responsabilità del medico. La dottrina, non condividendo appieno tale inquadramento⁴⁹, ha

⁴⁸ Cfr. Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4; Cass., 11 aprile 1995, n. 4152; Cass. 27 maggio 1993, n. 5939; Cass., 1 febbraio 1991, n. 977; Cass., 27 luglio 1998, 7336; Cass., 1 settembre 1999, n. 9198 (tutte in www.iusexplorer.it). Più recentemente v. Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 11/2001, 1045, con nota di BREDÀ, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*.

⁴⁹ Cfr. LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Giuffrè, Milano, 2011, 136, il quale critica la tendenza a ricondurre il rapporto tra paziente e struttura agli schemi tradizionali, posto che essi «per essere stati previsti in relazione a situazioni e ad interessi sociali differenti, difficilmente risultano in grado di garantire efficace tutela e soddisfacente disciplina giuridica delle nuove istanze rappresentate dal contratto

allora evidenziato la natura atipica del contratto⁵⁰, sposata poi anche dalla giurisprudenza più recente⁵¹.

Ma è comunque interessante esaminare le motivazioni avanzate contro la tesi che riconduceva il rapporto tra paziente e struttura a un contratto d'opera onde verificare se tale fattispecie possa essere in qualche modo ripensata. Ebbene, contro la predetta ricostruzione si è osservato (con argomentazioni svolte per la struttura pubblica, ma valide anche per quella privata) che, essendo parte del rapporto la struttura e non il professionista, oggetto del contratto non è la prestazione intellettuale del debitore, bensì la prestazione intellettuale altrui (precisamente del medico ausiliario del debitore); inoltre s'è osservato che la possibilità di concludere contratti d'opera da parte di una struttura organizzata si scontrerebbe con il limite della natura personale della prestazione. Da ultimo, si è detto che, in ogni caso, oggetto dell'obbligazione della struttura non sarebbe la sola prestazione medica dei sanitari dipendenti, bensì «una più complessa prestazione – legislativamente definita come “assistenza sanitaria” (art. 19 ss. l. 23 dicembre 1978, n. 833) – della quale la prestazione del medico costituisce un elemento»⁵². In definitiva la struttura sanitaria non potrebbe essere riguardata come una sorta «medico collettivo» o di «macroiatra» che conclude contratti d'opera avvalendosi dei sanitari propri dipendenti⁵³.

Tuttavia tali argomentazioni potrebbero forse essere almeno in parte rimediale, anche in virtù delle considerazioni svolte in precedenza.

In primo luogo, quanto all'ostacolo dato dalla connotazione necessariamente personale dell'attività, esso potrebbe invero essere superato attraverso 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

stipulato con la struttura sanitaria privata». Inoltre, con riguardo alla tendenza a richiamare la «rassicurante definizione di contratto misto», osserva l'A. che essa, riducendo il contratto alla somma o combinazione di figure già esistenti, non permetterebbe di cogliere la funzione unitaria dell'operazione.

⁵⁰ Scrive LEPRE, *Op. ult. cit.*, 136, che il contratto tra paziente e struttura integra un contratto nuovo, atipico, «non previsto da alcuna disposizione normativa, il cui contenuto essenziale è dato dal fatto che la clinica si obbliga contrattualmente con il paziente ad eseguire tutte le attività necessarie rispetto alle condizioni – ovviamente anche evolutive – di salute del medesimo, ma che, certamente, non si esauriscono mai nella mera prestazione di attività professionale medica».

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2008, 612, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*.

⁵² GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., 721.

⁵³ Le espressioni sono di GALGANO, *Op. ult. cit.*, 720.

instaurarsi una relazione fiduciaria tra chi assume l'obbligo di eseguire la prestazione ed il beneficiario della stessa»⁵⁴. 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 avvalgano di un'organizzazione complessa⁵⁵. In sostanza, la nozione di personalità della prestazione dovrebbe poter essere riferita sia a persone fisiche che a persone giuridiche, allargando la nozione di *intuitus personae* fino a ricomprendervi anche quella di *intuitus societatis*⁵⁶. Ponendosi in quest'ottica, dunque, non parrebbero esservi ostacoli ad ammettere che la struttura sanitaria concluda contratti d'opera con i propri pazienti.

In secondo luogo, con riguardo all'osservazione per cui la prestazione della struttura sarebbe più ampia della sola attività medica, allargandosi anche alle prestazioni complementari e comprendendo un profilo organizzativo, non si può non rilevare come tale argomento non si dimostri decisivo. È innegabile infatti che anche l'attività medica svolta dal singolo attraverso un tradizionale contratto d'opera professionale può richiedere spesso un'organizzazione di mezzi e di personale tipicamente imprenditoriale⁵⁷. Sicché l'unico criterio distintivo tra la prestazione di cura erogata dal singolo e quella erogata da una struttura rischia di essere quello (per così dire “quantitativo”) della diversa dimensione organizzativa⁵⁸. Del resto non sarebbe nemmeno ipotizzabile una diversità di

⁵⁴ CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, cit., 165.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, cit., 165. L'A. rileva infatti l'incongruenza della giurisprudenza di richiamare da un lato il principio di personalità della prestazione quale limite all'esercizio in forma associata dell'attività professionale e dall'altro di qualificare la relazione che si instaura tra paziente e struttura sanitaria come contratto d'opera professionale. Osserva SCHIANO DI PEPE, voce *Società e associazioni tra professionisti e artisti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, 4: «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* (...)».

⁵⁷ Si pensi alle apparecchiature e al personale necessari per l'esecuzione di esami radiologici o all'organizzazione necessaria per l'effettuazione di esami di laboratorio o, ancora, per effettuare terapie e interventi finalizzati alla procreazione medicalmente assistita.

⁵⁸ Osserva ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, ESI, Napoli, 1993, 20: «la realtà sociale mostra (...) un progressivo avvicinarsi dell'attività medica a quella imprenditoriale. Essa conosce forme di specializzazione e di investimento quali fattori indispensabili per rendere operativo il progresso scientifico e per garantire al medico una certa “competitività” sul mercato. Il fenomeno investe non solo l'esercizio pubblico o collettivo della medicina, ma anche il medico privato».

contenuto, almeno sotto il profilo delle attività strumentali, tra la prestazione erogata da una struttura e quella erogata dal singolo medico: aspetti come quelli relativi all'igiene dei locali o alla sterilità degli strumenti sono evidentemente imprescindibili per entrambi.

Pertanto, in considerazione dei mutamenti che hanno interessato l'esercizio dell'attività medica sotto il profilo dell'approccio alla cura (sempre più multidisciplinare) e in considerazione del conseguente mutamento dei termini della relazione fiduciaria (ora possibile anche verso un soggetto organizzato), non pare azzardato ritenere che l'immagine della struttura sanitaria come «macroiatra» possa essere rivalutata, potendo essa rivelarsi 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 servizi⁵⁹.

Certo, l'allargamento dello schema del contratto d'opera all'attività resa da parte di un soggetto organizzato può forse risultare eccessivo; tuttavia si ritiene che le considerazioni espresse relativamente al mutamento delle modalità di approccio alla cura e all'instaurazione del vincolo fiduciario possano tornare utili allorché si ci si occupi del profilo della responsabilità dei soggetti coinvolti nella relazione di cura (ancorché non direttamente parti dell'obbligazione). Ma se ne parlerà oltre.

4. Il problema dell'individuazione delle parti dell'obbligazione di cura e le soluzioni della giurisprudenza

La natura complessa del contenuto dell'obbligazione di cura (di cui s'è detto in precedenza) non impedisce che il paziente decida di “frammentare” le relazioni contrattuali finalizzate all'esecuzione della prestazione curativa, concordando con un determinato professionista l'esecuzione di una certa prestazione e con una struttura sanitaria le attività ad essa “complementari”. Tale situazione si verifica, nella quasi totalità dei casi, allorché la prestazione curativa richieda un intervento chirurgico: in questo caso può capitare che il paziente concordi direttamente l'esecuzione di quest'ultimo con un chirurgo di fiducia (o di chiara fama) e, come detto, con una casa di cura le prestazioni accessorie. Ma è opportuno precisare che a fronte di tale combinazione contrattuale (così come in

⁵⁹ 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.

casi simili) non sarebbe corretto pensare che la struttura sanitaria sia debitrice di sole prestazioni “minori” o comunque non mediche; in realtà è solo sotto il profilo descrittivo che è possibile distinguere, in questi casi, una prestazione “principale” (quella del chirurgo) da altre cc.dd. “accessorie” o complementari, e ciò solo perché quella “principale” è quella che più direttamente incide sulla corporeità del paziente. In effetti all’interno delle prestazioni chiamate complementari si ritrovano, oltre alle prestazioni di assistenza infermieristica e alberghiere, prestazioni quali quella dell’anestesista, oppure esami strumentali o di laboratorio che richiedono professionalità mediche, oppure vi rientrano visite da parte di specialisti che si rivelino necessarie nel corso del ricovero: prestazioni, dunque, non certo meno rilevanti di quella c.d. “principale”⁶⁰. Dunque, allorché il chirurgo sia prescelto dal paziente, non si verifica una separazione (sotto il profilo contrattuale) delle prestazioni mediche (o comunque strettamente curative) da quelle che tali non sono: piuttosto, semplicemente, il paziente individua uno degli esecutori della complessa e composita prestazione di cura.

Ad ogni modo a fronte di tale indubbia possibilità per il paziente, il problema che da sempre si è posto è stato quello di distinguere con precisione i casi in cui quest’ultimo aveva effettivamente inteso concordare la prestazione con un certo medico, lasciando a questi l’individuazione del luogo in cui eseguirla, così come l’apprestamento di tutte le ulteriori attività necessarie (quali il reperimento del personale ausiliario o di eventuali collaboratori che la struttura privata non fornisca ecc.), da quelli nei quali invece egli si era rivolto a una struttura (magari pur indirizzato da un medico ivi operante) semplicemente optando per un certo professionista all’interno di questa ⁶¹. Evidentemente nel primo caso è il

⁶⁰ Di «prestazione principale medica» scrive tuttavia Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., associandola a una serie di «obblighi c.d. di protezione ed accessori» (con terminologia ambigua, dal momento che in questo caso le prestazioni considerate accessorie non hanno nulla a che fare con la protezione, ma sono semplicemente componenti diverse dell’unitaria prestazione di cura).

⁶¹ Scriveva già CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 346, che se la relazione contrattuale intercorre solo con la struttura e ha per oggetto la (complessiva) «prestazione di cure», la struttura risponde in via contrattuale, posto che «ogni fatto colposo nell’esecuzione di tali cure costituisce per ciò stesso inadempimento dell’obbligazione» e ciò anche qualora il medico autore del trattamento sia legato alla casa di cura da un rapporto di lavoro autonomo, in quanto di fronte al cliente solo la struttura è controparte nel contratto di cure, mentre il sanitario è suo ausiliario (ferma comunque, secondo lo studioso, la responsabilità aquiliana del medico). Diversamente, precisa l’A., la responsabilità (contrattuale) delle case di cura private per erronea esecuzione degli atti di cura va esclusa se la prestazione a esse richiesta consiste unicamente nella messa a disposizione dei locali, dell’attrezzatura e del personale ausiliario, mentre il trattamento medico-chirurgico è oggetto «di un diverso contratto stipulato direttamente dal cliente con un medico estraneo» (ID., *ibidem*). Sulla stessa linea PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 266 ss., la quale però pur scrivendo che la clinica «rimane vincolata per i danni collegati a deficienze di assistenza e cure *post* operatorie assunte dalla clinica ed eseguite dal personale della stessa», osserva che tale responsabilità viene meno laddove «si tratti di comportamenti che siano stati

professionista debitore della propria prestazione (rispondendo personalmente dei danni provocati dalla sua inesatta esecuzione), mentre nel secondo caso debitrice della prestazione del professionista è la struttura, la sola a diventare parte del contratto di cura.

Con riguardo al problema posto è di sicuro interesse l'esame del percorso seguito dalla giurisprudenza italiana che, va precisato, riguarda le sole strutture private, dal momento che è solo nel rapporto con queste che può verificarsi il fenomeno del coinvolgimento in via autonoma di un professionista da parte del paziente⁶². Ebbene, si può anticipare che la giurisprudenza che si è occupata del tema, probabilmente spinta dal fine di assicurare al paziente un debitore solvibile (quale certamente è la struttura sanitaria), ha sempre cercato soluzioni che consentissero, indipendentemente dai soggetti ai quali il paziente si fosse rivolto, di addebitare alla struttura l'intera prestazione sanitaria, così da dichiarare la responsabilità della prima anche per l'operato del professionista coinvolto dal paziente. In tal modo, però, i giudici hanno finito per disconoscere di fatto la possibilità di separare le prestazioni parte del contratto di cura, in contrasto, oltre che con l'autonomia negoziale delle parti, anche con le soluzioni che la dottrina ha ritenuto preferibili in un'ottica di armonizzazione del diritto europeo⁶³.

posti in essere per ordine e sotto la diretta sorveglianza del medico esterno» scelto dal paziente, posto che in tal caso «il nesso di preposizione, indispensabile per far sorgere la responsabilità sulla base dell'art. 2049, viene temporaneamente interrotto». In realtà in questo caso, a parte il richiamo all'art. 2049 c.c. (che presupporrebbe la natura extracontrattuale della responsabilità), non si tratta tanto di interruzione del nesso di preposizione, quanto piuttosto del fatto che il personale messo a disposizione del medico va considerato come suo ausiliario, con la conseguenza che sarà il medico a dover rispondere dell'operato di tale personale. In giurisprudenza v. Cass., 30 luglio 1951, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Responsabilità civile*, 1805, 94-96, ove si legge che «nel caso di un infermo, il quale, per sottoporsi ad un intervento chirurgico, si affidi ad una clinica, che si assuma soltanto l'obbligo di eseguire le prescrizioni dei medici curanti, servendosi di personale specializzato con l'osservanza di tutte le cautele e gli accorgimenti tecnici, sorge un rapporto contrattuale, che importa, da parte della clinica, il dovere giuridico di prestare l'opera del proprio personale e, da parte del paziente, l'obbligo di pagare l'importo convenuto [94]. Se, pertanto, l'infermo subisca danno alla sua integrità personale a seguito di inosservanza di norme tecniche e di negligenza da parte del personale della clinica incaricato di eseguire le prescrizioni del medico, si ha il concorso della duplice responsabilità contrattuale e aquiliana [95]».

⁶² Dell'esercizio della libera professione intramuraria per i medici dipendenti pubblici si dirà *infra* commentando le novità introdotte dalla riforma del 2017.

⁶³ Ci si riferisce all'art. IV.C. – 8:111 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) (relativo alle obbligazioni delle organizzazioni che forniscono un trattamento medico) Tale disposizione prevede che, allorquando nell'ambito di un contratto di trattamento medico talune attività si svolgono presso strutture estranee al contratto, tale circostanza dev'essere resa nota al paziente, e che, se la struttura ove il trattamento è stato eseguito non specifica l'identità di chi ha fornito il trattamento, essa è considerata come fornitrice. L'esempio tipico è proprio quello dell'intervento eseguito da medico esterno alla struttura sanitaria. Il commento alla disposizione, nel fornire giustificazione all'impostazione prescelta, evidenzia come non sia desiderabile una responsabilità

Ora, non si nasconde certo che l'esame delle situazioni al cui interno si instaurano i rapporti tra i vari attori in campo e la considerazione dei loro interessi possono spesso far risultare giuridicamente corretta l'imputazione alla struttura dell'intera obbligazione di cura (se ne parlerà a breve); tuttavia vanno evitati gli automatismi, e soprattutto occorre individuare l'istituto più idoneo a giustificare tale imputazione.

4.1. Segue. *L'attrazione della prestazione medica all'interno del rapporto paziente-struttura*

Inizialmente, allorché la responsabilità personale del medico era considerata di natura extracontrattuale, la giurisprudenza ha utilizzato, per l'inquadramento della responsabilità della struttura, l'art. 2049 c.c. Nella sentenza del Tribunale di Roma, 28 giugno 1982, n. 7249⁶⁴, si afferma che lo svolgimento in modo «non occasionale» di attività libero professionale da parte di un chirurgo presso una casa di cura comporta, per sua natura, «un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura committente ed il chirurgo preposto», con conseguente responsabilità *ex art. 2049 c.c.* della prima per il fatto illecito commesso dal secondo⁶⁵. Ora, è evidente la forzatura insita nell'individuazione di un nesso di preposizione tra la struttura e il medico in virtù della sola frequenza dello svolgimento dell'attività di quest'ultimo presso la prima: come a dire che poiché il medico opera sempre presso una certa clinica, alla fine ne diventa preposto. Come pure costituisce una forzatura l'idea secondo cui vi possa essere sul medico esterno alla struttura un'effettiva sorveglianza o vigilanza. D'altra parte è pur vero che l'affermazione di tali requisiti era necessaria poiché in passato si riteneva che la responsabilità *ex art. 2049 c.c.* fosse fondata sulla colpa (*in eligendo*

centrale a tutti gli effetti («full-fledged central liability») delle organizzazioni che offrono prestazioni sanitarie. Essa, si legge, comporterebbe gravi conseguenze finanziarie per gli ospedali che dipendono in larga misura da professionisti esterni (soprattutto per le piccole strutture) e provocherebbe un aumento dei premi assicurativi. Inoltre, si sostiene che l'affermazione di una tale responsabilità condurrebbe anche a problemi concettuali per quanto riguarda la sua estensione ad un ente che non è parte del contratto, benché ne abbia beneficiato e abbia permesso all'effettiva parte contrattuale (il medico) di agire presso la propria sede.

⁶⁴ In *Temi Rom.*, 1982, 601, con nota di SCALFANI, *In tema di responsabilità della casa di cura privata per danni conseguenti ad un intervento operatorio*.

⁶⁵ Per la verità nel caso di specie la paziente aveva instaurato la relazione contrattuale con la struttura, per cui, per affermarne la responsabilità per l'operato del medico non sarebbe stato necessario il ricorso all'art. 2049 c.c. (se non, come detto, a motivo del fatto che la responsabilità del medico era considerata extracontrattuale); tuttavia è significativa l'argomentazione utilizzata per fare applicazione di tale disposizione.

o *in vigilando*). Ma, al di là del fatto che così non è⁶⁶, appare in ogni caso irrealistico ipotizzare che la struttura privata possa effettivamente esercitare un controllo su un medico della cui fama (dovuta proprio alla sua competenza professionale) magari essa beneficia⁶⁷.

Successivamente la giurisprudenza si è spinta oltre. Non solo essa ha affermato la sussistenza del nesso di preposizione (ai fini dell'applicazione dell'art. 2049 c.c.) in virtù dell'esercizio «non occasionale» dell'attività da parte del medico

⁶⁶ Cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, 58, il quale fa notare che il fondamento nella *culpa in eligendo* o *in vigilando* della responsabilità dei padroni e committenti valeva nel vigore dell'art. 1153 del codice civile del 1865 ed è al fine di mantenere l'unità di sistema nella prima fase di applicazione del nuovo codice che l'attuale art. 2049 c.c. è stato inteso come fondato su una presunzione *iuris et de iure* di *culpa in vigilando* o *in eligendo*. A tal proposito l'A. rileva però l'incongruenza tra la presupposizione di una *culpa in vigilando* o *in eligendo* e l'ammissibilità dell'azione di regresso per l'intero in favore del preponente nei confronti del preposto, dato che tale azione non sarebbe in alcun modo giustificata ove il preponente versasse realmente in colpa. Successivamente BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 63, ritiene destituita di fondamento la spiegazione formulata in sede di lavori preparatori del codice civile per cui l'art. 2049 c.c. si baserebbe su una *culpa in vigilando* oltre che *in eligendo*, configurando così una presunzione assoluta di colpa a carico dei padroni e dei committenti. In generale sul ruolo della colpa nella responsabilità extracontrattuale v. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964. Attualmente la responsabilità ex art. 2049 c.c. viene intesa in dottrina come responsabilità oggettiva per fatto altrui (cfr. D'ADDA, *Commento sub art. 1228*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, UTET, Torino, 2013, 330; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XVI, t. 2, *Il comportamento del debitore*, Giuffrè, Milano, 1984, 75; CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità (artt. 1228-1229)*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2003, 37 ss.). In giurisprudenza, una prima smentita dell'idea della presunzione di colpa si è avuta con Corte Cost. 9 marzo 1967, n. 22 (in *Foro it.*, 1967, I, 685, con nota di DE CUPIS, *Costituzionalità della limitazione della responsabilità civile dell'imprenditore per infortunio sul lavoro*), secondo la quale «risale ai padroni e ai committenti la responsabilità per fatto illecito dei domestici e dei commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono addetti, indipendentemente dalla prova di qualsiasi colpa, anche solo in *eligendo* (...)», e in termini quasi identici Cass., 8 marzo 1968, n. 769 (in *Giust. civ.*, Mass., 1968, 386). V. ora, per la configurazione in giurisprudenza della responsabilità ex art. 2049 c.c. come responsabilità oggettiva e «per rischio», Cass., 16 marzo 2010, n. 6325 e Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619 (in www.iusexplorer.it). Tuttavia l'idea della presunzione di colpa ha continuato a serpeggiare nella giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., 12 novembre 1979, n. 5851 (in *Giust. civ.*, 1979, I, 2582); Cass., 22 marzo 1994, n. 2734 (in *Foro it.*, Rep., 1994, voce *Responsabilità civile*, n. 195); Cass., 7 agosto 1997, n. 7331 (in *Foro it.*, Rep., 1997, voce *Responsabilità civile*, n. 160).

⁶⁷ Circa la difficoltà di individuare su chi dovrebbe gravare un tale potere di sorveglianza, v. LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, cit., 145, il quale osserva che «appare estremamente arduo immaginare che lo stesso sia esercitato dal giovane medico di guardia o dal direttore sanitario che, oltre a non essere onniscienti e onnipotenti, soprattutto, il più delle volte, non sono certo in grado di esercitare alcun condizionamento su di un medico che, essendo di norma il capo della équipe, specialista e non di rado prestigioso, è lui e non altri in grado di sorvegliare e vigilare».

in una data struttura⁶⁸, ma ha pure affermato che, anche laddove il paziente abbia concordato l'esecuzione della prestazione con il solo medico, il suo ricovero nella struttura dà luogo alla nascita di un «contratto a prestazioni corrispettive avente ad oggetto, da parte dell'ente, l'obbligo di porre in essere un'attività sanitaria polivalente non dissimile, nella sostanza, da quella apprestata da un ospedale, costituendo la prestazione del medico operante il profilo essenziale e maggiormente qualificante della suddetta attività e a nulla rilevando che il medico operi in quel centro una o infinite volte»⁶⁹. In altri termini, pur se il paziente ha concluso il contratto di cura con il solo medico, la giurisprudenza ravvisa l'esistenza di un contratto anche tra paziente e casa di cura, e soprattutto ritiene che tale contratto non abbia ad oggetto la sola prestazione dei servizi «accessori» alla prestazione del professionista (come si potrebbe ritenere dovrebbe essere), ma ricomprensiva in sé in ogni caso anche la prestazione professionale medica (si parla infatti di «contratto d'opera professionale» tra paziente ed ente). Ciò permette quindi di condannare per il medesimo fatto (l'erronea esecuzione della prestazione medica) oltre che il professionista scelto dal paziente, anche la casa di cura⁷⁰, e viene giustificato con la necessità di assicurare uniformità di trattamento in punto di responsabilità sia che il paziente si rivolga a una struttura privata sia che si rivolga a una struttura pubblica⁷¹. Ma in realtà la mera accettazione del paziente da parte della struttura non giustifica di per sé la conclusione tra i due di

⁶⁸ Si legge infatti in Trib. Napoli, 13 febbraio 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 984, con nota di LEPRE, *La responsabilità della casa di cura privata per i danni cagionati al paziente dal medico in operante*, cit., che «la natura autonoma della prestazione, costituita da attività libero-professionale (...) e l'*intuitus personae* che lega il paziente al ginecologo e non alla casa di cura, non impediscono di ravvisare anche in tale fattispecie un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra committente e preposto, tali da giustificare la pronuncia di responsabilità solidale, con il medico, anche della convenuta (casa di cura)». A tal proposito si può osservare che anche in questo caso, come in effetti nella giurisprudenza precedente, la sussistenza del vincolo di preposizione non è in alcun modo giustificata: in verità, anziché individuare il fondamento della preposizione e da essa desumere l'obbligo di sorveglianza e vigilanza (all'epoca ritenuto necessario, pur non essendolo), si afferma apoditticamente che sussiste un dovere di sorveglianza e vigilanza, senza che se ne possa desumere la giustificazione.

⁶⁹ Trib. Napoli, 15 febbraio 1995, in *Foro nap.*, 1996, 76, con nota redazionale. Sulla stessa linea la successiva Trib. Napoli, 13 febbraio 1997, cit.

⁷⁰ Anche se per la verità ciò accade solo in Trib. Napoli, 13 febbraio 1997, cit., mentre invece, inspiegabilmente, in Trib. Napoli, 15 febbraio 1995, cit., nonostante l'affermazione (*rectius*: creazione) di un contratto tra paziente e struttura, quest'ultima viene condannata ai soli sensi dell'art. 2049 c.c.

⁷¹ In tal senso v. Trib. Monza, 7 giugno 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 389, con nota di TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?*, in cui si afferma che «l'inquadramento giuridico e le prestazioni richieste non sarebbero differenti se invece del servizio sanitario nazionale fossero obbligate organizzazioni private». Successivamente, nello stesso senso, v. anche App. Roma, 3 marzo 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/1999, 121, con nota di ZENO-ZENCOVICH, *Per una "riscoperta" della rendita vitalizia ex art 2057 c.c.*, cit.

un contratto avente ad oggetto il complesso delle prestazioni di cura e quindi comprensivo anche della prestazione del professionista (già invece autonomamente concordata tra paziente e sanitario): in tal modo, infatti, si ottiene solo che la struttura, diventando debitrice, oltre che della propria obbligazione, anche dell'obbligazione del medico, risulta soggetta alle conseguenze risarcitorie verso il paziente in caso di inadempimento del professionista, senza però avere alcuna possibilità di influire sull'esecuzione di quella obbligazione (non avendo essa evidentemente modo di incidere sull'operato di un professionista del tutto estraneo a essa).

4.2. Segue. *La tesi della responsabilità "per rischio"*

Un'altra tappa importante nell'evoluzione dell'interpretazione della relazione tra paziente e struttura privata è stata segnata da Cass., 8 gennaio 1999, n. 103⁷². In questa sentenza la Corte, nel giudicare della responsabilità di una struttura privata per l'operato di medici liberi professionisti operanti al suo interno, fa appello alla disposizione dell'art. 1228 c.c. dandone però una lettura del tutto particolare. La disposizione viene infatti qui interpretata come una forma di attribuzione al debitore di una responsabilità fondata sul rischio della distribuzione delle competenze tra i vari ausiliari di cui si avvale. Più precisamente la Cassazione ritiene che ai fini dell'affermazione di responsabilità della casa di cura per l'operato di medici operanti al suo interno non sia rilevante né che questi ultimi siano stabilmente inquadrati nella sua organizzazione (essendo comunque la loro prestazione indispensabile per adempiere l'obbligazione assunta dalla struttura con il paziente), né che il loro comportamento sia colposo, posto che la funzione dell'art. 1228 c.c. sarebbe proprio quella di attribuire il rischio dell'attività degli ausiliari «a chi si appropria, anche in misura non esclusiva, dei vantaggi della prestazione»⁷³. La responsabilità della struttura sarebbe, insomma, una responsabilità "per rischio", che guarda al profilo imprenditoriale dell'esercizio dell'attività sanitaria, e che quindi presuppone di quest'ultima una considerazione unitaria⁷⁴. Ora, va detto che tale interpretazione ha riscosso un certo successo in dottrina, dal momento che taluno ha considerato questo modo

⁷² In *Danno e resp.*, 7/1999, 779, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra "scientia iuris" e regole di formazione giurisprudenziale*.

⁷³ Cass., n. 103/1999, cit.

⁷⁴ Si legge nella sentenza che l'obbligazione che la casa di cura assume verso i pazienti è di «prestare la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto» e che all'adempimento di tale obbligazione «è collegata la remunerazione della prestazione promessa, in essa incluso anche il costo, inteso come rischio, dell'esercizio dell'attività di impresa della casa di cura».

d'intendere l'art. 1228 c.c. come il paradigma del modello di responsabilità adottato dalla giurisprudenza per le strutture sanitarie private, e ha utilizzato tale modello quale frammento della ricostruzione di un sistema unitario di responsabilità per tutte le strutture (sia pubbliche che private)⁷⁵. Tuttavia non si può fare a meno di esprimere la perplessità che desta l'esposta lettura della norma in questione e, quanto al carattere rappresentativo della sentenza citata, non si può nascondere che essa costituisce una pronuncia isolata e presto smentita dalla giurisprudenza successiva. È infatti possibile osservare che se appare corretta l'affermazione secondo cui non è necessario, affinché un terzo rivesta la qualifica di ausiliario, un suo formale inquadramento all'interno dell'organizzazione del debitore, si pone invece in contrasto con il dato normativo l'affermazione secondo cui, per ritenere il debitore responsabile dell'operato dei propri ausiliari, non è necessaria una loro condotta quantomeno colposa. In effetti, la stessa giurisprudenza si è affrettata a correggere una tale lettura della disposizione in tema di responsabilità per fatto degli ausiliari⁷⁶, affermando che sia la responsabilità *ex art. 1228 c.c.* che quella *ex art. 2049 c.c.* «presuppongono un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, onde, in assenza di tale colpa,

⁷⁵ Cfr. a tal proposito DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XLVI, Cedam, Padova, 2007, 208, secondo la quale il modello di riferimento per la responsabilità delle strutture private che si profila nelle decisioni giurisprudenziali è quello «della responsabilità di impresa assumendo la case di cura private come “imprese sanitarie” che si debbono accollare il rischio dell'attività economica resa inseguendo logiche di “mercato” e di “profitto”». Successivamente l'A., nell'individuare un modello unitario di responsabilità per le strutture pubbliche e private attingendo dal modello per l'una elementi validi per entrambe, perviene a «valorizzare una lettura della responsabilità della struttura sanitaria, pubblica o privata (accreditata o non) in chiave di completa autonomia dal “fatto illecito” dei singoli medici, in quanto responsabilità che rinviene il suo fondamento, per quanto concerne l'operato dei singoli di cui si avvale nell'erogazione dei servizi, nell'art. 1228 c.c. che trasferisce sul debitore della prestazione il rischio dell'attività svolta dagli ausiliari».

⁷⁶ Afferma invece che la pronuncia in questione sarebbe stata confermata da Cass., Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2003, 689, con nota di FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle sezioni unite*), DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 126. In realtà quest'ultima sentenza si limita a dare atto della precedente pronuncia, unitamente all'ambigua massima di Cass., 11 marzo 1998, n. 2678 (in *Giust. civ.*, Mass., 1998, 566) richiamata dalla difesa della struttura privata, ma contestualmente affermando, a proposito di tali sentenze, che «dalle esposte pronunce, emerge la difficoltà di inquadrare dommaticamente tali ipotesi di responsabilità»; per il resto nella pronuncia delle Sezioni unite non v'è traccia alcuna di adesione alla precedente Cass., n. 103/1999, tanto più che nel caso di specie la responsabilità della struttura poteva comunque essere affermata indipendentemente dall'attività del medico (e quindi anche a prescindere dalla successiva questione relativa alla sua commissione con dolo o colpa) a motivo della comprovata insufficienza degli impianti e delle attrezzature, nonché dell'incapacità del personale ausiliario ad affrontare la situazione di emergenza (e questo pare essere il motivo per cui la sentenza non si pronuncia sulla bontà del principio enunciato da Cass., n. 103/1999).

non è ravvisabile una responsabilità (contrattuale) del debitore per il fatto dei suoi ausiliari o una responsabilità (extracontrattuale) del committente per il fatto illecito dei suoi commessi»⁷⁷. Di conseguenza, non pare allora azzardato ritenere che, nonostante le suggestioni che la pronuncia citata ha suscitato in dottrina, si sia trattato di un ulteriore *escamotage* creato dalla giurisprudenza per individuare un appiglio sul quale fondare un autonomo titolo di responsabilità della struttura sanitaria.

4.3. Segue. *La tesi del «collegamento» tra la prestazione medica e l'organizzazione sanitaria*

Successivamente, una sentenza cui spesso i giudici si sono richiamati per inquadrare la relazione tra paziente e casa di cura è stata Cass., Sez. un., n. 9556/2002⁷⁸. A dire il vero, il contenuto di tale pronuncia, dal punto di vista della disciplina del rapporto di cura, risulta scarsamente significativo, poiché (in una situazione in l'utente aveva richiesto la prestazione direttamente al medico di fiducia, impegnandosi invece la clinica allo svolgimento delle sole prestazioni complementari), essa si limita ad affermare, per giustificare la responsabilità della struttura, che anche ove il medico sia scelto al di fuori di quest'ultima, s'instaura tra clinica e paziente un rapporto «complesso ed atipico»⁷⁹. Ma è evidente che discorrere di rapporto «complesso ed atipico» nulla aggiunge a quanto la giurisprudenza precedente aveva affermato.

Piuttosto il dato innovativo che la giurisprudenza successiva ha introdotto, pur richiamandosi a questa pronuncia, è costituito dal diverso fondamento individuato per la responsabilità della struttura privata. Tale fondamento, si afferma, starebbe nel «collegamento» che esiste tra la prestazione medica e l'organizzazione della struttura sanitaria⁸⁰. Precisamente, si legge frequentemente nelle massime di questa giurisprudenza che «la responsabilità della casa di cura (...) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-

⁷⁷ Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 11/2001, 1045, con nota di BREDI, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, cit.

⁷⁸ Cass., Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, cit.

⁷⁹ Ciò, si legge, dal momento che la clinica non si limita «ad impegnarsi alla fornitura di mere prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma si obbliga alla messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico ed all'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze».

⁸⁰ La prima sentenza in tal senso della giurisprudenza di legittimità sembra essere stata Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 5/2005, 537, con nota di AGNINO.

professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto»⁸¹. In sostanza si afferma che quand’anche il rapporto sia instaurato dal paziente con il solo medico, la casa di cura risponde comunque, in via contrattuale, anche dei danni derivanti dall’inesatto adempimento della prestazione di costui, e ciò, par di capire, sul mero presupposto che la prestazione del medico è indispensabile per l’erogazione dell’assistenza sanitaria (in ciò consistendo il menzionato «collegamento»).

Ora, un tale ragionamento, pur suggestivo, presenta più di una criticità, e non sembra condurre a un risultato diverso dall’affermazione (propria della giurisprudenza precedente) dell’avvenuta conclusione di un contratto tra paziente e struttura (per effetto dell’accettazione del primo nella seconda) che ingloba anche la prestazione professionale del medico, pur solo con quest’ultimo concordata dal paziente. In effetti, affermare che la casa di cura risponde *ex art.* 1228 c.c. dell’inadempimento della prestazione professionale medica significa presupporre che oggetto dell’obbligazione della struttura è *anche* l’erogazione della prestazione medica, ossia che sussiste una previa relazione contrattuale tra paziente e struttura che comprende *anche* tale attività. Ciò, però, senza che si sia fornita alcuna motivazione circa il modo in cui tale obbligazione è nata, posto che la mera affermazione del «collegamento» tra la prestazione medica e l’organizzazione aziendale della struttura non è certamente idonea a giustificare la nascita di una relazione obbligatoria tra quest’ultima e il paziente⁸². In sostanza, il fondamento che tale giurisprudenza finisce per porre alla responsabilità della casa di cura per l’inesatta esecuzione della prestazione di un medico scelto dal paziente è in definitiva sempre l’esistenza di una relazione contrattuale tra la prima e il cliente; ciò, di per sé, non è scorretto (posto che in taluni casi, come si vedrà, è possibile giungere a tale risultato), se non fosse che l’esistenza di tale relazione contrattuale è solo affermata, ma non adeguatamente giustificata. Un semplice

⁸¹ Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698, in www.iusexplorer.it; nello stesso senso v., in precedenza, Cass., 14 luglio 2004, n. 13066; Cass., 13 gennaio 2005, n. 571; successivamente v. Cass., 9 novembre 2006, n. 23918; Cass., 22 marzo 2007, n. 6945; Cass., 14 giugno 2007, n. 13953; nonché, nella giurisprudenza di merito più recente, Trib. Piacenza, 6 marzo 2012, n. 146; Trib. Reggio Emilia, 3 aprile 2013, n. 618; Trib. Milano, 3 dicembre 2014, n. 14401, tutte in www.iusexplorer.it.

⁸² Particolarmente critica sull’idea del «collegamento» è anche 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.*, 2/2017, 496 ss. Si esprime invece in senso favorevole DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, cit., 207.

«collegamento», sempre esistente tra le prestazioni, non può infatti produrre tale risultato, a pena di costruire una mera un'illusione ottica.

4.4. Segue. *La tesi della responsabilità per l'esercizio di attività d'impresa*

Un'impostazione più attenta alle possibili dinamiche contrattuali (anche se solo in apparenza, non nella soluzione affermata) è quella di Cass., 28 agosto 2009, n. 18805⁸³. Anche in questo caso (relativo a una prestazione di chirurgia estetica) la paziente aveva concordato l'esecuzione dell'intervento direttamente ed esclusivamente con il medico, lasciando a quest'ultimo l'individuazione della clinica in cui eseguirlo e l'organizzazione delle prestazioni complementari a quella chirurgica. Di conseguenza, la paziente aveva pagato l'onorario del professionista direttamente a quest'ultimo (unitamente, tra l'altro, a quello dell'anestesista, scelto e chiamato dal chirurgo), mentre aveva corrisposto alla clinica il solo compenso per la prestazione di degenza. Ebbene, a seguito della condanna in via solidale con il medico per il danno subito dalla paziente per l'attività di quest'ultimo, la struttura propone ricorso per cassazione, affermando di essere estranea al contratto concluso tra il sanitario e la paziente e ritenendo di essere parte solo del contratto relativo alla degenza di quest'ultima. Con riguardo a tale specifica questione la Corte afferma che «non si può escludere, in linea di principio ed in astratto, che le parti liberamente assumano accordi di tal genere»⁸⁴; tuttavia, poiché nel caso di specie non era stata fornita la prova dell'esistenza di due separati contratti «con espressa specificazione nelle relative clausole – approvate dal paziente in piena libertà e consapevolezza – delle prestazioni incluse nell'uno e nell'altro e dei soggetti su cui gravano le conseguenti responsabilità», la Corte ha ritenuto più credibile, come avevano fatto i giudici d'appello, che la clinica avesse assunto verso la paziente (a essa indirizzata dal medico di fiducia) l'obbligazione di erogare sia la prestazione chirurgica sia le prestazioni a essa accessorie, senza una delimitazione di competenze e responsabilità tra essa e il professionista. La Corte dunque apre alla possibilità di separare le obbligazioni delle parti e quindi alla possibilità di separare le responsabilità. Ma tale apertura appare offuscata dal tentativo di giustificare, nel solco della giurisprudenza precedente, l'idea dell'onnicomprendività della prestazione della casa di cura. In effetti la Corte, dopo aver argomentato (in maniera non pienamente convincente) sulla maggior

⁸³ In *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2010, 290, con nota di KLESTA, *La chirurgia estetica tra consumerismo e valore della persona*.

⁸⁴ Accordi che comunque la Corte ritiene «inconsueti».

credibilità della stipulazione di un unico contratto con la struttura⁸⁵, enuncia una serie di ulteriori argomenti a supporto di tale decisione. Si legge infatti nella sentenza che «ove un istituto ospedaliero autorizzi un chirurgo od un medico ad operare al suo interno, mettendogli a disposizione le sue attrezzature e la sua organizzazione, e con esso cooperi, concludendo con il paziente il contratto per la degenza e le prestazioni accessorie, esso viene ad assumere contrattualmente, rispetto al paziente, la posizione e le responsabilità tipiche dell'impresa erogatrice del complesso delle prestazioni sanitarie, ivi inclusa l'attività del chirurgo»⁸⁶, essendo irrilevante il fatto che il paziente si sia rivolto alla clinica solo attraverso il medico. «Il medico», proseguono i giudici, «non avrebbe potuto operare se non nell'ambito dell'organizzazione ospedaliera e, accettandone l'attività, la casa di cura ha assunto le conseguenti responsabilità»⁸⁷.

⁸⁵ Tale soluzione sembra dettata, invero, più che da ragioni giuridiche, da una forte diffidenza verso la possibilità per le parti di delimitare i rispettivi ambiti di competenza e responsabilità, oltre che dalla volontà di agevolare il paziente-creditore, associando alla responsabilità del medico quella della struttura: in effetti la necessità della prova rigorosa della sussistenza di due autonomi contratti è giustificata dalla considerazione che «non è sempre agevole parcellizzare e separare fra loro i diversi contributi inerenti ad una prestazione sanitaria complessa quale un intervento chirurgico (quali sono le prestazioni incluse nella degenza? Solo il vitto e l'alloggio? Chi risponde delle prestazioni pre e post operatorie? Chi è responsabile delle medicazioni e delle terapie, quanto alla prescrizione e quanto all'esecuzione e somministrazione dei medicinali? come si valuta il concorso fra le ipotetiche negligenze?...).» Tuttavia si può osservare che a parità di mancanza di prova tanto della conclusione di due contratti quanto della conclusione di un unico contratto con la struttura, il solo elemento della difficoltà di separazione dei contributi non appare decisivo ai fini dell'affermazione che lo schema posto in essere è quello secondo il quale la struttura si assume anche l'obbligazione di effettuare la prestazione medica. Come subito si dirà nel testo, pare invece che le ragioni di tale convincimento vadano collocate su un piano extra-giuridico.

⁸⁶ A dire il vero tale proposizione risulta intrinsecamente contraddittoria, in quanto se nella ipotesi si ammette che la struttura cooperi con il chirurgo concludendo con il paziente un contratto «per la [sola] degenza e le prestazioni accessorie», non si spiega come poi essa possa dover rispondere del «complesso delle prestazioni sanitarie, ivi inclusa l'attività del chirurgo».

⁸⁷ Ciò, scrivono i giudici, in base a tre argomenti: in primo luogo il fatto che «non si può certo ammettere che un ente ospedaliero dia accesso a chiunque si presenti, senza averne previamente verificati i titoli di abilitazione, la serietà, la competenza e affidabilità, anche in relazione alle esperienze pregresse, per poi trasferire sui pazienti gli effetti dannosi dell'eventuale imperizia dell'operatore, adducendo a motivo di averlo solo estemporaneamente ospitato»; in secondo luogo perché «la suddetta ospitalità non è prestata a titolo gratuito, in quanto la casa di cura trae vantaggio quanto meno dalle rette di degenza pagate dai clienti introdotti dal medico esterno, se non anche dall'eventuale corrispettivo versato dallo stesso», per cui «traendo un utile dall'attività, l'impresa ospedaliera non può poi sottrarsi ai conseguenti rischi»; in terzo luogo perché «il risultato dell'intervento o della cura è o può essere il frutto del concorso di una molteplicità di fattori, non sempre agevolmente distinguibili fra loro, di cui va imputata la responsabilità a chi, avendone assunti l'organizzazione ed il coordinamento, sia in grado di individuare gli effettivi responsabili ben più e meglio che non il paziente danneggiato».

Dunque la Corte afferma, in buona sostanza, che anche laddove l'impegno della clinica verso il paziente riguardi la sola degenza e le prestazioni accessorie, la struttura assume *comunque* un'obbligazione comprensiva anche della prestazione del chirurgo. Ciò, però, è suffragato da motivi di mera opportunità, quali quello della verifica sulla competenza del professionista (che nulla ha a che vedere con l'oggetto dell'obbligazione che la struttura assume), del vantaggio economico tratto dalle rette di degenza e della difficoltà di distinguere i diversi fattori concorrenti nella causazione dell'evento dannoso. Si tratta, insomma, di una responsabilità d'impresa e come tale oggettiva, che tuttavia i giudici non intendono affermare esplicitamente (anche se i riferimenti appaiono chiari) ma solo realizzare di fatto, per il tramite dell'imposizione alla struttura della prestazione medica come contenuto necessario della sua obbligazione. In definitiva, nonostante la Corte abbia in astratto ammesso la possibilità di separare le obbligazioni assunte dalle parti (e quindi una ripartizione delle responsabilità), essa non riesce a discostarsi dai propri precedenti che ricercavano a tutti i costi la conclusione da parte della struttura di un contratto "onnicomprensivo", sì da affermarne la responsabilità per l'operato del chirurgo.

5. Una possibile ricostruzione alternativa: il medico quale rappresentante della struttura sanitaria

Dall'analisi delle pronunce fin qui svolta, si può trarre conferma del fatto che obiettivo della giurisprudenza è quello di affermare sempre e comunque la responsabilità della struttura per l'operato del medico, anche laddove il paziente contratti la prestazione sanitaria direttamente con il professionista. In verità, però, non appare corretto imporre sempre alla struttura di farsi carico anche della prestazione del professionista "esterno"; e in effetti gli argomenti utilizzati a questo fine dalla giurisprudenza appaiono spesso piuttosto fragili.

D'altra parte, però, se ci si limitasse a considerare il solo piano formale delle relazioni, la soluzione che se ne trarrebbe sarebbe altrettanto insoddisfacente. Infatti nella prassi succede che il paziente che si rivolge direttamente allo specialista domanda a quest'ultimo la complessiva organizzazione delle attività necessarie alla prestazione di cura. È dunque il professionista a indicare al paziente la struttura ove si svolgerà il trattamento, ed è sempre il professionista a contattare, ove necessario, i colleghi ausiliari: evidentemente giammai sarà il paziente a imporre al medico il luogo di cura o il personale di supporto. Sennonché, in questo modo, è il professionista che dovrebbe essere considerato unico debitore della prestazione, dovendo considerarsi la struttura e il personale di supporto come suoi ausiliari *ex art. 1228 c.c.* Sicché sarebbe solo il professionista che dovrebbe rispondere di qualsiasi

inesattezza nell'esecuzione dell'intera prestazione (comprese quindi le condotte dei soggetti ausiliari)⁸⁸. Tuttavia non è difficile scorgere le criticità cui una tale impostazione condurrebbe⁸⁹, per non parlare della miopia che connoterebbe una lettura delle dinamiche contrattuali che finisca per addossare al medico l'intero peso dell'obbligazione di cura.

Un'interpretazione delle relazioni tra le parti più confacente alla realtà può forse allora trarsi da un'osservazione più attenta delle dinamiche attraverso le quali il paziente entra in relazione con i propri interlocutori. Invero non sembra sbagliato affermare che spesso, nel momento in cui un soggetto sceglie un determinato professionista, sa anche presso quale struttura egli opera (se non altro perché magari sarà presso quest'ultima che viene ricevuto) e quindi presso quale struttura verrà all'occorrenza indirizzato. In questi casi dunque potrebbe dirsi che la scelta del medico porta con sé anche l'opzione per la struttura. Ma soprattutto è un dato di fatto che spesso la fama di molte cliniche è legata ai nomi dei professionisti che ivi svolgono la propria attività (si pensi al caso dei medici docenti universitari), tanto che sovente un determinato specialista opera solo presso una determinata clinica e non altrove⁹⁰. Non appare allora irrealistico ipotizzare che in simili casi il medico *rappresenti* una certa struttura sanitaria, onde

⁸⁸ Un ricostruzione alternativa della fattispecie in cui il paziente contrae la prestazione direttamente con il medico è fornita da CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, cit., 499 ss., la quale propone l'applicazione dell'art. 1307 c.c., sul presupposto che anche la struttura si obblighi, assieme al medico, all'intera prestazione sanitaria, sicché tra i due sorgerebbe un vincolo di solidarietà. Di conseguenza scrive (*Op. cit.*, 505) che «se il paziente dovesse riportare danni imputabili a colpa del medico nell'esecuzione della prestazione, solo quest'ultimo sarebbe tenuto al risarcimento, ai sensi dell'art. 1307 c.c., mentre la casa di cura potrebbe essere chiamata unicamente a versare il corrispettivo pagato dal paziente per la prestazione».

⁸⁹ Dalla possibile incapienza patrimoniale del medico, alla difficoltà da parte sua di assicurarsi (ove gli si accolli la responsabilità anche per l'operato della struttura), alla conseguente "fuga" dalla pratica di determinate branche di attività.

⁹⁰ Un riscontro in tal senso si trova ben espresso in Cass., 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 8-9/2013, 839, con nota di CAPUTI, *Medical malpractice: nodi inestricabili e nuove prospettive*. La sentenza, per la verità, è impostata secondo la logica del "collegamento" tra il contratto con il medico e quello con la struttura. Tuttavia riveste interesse la considerazione, espressa a giustificazione di tale collegamento, secondo cui « di norma, l'individuazione della Casa di cura dove il medico eseguirà la prestazione promessa costituisce parte fondamentale del contenuto del contratto stipulato tra il paziente ed il professionista, nel senso che ciascun medico opera esclusivamente presso determinate cliniche e che, a sua volta, ciascuna Casa di cura accetta solo i pazienti curati da determinati medici». I giudici, però, prendono poi un'altra strada, in quanto fanno derivare da tale considerazione un dovere per il medico di accertarsi dell'idoneità della struttura e un dovere per la clinica di verificare la capacità professionale del sanitario. In tal modo però, in primo luogo non è chiaro chi abbia assunto l'obbligazione di cura e chi sia di questi ausiliario; in secondo luogo un tale ragionamento sembra presupporre l'idea che la responsabilità per fatto degli ausiliari sia fondata su una *culpa in vigilando*, mentre invece così non è (cfr. D'ADDA, *Commento sub art. 1228*, cit., 329).

il paziente che a lui si rivolge si rapporta (legittimato o no che sia il sanitario a farlo) inevitabilmente anche con essa. Del resto, nella prassi, la clinica accetta pacificamente che il medico faccia pieno affidamento sulla sua organizzazione, concordando con il paziente che la prestazione venga eseguita presso di essa. Anzi, ciò è esattamente quello che la clinica vuole, potendo in questo modo offrire al paziente i propri servizi beneficiando dei relativi compensi. Se così è, dunque, la soluzione che può consentire di affermare la responsabilità della clinica anche laddove il paziente abbia concordato la prestazione con il solo medico non è tanto quella di affermare una responsabilità per rischio, o d'impresa, oppure di affermare un collegamento tra diverse prestazioni, ma potrebbe essere quella di affermare che l'obbligazione di cura viene assunta dalla struttura per il tramite del medico che la rappresenta, di diritto o, come più spesso accade, di fatto⁹¹.

Ciò che distingue tale ricostruzione dalle precedenti è dunque la necessità di verificare in concreto (volta per volta) l'esistenza dei presupposti utili a giustificare un fenomeno di rappresentanza, non potendo quest'ultima essere presunta *iuris et de iure* per il solo fatto dell'accettazione del paziente da parte della struttura. Una presunzione di tal fatta (che finirebbe per corrispondere all'atteggiamento intransigente mostrato finora dalla giurisprudenza) rischierebbe infatti di risolversi a danno del paziente, perché la costante condanna di clinica e operatore non può che comportare un aumento dei costi (*in primis* assicurativi, ma anche di quelli per le procedure di controllo reciproco che vengano messe in atto dalle strutture in via difensiva) a carico di quest'ultimo. Va pur sempre salvaguardata, in effetti, la possibilità per gli attori coinvolti nel processo di cura di ripartire i rispettivi compiti (e, di conseguenza, le responsabilità)⁹². In questo senso, del resto, si pone anche il *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*⁹³, il quale

⁹¹ Per l'attribuzione all'ausiliario del potere di rappresentanza, v. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., 461 e spec. 465, ove si afferma che il convincimento dell'esistenza del potere di rappresentanza può essere suscitato anche dal comportamento del debitore (quale potrebbe essere, per quel che qui interessa, quello della struttura) e che in questi casi «secondo un principio più generale che per la sua costante applicazione giurisprudenziale può considerarsi normativamente operante, il debitore deve ritenersi assoggettato alla situazione di apparente rappresentanza colposamente creata in capo al terzo e sulla quale il creditore abbia fatto affidamento».

⁹² Anche se probabilmente infrequente, non è da escludere che il paziente ottenga dal medico che questi svolga la propria opera in una struttura diversa da quella di propria afferenza, oppure che il paziente si rivolga ad una struttura di fiducia ottenendo che l'intervento sia svolto da un medico estraneo a quell'organizzazione.

⁹³ Cfr. Part. IV.C. – 8:111. Naturalmente una netta separazione di compiti e responsabilità tra struttura sanitaria e professionista scelto dal paziente dovrà risultare dalle pattuizioni delle parti in maniera espressa e con adeguata precisione (come prevede anche il DCFR), onde evitare che il paziente, che si trova in una condizione di oggettiva debolezza, ne risulti pregiudicato.

rispecchia le soluzioni di altri Paesi, maggiormente attente agli interessi dei diversi attori coinvolti⁹⁴.

Da ultimo, sul fronte italiano, va precisato che la soluzione qui prospettata non pare essere intaccata dalla riforma del 2017, la quale solo apparentemente ha apportato elementi di novità circa il profilo ora trattato. Invero l'art. 7 della riforma, relativo alla responsabilità delle strutture sanitarie (pubbliche e private), fa effettivamente cenno alla possibilità che l'esercente la professione sanitaria che opera all'interno della struttura sia scelto dal paziente. Tuttavia la responsabilità della struttura per l'operato del sanitario anche in tale ultimo caso scatta pur sempre solo allorché la struttura *si avvalga* di lui per adempiere la propria obbligazione, il che implica che la struttura abbia già assunto l'obbligazione di cura, e dunque che la questione della titolarità del vicolo sia già stata risolta.

⁹⁴ Per l'esperienza della prassi tedesca v. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2014, 695 ss.; in particolare risulta d'interesse il *gespaltene Arzt-Krankenhaus-Vertrag*, nel quale, accanto al contratto con l'ospedale, vi è il contratto per la prestazione medica in senso stretto, concluso con un operatore esterno (*Belegarzt*).

CAPITOLO TERZO

Relazione di cura e responsabilità nell'ordinamento francese

Premessa: il contratto come schema generale di lettura della relazione terapeutica con soggetti privati in Francia

In questo capitolo si analizzerà l'inquadramento della relazione di cura in Francia, illustrandone l'evoluzione negli ultimi decenni fino alla riforma del 2002. Nel corso dell'esposizione, tuttavia, si prenderà in considerazione il solo rapporto tra paziente e medici o strutture privati: ciò 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 dell'obbligazione privatistica. Nel contesto della disamina si guarderà anche alla configurazione delle responsabilità dei diversi attori coinvolti, prima e dopo la riforma del 2002, sì da poter confrontare tale configurazione con quella italiana, tanto antecedente quanto successiva alla riforma del 2017. A quest'ultimo proposito pare opportuno precisare che con l'*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 sono state interamente riformate, a partire dal 1° ottobre 2016, le disposizioni generali del *code civil* in tema di obbligazioni e contratti (mentre non sono state toccate le disposizioni in tema di responsabilità extracontrattuale, sebbene ne sia mutata la numerazione). Nel prosieguo del testo verrà comunque fatto riferimento alla vecchia numerazione delle disposizioni del *code civil*, in quanto è quella utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti la riforma. Della nuova numerazione verrà invece data evidenza in nota.

Per iniziare il percorso indicato, si può dire che in Francia, a partire dalla storica sentenza *Mercier* del 20 maggio 1936 della Corte di cassazione, la relazione terapeutica intercorrente tra soggetti privati è stata inquadrata attraverso lo schema del contratto⁹⁵. La sentenza citata ha affermato infatti che tra medico e

⁹⁵ Cfr. Cass. civ., 20 mai 1936, in *Dalloz périodique*, 1936, 1, 88; in *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 41. A dire il vero, anche prima di tale pronuncia si discuteva circa il ruolo del contratto nella relazione medica e circa il possibile fondamento contrattuale della responsabilità, ma in modo abbastanza incerto. La giurisprudenza, rompendo il muro dell'irresponsabilità del medico, aveva inizialmente collocato la responsabilità di quest'ultimo in ambito extracontrattuale, richiamando gli artt. 1382 e 1383 del *code Napoléon* (corrispondenti all'art. 2043 del codice italiano e, dopo la riforma del 2016, agli artt. 1240 e 1241 del *code civil*), con una prima storica sentenza del 1835 (Cass. req., 18 juin 1835, in *Sirey*, 1835, 1, 401) e una seconda del 1862 (Cass. civ., 21 juillet 1862, in *Rec. Dalloz*, 1862, 1, 419). Tuttavia va osservato che la medesima Corte aveva riconosciuto, *medio tempore*, l'esistenza di un contratto tra medico e paziente, pur ritenendolo idoneo a consentire la sola azione del medico volta al pagamento dei propri onorari (Cass. req., 21 août 1839, in *Sirey*, 1839, 1, 663). La dottrina antecedente la sentenza *Mercier*, invece, si mostrava divisa tra chi riteneva contrattuale la responsabilità del medico e chi la riteneva extracontrattuale. In particolare, relativamente

paziente-cliente si forma un «véritable contrat», che comporta per il medico l'obbligo non già di guarire il paziente, bensì di fornirgli cure «consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science», e dal quale discende che «la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle». Al di là dei limiti, da più parti denunciati, di tale pronuncia⁹⁶, quel che importa evidenziare è che essa ha improntato sul contratto la modalità d'indagine della relazione di cura e quindi l'individuazione della responsabilità, rigettando il modello aquiliano. Tuttavia non si può nascondere una certa rigidità della giurisprudenza francese nell'utilizzo del modello contrattuale: complice forse anche il principio del *non cumul*, i giudici d'oltralpe sembrano infatti essere stati incapaci (almeno in una prima fase) di separare la relazione personale di cura dall'obbligazione di cura, presumendo ciecamente quest'ultima al ricorrere della prima.

all'ammissione di un contratto volto alla sola regolazione degli onorari, se ne denunciava la mancanza di equilibrio, in quanto in tal modo il malato sarebbe stato vincolato al contratto, mentre il medico lo sarebbe stato solo in via eventuale (in via delittuale o quasi-delittuale, come osserva FALCIMAIGNE, *note sous* Cass. civ., 3 mars 1926, in *Rec. Dalloz*, 1927, 1, 93). Non mancava poi chi tentava una sorta di compromesso, nell'ambito della responsabilità professionale, tra il contratto e l'art. 1382: in questo senso v. quanto scriveva MAZEAUD, *Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle*, in *RTD civ.*, 1929, 612, il quale affermava che il richiamo da parte della giurisprudenza a tale disposizione andava inteso nel senso che il contratto concluso tra medico e cliente impone al primo quella medesima prudenza ordinaria che l'art. 1382 impone a chiunque, ma senza che con ciò si esca dall'ambito contrattuale. Ne sarebbe prova il fatto che la responsabilità del cliente per inadempimento ai propri obblighi è pur sempre ritenuta contrattuale, per cui non potrebbe essere diversamente per l'altra parte del contratto (cioè per il medico).

⁹⁶ V., per tutti, MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, 5^e éd., LEH, Bordeaux, 2016, 320 ss., il quale evidenzia in primo luogo (richiamandosi all'opera di CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique, ou: des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Yvon Blais, Montréal, 1989) che la Corte, pur affermando una responsabilità contrattuale, non precisa quale sia «l'intensité» dell'obbligazione (di mezzi) del medico e, in secondo luogo, che la sentenza non tratta affatto della formazione del contratto. Infine, l'A. ricorda che oggetto del ricorso per cassazione era la questione del termine di prescrizione (se cioè si dovesse applicare quella triennale prevista per il reato di lesioni o quella trentennale, prevista all'epoca in ambito civile e ridotta a cinque anni solamente con la legge n. 2008-561 del 17 giugno 2008), per cui va tenuta presente l'influenza che sicuramente ha avuto nella scelta dell'inquadramento contrattuale (e quindi della prescrizione trentennale) l'esigenza di tutela del paziente.

SEZIONE I

La relazione di cura con la struttura privata e con il medico in essa operante

1. *L'originario orientamento della giurisprudenza secondo cui il contrat médical può intercorrere solo (e sempre) con un medico*

In Francia, in passato, non era ammessa la conclusione di un contratto di cura con un soggetto diverso da una persona fisica. Il paziente, cioè, non poteva stipulare con una struttura sanitaria (privata) un unico contratto comprensivo sia della prestazione strettamente medica sia di quelle ad essa complementari (un contratto cioè “onnicomprensivo”), bensì doveva concludere (*rectius*: si riteneva che concludesse, allorché accedeva a una clinica privata) due distinte pattuizioni: l'una con il medico (non importa se dipendente o libero professionista), per le prestazioni da questi fornite (il c.d. *contrat médical*) e l'altra con la struttura, per le prestazioni alberghiere e del personale infermieristico e ausiliario (il c.d. *contrat hospitalier* o *contrat d'hospitalisation et soins*)⁹⁷.

In generale, tale situazione costituiva probabilmente una conseguenza della focalizzazione dell'interesse sul *contrat médical*, ossia sulla relazione tra paziente e curante, frutto, a sua volta, del naturale connotato personale che da sempre riveste la relazione di cura e del ruolo di primo piano tradizionalmente rivestito dal medico⁹⁸. Non mancavano però, a sostegno di tale assetto d'interessi, anche considerazioni di ordine tecnico. In primo luogo si giustificava la necessità

⁹⁷ V. a tal proposito MÉMETEAU, *Contrat hospitalier et obligation de soins*, in *RDSS*, 3/1988, 517 ss. In giurisprudenza v. Cass. I^{re} civ., 4 avril 1973, in *Bull. civ.*, 1, n. 130; Cass. I^{re} civ., 5 décembre 1978, in *Rec. Dalloz* 1978, juris., 353; C.A. Paris, 3 novembre 1989, in *Rec. Dalloz*, 1991, somm., 176, *obs.* PENNEAU. Il principio secondo cui tra paziente e casa di cura si forma un contratto è stato posto per la prima volta dall'*arrêt Clinique Sainte-Croix* del 1945 della Corte di cassazione francese (Cass. civ., 6 mars 1945, in *Rec. Dalloz*, 1945, juris., 217), che riguardava un caso di danni provocati al paziente dal personale infermieristico della struttura. Si riteneva, dunque, che il contenuto di tale contratto potesse riguardare le sole prestazioni alberghiere e accessorie a quella strettamente medica, non potendo invece quest'ultima formare oggetto, a motivo dell'assoluta indipendenza che connota la professione medica, la quale impedisce alla struttura qualsiasi interferenza nel compimento degli atti di cura da parte del professionista.

⁹⁸ Secondo altri, invece, attraverso la separazione delle pattuizioni si sarebbe voluto evitare di sovraccaricare gli assicuratori delle strutture sanitarie, i quali, ove si fossero ritenute queste ultime debentrici dell'intera prestazione medica, avrebbero dovuto sostenere da soli il costo del danno. Ciò forse potrebbe spiegare perché, pur dopo che la giurisprudenza ha ammesso la conclusione del *contrat médical* direttamente con la struttura (e ha di conseguenza affermato la responsabilità di quest'ultima per il fatto dei medici – pur se solo di quelli dipendenti – in essa operanti), la giurisprudenza abbia continuato a cercare una qualche forma di coinvolgimento della responsabilità personale (e dunque dell'assicurazione) del medico autore del fatto dannoso (v. quanto si dirà *infra* a tal proposito).

di un contratto tra paziente e medico (quand'anche lavorasse all'interno di una struttura) evidenziando la necessità di dare risalto, anche sul piano giuridico, alla relazione fiduciaria che connota il rapporto medico-paziente, la quale ha come corollario la libera scelta del curante. Si sosteneva infatti che la scelta della struttura non è che una conseguenza della scelta del medico, nel senso che nella pratica il paziente sa che se vuole essere curato da un certo professionista, deve indirizzarsi verso la struttura in cui quello opera⁹⁹; e comunque, anche ove sia la struttura a scegliere il medico cui affidare il paziente (che non si sia indirizzato verso un certo professionista), si diceva che quest'ultimo, accettando le cure del sanitario fornitogli, ratifica tale scelta, esercitando così, pur se in maniera indiretta, la propria libertà. In secondo luogo la separazione tra *contrat médical* e *contrat hospitalier* si riteneva giustificata dal fatto che l'esecuzione delle prestazioni oggetto del primo era riservata dalla legge ai soli soggetti muniti dell'apposita abilitazione, cosicché la clinica privata non poteva impegnarsi in proprio a fornire al paziente prestazioni mediche, ma poteva solamente mettergli a disposizione dei professionisti con i quali egli avrebbe poi concluso il *contrat médical*¹⁰⁰. Da ultimo, si richiamava l'intangibilità dell'indipendenza professionale del medico, stabilita per legge e ritenuta un principio di ordine pubblico¹⁰¹: ammettere infatti una responsabilità della struttura per il fatto del medico in essa operante avrebbe comportato il diritto della prima a una qualche forma di controllo sull'operato del secondo, il che ne avrebbe intaccato l'autonomia professionale. In definitiva l'indipendenza di cui il medico deve godere (e a cui non può rinunciare) impediva di poterlo considerare quale preposto (*préposé*) della struttura, e quindi di affermare una responsabilità di questa, anche sotto il solo profilo

⁹⁹ Come scrive J. SAVATIER, *obs. sous* Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, in *JCP G*, 1991, II, 21730, 317, «Le choix du médecin commande celui de l'établissement».

¹⁰⁰ A dire il vero l'art. L. 4111-1 (in precedenza L. 356) del *code de la santé publique* prevede tutt'ora che l'esercizio della professione medica (così come di dentista e ostetrica) sia riservato ai soggetti in possesso dello specifico diploma e iscritti al relativo albo professionale. Tuttavia la tesi secondo cui tale disposizione impedirebbe alle strutture private di assumere direttamente un'obbligazione avente a oggetto il compimento di atti medici, è stata ritenuta eccessivamente restrittiva, perché in effetti, non essendoci alcun dubbio che le strutture pubbliche lo possano fare, non si vede perché impedirlo a quelle private (in tal senso v. MÉMETEAU, *La responsabilité médicale de la clinique privée*, in *RDSS*, 1/1997, 100). Inoltre una tale soluzione apparirebbe in contrasto con la possibilità, già prevista dal 1990, per le SCPE (*Sociétés Civiles Professionnelles d'Exercice*) di esercitare la professione medica in forma societaria. Da ultimo, va pure osservato che la necessità di apposito titolo abilitante è richiesta di per sé anche per le professioni sanitarie ausiliarie (v., per quella di infermiere, l'art. L. 4311-2 CSP), senza che tuttavia ciò abbia mai impedito di ritenere che le strutture potessero esse stesse impegnarsi a fornirle al paziente (anzi: sono proprio esse l'oggetto del *contrat hospitalier*).

¹⁰¹ Recita infatti l'art. R. 4127-5 CSP (in precedenza art. 5 *code de déontologie médicale*) che «le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit».

extracontrattuale, per il fatto del primo¹⁰². Di conseguenza la struttura privata poteva essere chiamata a rispondere solo per l'inadempimento delle prestazioni oggetto del *contrat hospitalier*, ossia delle prestazioni accessorie a quella medica, ma non invece dei danni arrecati al paziente dal sanitario, dei quali solo quest'ultimo avrebbe risposto¹⁰³.

Tali argomentazioni, però, non erano in grado di fugare le molte perplessità che suscitava l'idea per cui la relazione tra paziente e medico (ancorché dipendente) doveva necessariamente essere contrattuale.

Per prima cosa, infatti, appariva una forzatura ricercare l'esistenza di un contratto tra medico e paziente anche laddove quest'ultimo non si fosse rapportato direttamente con il sanitario, ma si fosse rivolto alla sola struttura. Ritenere che il paziente eserciti comunque una scelta (e quindi, par d'intendere, manifesti una qualche forma di volontà contrattuale) per il solo fatto che accetti la scelta fatta dalla struttura nel mettergli a disposizione un certo professionista, appare un'operazione a dir poco funambolica. Semmai, più che ratificare una scelta altrui, il paziente *subisce* le decisioni organizzative della struttura. Ma in ogni caso, anche ad accettare l'idea della ratifica, ciò che più collide con il rilievo che la stessa tesi in parola vuol dare all'elemento della fiducia è l'idea stessa della stipulazione di un contratto tra il medico della clinica e un paziente che in essa si reca senza sapere da chi verrà preso in cura¹⁰⁴.

In secondo luogo appariva problematico ammettere la stipulazione di un autonomo contratto tra paziente e medico laddove quest'ultimo fosse dipendente della clinica: è fuor di dubbio infatti che la condizione di lavoro subordinato urta con la possibilità di una distinta relazione negoziale con il cliente della struttura. In contrario, come prima accennato, la giurisprudenza invocava la necessaria autonomia professionale del medico (pur dipendente), nel senso che seppure egli si trovi in una situazione di subordinazione amministrativa, ciò non può far venir meno la sua indipendenza tecnica (garantita sia da norme deontologiche che da norme di legge di ordine pubblico) e quindi la possibilità di esercitare liberamente

¹⁰² Ciò poiché ai fini dell'operatività dell'art. 1384, al. 5, *code civil* (corrispondente all'art. 2049 del codice italiano e, dopo la riforma del 2016, all'art. 1242, al. 5, *code civil*), è necessario che l'autore materiale del fatto rivesta la qualità di *préposé*.

¹⁰³ V. a tal proposito Cass. 1^{re} civ., 4 avril 1973, in *Bull. civ.*, I, n. 130, che cassa una sentenza che aveva affermato la responsabilità solidale della clinica per il danno provocato dal medico in essa operante.

¹⁰⁴ A tal proposito non è irrilevante notare che la giurisprudenza fondasse la conclusione del *contrat médical* tra medico e paziente sull'esistenza delle prescrizioni rilasciate dal primo al secondo, nonché sulla documentazione (a firma del medico) necessaria per il rimborso delle spese da parte della *Assurance Maladie*.

la propria attività¹⁰⁵. Tuttavia è evidente in tale contesto la debolezza dell'argomento che si fonda sull'indipendenza tecnica: la preservazione dell'autonomia professionale del medico, infatti, non deve per forza tradursi nella necessaria instaurazione di un'autonoma relazione contrattuale tra questi e il paziente¹⁰⁶. Diversamente, invero, si produrrebbe un insanabile contrasto tra detta autonoma relazione e la funzione dell'instaurazione del legame di subordinazione (pur solo amministrativa) tra medico e clinica privata: infatti in tanto tale legame ha infatti senso in quanto sia orientato a consentire alla struttura l'adempimento a un'obbligazione da essa stessa assunta, per cui, ove dell'obbligazione si faccia invece carico direttamente il medico, l'assunzione di questi quale lavoratore dipendente perderebbe di utilità, diventando sufficiente che egli operi nella struttura a titolo libero professionale¹⁰⁷.

Infine, la teoria secondo cui nell'ambito delle prestazioni erogate da strutture private il medico ivi operante (ancorché dipendente) concludeva con il paziente un *contrat médical*, si poneva in contrasto con la disciplina vigente per le strutture pubbliche: anche il medico dipendente pubblico, infatti, gode della medesima autonomia professionale riservata a quello dipendente privato, senza tuttavia per questo dover (e poter) concludere un *contrat médical* con i pazienti della struttura. Senza dimenticare, per di più, che dei danni provocati dai medici

¹⁰⁵ In effetti la giurisprudenza, al fine di rendere compatibile l'esercizio della professione medica con la condizione di lavoratore subordinato, era giunta a distinguere l'indipendenza tecnica (della quale il medico non può essere privato e che gli è garantita da norme di ordine pubblico) da una subordinazione amministrativa (relativa alla mera organizzazione della sua attività), alla quale il medico può essere sottoposto nei confronti del proprio datore di lavoro. In questo senso v. Cass. soc., 28 ottobre 1978, in *Bull. civ.*, 1978, V, n. 725, secondo la quale «l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art n'est pas incompatible (...) avec l'existence d'un lien de subordination à l'égard de la direction de la clinique dans laquelle ils donnent leurs soins».

¹⁰⁶ Anche perché il connotato dell'indipendenza distingue anche altre professionalità sanitarie quali, per esempio, le ostetriche (in tal senso v. MÉMETEAU, *Contrat hospitalier et obligation de soins*, cit., 519 e ID., *La responsabilité médicale de la clinique privée*, cit., 100) le cui prestazioni sono pacificamente oggetto del *contrat hospitalier* stipulato dalla struttura sanitaria. Sulla difficoltà di conciliare l'esistenza del contratto di lavoro tra medico e struttura da un lato e *contrat médical* tra sanitario e paziente dall'altro, v. JOURDAIN, *La responsabilité du fait d'autrui en matière médicale*, in *Petites Affiches*, 22 settembre 1999, n. 189, 33, il quale evidenzia che il medico dipendente non ha propri clienti e percepisce una retribuzione forfetaria; inoltre l'esecuzione da parte sua degli atti medici rappresenta non già l'adempimento a un *contrat médical*, bensì l'adempimento al contratto di lavoro con la struttura sanitaria.

¹⁰⁷ Contro la possibilità che il medico dipendente stipuli un autonomo *contrat médical* con il cliente della clinica privata si era detto anche che ciò contrasterebbe con l'obbligo di non concorrenza che grava sul dipendente. Tuttavia si è contrariamente osservato che una tale violazione (ammesso che possa realmente dirsi tale in un assetto in cui si ritiene che la clinica non può stipulare un *contrat médical*) avrebbe rilevanza nei soli rapporti tra medico e struttura, senza poter influire sulla validità del contratto tra medico e paziente (GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, LEH, Bordeaux, 2008, 190).

dipendenti pubblici risponde di norma la sola struttura, rimanendo esclusa la responsabilità dei singoli salvo il caso di c.d. *faute personnelle détachable du service*.

2. Il *revirement* di Cass. 4 giugno 1991: il *contrat médical* può *intercorrere* anche con la struttura

Fu la giurisprudenza di legittimità a recepire le critiche della dottrina. Con la sentenza del 4 giugno 1991¹⁰⁸ la Corte di cassazione operò infatti un vero e proprio *revirement* affermando che, laddove il paziente si sia recato presso una struttura privata, il *contrat médical* deve considerarsi concluso con quest'ultima e non già con il medico curante¹⁰⁹. Ciò significa che la struttura può assumere su di sé il contenuto dell'intera prestazione di cura, comprensiva sia degli atti strettamente medici, sia delle prestazioni accessorie e alberghiere e di conseguenza risponde direttamente dell'inadempimento di entrambe tali componenti¹¹⁰.

La pronuncia del 1991, quindi, rese possibile la separazione tra la relazione personale con il medico e l'obbligazione di cura.

Tuttavia, complice forse l'estrema concisione argomentativa delle sentenze d'oltralpe¹¹¹, già all'indomani della sentenza iniziò un dibattito su due questioni sollevate dalla decisione.

¹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, in *JCP G*, 1991, II, 21730, *obs.* J. SAVATIER; in *Gaz. Pal.*, 1992, *juris.*, 503, *note* CHABAS.

¹⁰⁹ Nel caso esaminato dalla Corte il medico era dipendente della struttura sanitaria.

¹¹⁰ Una tale soluzione, invero, era già stata ipotizzata in dottrina (e addirittura anche per il caso in cui il medico non fosse dipendente) da MÉMETEAU, *Contrat hospitalier et obligation de soins*, cit., 517 ss., sulla scia dell'esperienza del Québec (e rifacendosi, in particolare, all'opera di CRÉPEAU, *La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien*, in *McGill Law Journal*, 1981, 673). Mémeteau si chiedeva, infatti, se la tesi che scindeva il rapporto di cura in diverse relazioni contrattuali (paziente-medico e paziente-struttura) non valesse più *ratione auctoritatis* (con riferimento all'indipendenza professionale medica e al monopolio del suo esercizio) che *auctoritate rationis*. La tesi di Mémeteau e la soluzione accolta dalla Cassazione nel 1991 sono state però criticate da CHABAS, note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, in *Gaz. Pal.*, 1992, *juris.*, 503 (in partic. 505), il quale ripropone il divieto di esercizio dell'arte medica a soggetti privi della necessaria abilitazione e osserva che la soluzione offerta dalla giurisprudenza porta alla situazione paradossale per cui il medico, che tradizionalmente non può essere preposto di un collega, lo diventa di una persona giuridica. La riserva più forte che però l'A. muove contro la sentenza è che l'affermazione della responsabilità per fatto altrui (contrattuale o extracontrattuale che sia) implica necessariamente la subordinazione dell'ausiliario o preposto e dunque la possibilità, per questo, di ricevere ordini dal committente/debitore, cosa che, nel caso del medico, non sarebbe possibile affermare, in quanto si porrebbe in insanabile contrasto con l'indipendenza che gli è garantita dal codice deontologico.

¹¹¹ In effetti, nel caso appena ricordato, la Corte, dopo aver ripercorso il contenuto della sentenza d'appello impugnata (che aveva condannato in solido la clinica e i medici da essa dipendenti sul presupposto che essi fossero parte del *contrat médical* con il paziente), scrive, lapidariamente, che «Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que le contrat de soins avait été

La prima questione riguardava l'ampiezza del principio affermato dai giudici. In effetti nel caso esaminato dalla Corte il medico era dipendente della struttura, per cui ci si è chiesti se il *contrat médical* poteva dirsi concluso dalla struttura (e non dal medico) anche allorché il sanitario lavorasse nella struttura con un contratto libero professionale¹¹².

La seconda questione riguardava invece la possibilità di individuare, oltre alla responsabilità della struttura, anche una responsabilità autonoma del medico (dipendente) nei confronti del paziente o, qualora la clinica fosse stata condannata al risarcimento dei danni, nei confronti di quest'ultima.

Con riferimento alla prima questione, basti dire per ora che la Corte di cassazione, con la sentenza del 26 maggio 1999¹¹³, ha troncato ogni possibilità di estendere la soluzione in precedenza elaborata per il caso in cui il medico fosse dipendente anche al caso in cui egli operasse a titolo libero professionale, affermando a chiare lettere che la struttura privata può essere chiamata a rispondere dei danni provocati dai medici in essa operanti nel solo caso in cui essi siano dipendenti¹¹⁴. Su tale questione, e sulla figura del medico operante in una struttura privata a titolo libero professionale si tornerà a breve. Dapprima è preferibile soffermarsi sulla seconda questione.

conclu entre M. Y. et la fondation [ossia la clinica], dont M. X. était médecin salarié, la cour d'appel a violé l'article susvisé [l'art. 1147, corrispondente all'art. 1218 del codice italiano e, dopo la riforma del 2016, all'art. 1231-1 *code civil*]. Par ces motifs...». Verrebbe da dire, insomma, che più che di motivazione si tratta di asserzione, il che rende arduo cogliere quali elementi abbiano determinato tale conclusione e quindi impedisce di valutarne la portata in situazioni connotate da taluni elementi di diversità.

¹¹² Va ricordato infatti che in Francia sono possibili tre modalità d'esercizio della professione medica: a titolo libero professionale (attraverso un apposito *contrat d'exercice libéral* concluso tra medico e struttura privata, di cui si dirà *infra*), in qualità di dipendente (pubblico o privato) e in modo "misto", ossia quando un medico lavori come dipendente ma contestualmente svolga anche attività libero professionale.

¹¹³ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, in *Rec. Dalloz*, 1999, I, *juris.*, 719, note E. SAVATIER.

¹¹⁴ Precisamente scrive la Corte: «attendu, cependant, qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même, que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient; que toutefois, si, nonobstant l'indépendance professionnelle inaliénable dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art, un tel établissement de santé peut, sans préjudice de son action récursoire, être déclaré responsable de fautes commises par un praticien à l'occasion d'actes médicaux d'investigations ou de soins pratiqués sur un patient, c'est à la condition que ce médecin soit son salarié (...). Si noti che la Corte utilizza l'espressione «contrat d'hospitalisation et de soins» per riferirsi alla relazione tra struttura e paziente, invece di «contrat médical». Tuttavia, la dottrina (E. SAVATIER, *La responsabilité de la clinique en raison de la faute du médecin*, in *Rec. Dalloz*, 1999, I, *juris.*, 721) ha evidenziato come, dalla lettura della relazione del consigliere P. Sargos, si deduca che era intenzione della Corte riferirsi al «contrat médical».

2.1. Segue. *Una nuova questione: la possibilità di individuare un'autonoma responsabilità del medico dipendente verso la struttura sanitaria e verso il paziente*

Occupiamoci dunque della possibilità che, allorché venga affermata la responsabilità della struttura per il fatto del proprio medico (dipendente), a quest'ultimo possa comunque essere imputata una qualche responsabilità.

Di per sé, una volta che si sia riconosciuto che il contratto che il paziente conclude con la struttura privata ingloba già al suo interno anche le prestazioni del personale medico, la questione potrebbe apparire abbastanza semplice, trattandosi solo di valutare, quanto al rapporto struttura-medico dipendente, quali possano essere le azioni che la clinica può esperire nei confronti del medico, così come di tutto il proprio personale, nella sua qualità di datrice di lavoro.

Mentre, quanto al rapporto medico-paziente, la questione dell'ammissibilità di una responsabilità diretta del primo verso il secondo dovrebbe dirsi già definita dall'applicazione delle regole da tempo individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi in tema di responsabilità contrattuale per fatto altrui. La giurisprudenza, infatti, aveva già affermato da tempo che affinché il soggetto danneggiato da un fatto che costituisce inadempimento di un'obbligazione possa agire, oltre che contro il debitore principale, anche contro il soggetto che materialmente ha posto in essere l'atto (ossia contro l'ausiliario), è necessario che quest'ultimo abbia commesso una *faute extérieure à l'exécution du contrat*, ossia un fatto estraneo rispetto a ciò che costituisce inadempimento dell'obbligazione assunta dal debitore¹¹⁵. Di conseguenza, applicando tale principio alla situazione del medico dipendente da una clinica privata si dovrebbe affermare che egli può rispondere direttamente verso il paziente solo allorché il fatto da esso compiuto esorbiti dal contenuto del *contrat médical* che lega il paziente alla struttura (e dunque, tendenzialmente, allorché il fatto costituisca illecito

¹¹⁵ In questo senso v. Cass. com., 17 janvier 1961, in *Bull. civ.*, n. 37; Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1978, in *Bull. civ.*, I, n. 213; Cass. com., 8 mars 1982, in *Bull. civ.*, IV, n. 92; Cass. com., 17 févr. 1987, in *Rec. Dalloz*, 1987, 543; Cass. com., 4 oct. 1988, in *RTD civ.*, 1989, 86, n. 4, obs. JOURDAIN. In dottrina v. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui e de son caractère autonome*, in *RRJ*, 2/1996, spec. §§ 42 ss., il quale precisa come la *faute extérieure* sia requisito necessario sia per il creditore che voglia agire contro il preposto del debitore, sia per il debitore stesso, allorché intenda agire in rivalsa contro il proprio ausiliario attraverso un'azione definita surrogatoria. In altri termini si ammette che una volta che il debitore abbia risarcito il danno al creditore, egli si sostituisca a costui nell'azione che egli avrebbe contro l'ausiliario e cioè (non essendo il creditore legato contrattualmente al terzo) nell'azione extracontrattuale, esercitabile appunto solo allorché il preposto abbia commesso una *faute extérieure à l'exécution du contrat*. Si parla dunque in tal caso di azione surrogatoria di natura extracontrattuale (*recours subrogatoire de nature délictuelle*), riconnettendola all'art. 1251, n.3, del *code civil* (corrispondente perfetto dell'art. 1203, n. 3, del codice italiano).

extracontrattuale¹¹⁶); mentre invece, allorché il fatto lesivo integri semplicemente inadempimento dell'obbligo di cura, il medico non potrà rispondere verso il cliente, ma potrà solamente essere, al limite, passibile di un'azione di rivalsa da parte della clinica, fondata sul contratto di lavoro¹¹⁷.

Senonché nel contesto francese, laddove il soggetto materialmente danneggiante fosse un medico, un simile esito non appariva scontato per diverse ragioni, e per raggiungerlo la giurisprudenza ha seguito un percorso alquanto tortuoso e non scevro da contraddizioni.

3. *L'ostinata ricerca da parte della giurisprudenza di una responsabilità personale del medico dipendente e le critiche della dottrina a tale impostazione*

Nella prima fase successiva alla sentenza del 1991 la giurisprudenza non ha rinunciato ad affermare la sussistenza di un'autonoma responsabilità del medico dipendente: l'argomento a tal fine utilizzato è stato, ancora una volta, quello della necessaria indipendenza professionale che connota la sua attività¹¹⁸. I giudici francesi, infatti, erano soliti affermare che l'indipendenza professionale di cui il medico gode è in ogni caso sempre tale da conferire alle sue condotte dannose il carattere di *faute personnelle*, ossia, sostanzialmente, di *faute extérieure à l'exécution du contrat*¹¹⁹. Sicché, in primo luogo, il danno provocato dal medico, in

¹¹⁶ Va ricordato comunque che la responsabilità del medico era considerata contrattuale.

¹¹⁷ Va però evidenziato che è principio consolidato nella giurisprudenza francese (v. Cass. soc., 27 novembre 1958, in *Rec. Dalloz*, 1959, *juris.*, 20, *note* LINDON) quello per cui, affinché la domanda del datore di lavoro possa essere accolta, è necessario che il lavoratore abbia commesso una *faute lourde* (una colpa grave), per la quale la giurisprudenza richiede, a partire dal 1990 (v. Cass. soc., 5 avril 1990, in *Bull. civ.*, V, 175, 106), un'intenzione di nuocere (al datore di lavoro o all'impresa) che l'avvicina al dolo.

¹¹⁸ Può essere interessante notare come l'argomento dell'indipendenza professionale sia stato più volte utilizzato nel tempo dalla giurisprudenza francese per fondare soluzioni in deroga alle regole generali. Ad esempio si può ricordare, con specifico riguardo alla professione medica, il rifiuto della Corte di cassazione, durato fin dopo la metà dello scorso secolo, di riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo sulla responsabilità dei medici pubblici dipendenti, sul presupposto che l'indipendenza di cui godono impediva di ricondurre i loro atti dannosi all'amministrazione. La questione ha avuto fine solo con l'intervento del *Tribunal des conflits* il quale, con una sentenza del 25 marzo 1957 (in *Rec. Dalloz*, 1957, *juris.*, 395), ha statuito la giurisdizione del giudice amministrativo (salvo che in caso di *faute personnelle détachable du service*, nel quale il medico risponde personalmente dei propri atti, e la giurisdizione spetta al giudice ordinario, che applicherà le regole della responsabilità extracontrattuale). Il principio dell'indipendenza è stato, del resto, uno dei pilastri della tesi che impediva la conclusione del *contrat médical* direttamente con la struttura privata.

¹¹⁹ V. in tal senso Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 1995, in *Bull. civ.*, I, n. 383; in *RTD civ.*, 1996, 636, *obs.* JOURDAIN, relativa alla responsabilità di un'ostetrica dipendente; Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *cit.*, la quale ha affermato che la struttura privata risponde del fatto del proprio medico (ma solo se dipendente) «sans préjudice de son action récursoire» (appunto perché il medico resta

quanto ritenuto estraneo all'esecuzione del contratto, veniva qualificato come extracontrattuale; in secondo luogo (e di conseguenza) tale connotazione consentiva al danneggiato di agire direttamente contro il sanitario o, in alternativa, permetteva alla struttura di rivalersi nei confronti di quest'ultimo di quanto pagato al paziente (azionando il contratto di lavoro, ove venisse ritenuta la *faute lourde*, o attraverso il *recours subrogatoire delictuelle*, cioè esercitando l'azione spettante al danneggiato)¹²⁰.

Tuttavia una tale impostazione destava più di qualche perplessità. La dottrina, in effetti, ha fortemente criticato questo orientamento della giurisprudenza, affermando l'inconsistenza del suo ancoraggio al principio dell'indipendenza professionale¹²¹. Quest'ultima, infatti, connota anche altre professioni, i cui esercenti, però, sono ritenuti direttamente responsabili solo in casi eccezionali (e non già in via generale a motivo delle stesse caratteristiche dell'attività svolta)¹²². Tutt'al più, si è detto, il connotato dell'indipendenza può

responsabile verso la struttura) e nella quale il consigliere relatore aveva sottolineato che è proprio l'indipendenza di cui gode il medico nell'esercizio della propria arte che giustifica la *faute personnelle* richiesta per affermare la responsabilità del preposto (v. per tale aspetto JOURDAIN, *obs. sous* Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2002, in *Rec. Dalloz*, 2003, *juris.*, 460); Trib. confl., 14 février 2000, in *JCP G*, 2001, II, n. 10584, note HARDY.

¹²⁰ In questo senso v. 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, Paris, 2002, 364, la quale rileva che «d'un point de vue pratique, une telle solution permet donc à la victime d'agir tout à la fois contre la clinique, sur le fondement contractuel, et contre le médecin, sur le terrain délictuel». Più precisamente, se l'azione è esercitata contro la struttura, essa può rivalersi sul medico; se però l'azione è esercitata contro il medico, egli non può rivolgersi alla struttura salvo dimostri l'inadempimento da parte di essa a proprie obbligazioni, di modo da ottenere l'alleggerimento della propria responsabilità. Sulla natura extracontrattuale della responsabilità del medico si era già pronunciato il *Tribunal des conflits* qualche anno prima, secondo il quale «eu égard à l'indépendance dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art qui est au nombre des principes généraux du droit, il est loisible au patient (...) de rechercher sur le terrain délictuel la responsabilité du praticien lorsque dans la réalisation d'actes médicaux celui-ci a commis une faute», (Trib. confl., 14 févr. 2000, cit.).

¹²¹ Emblematico quanto scrive JOURDAIN nelle *observations* a Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2002, cit., (460): «nous avouons n'avoir jamais très bien compris ce que l'indépendance professionnelle du médecin avait à voir avec l'immunité conférée au préposé».

¹²² Così PORCHY-SIMON, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, cit., 367, che richiama l'esempio dei quadri superiori o dei dirigenti d'impresa, degli atti dei quali risponde l'impresa stessa, salvo abbiano commesso una *faute séparable des fonctions* (circa la quale cfr. Cass. com., 28 avril 1998, in *JCP G*, 1998, II, 10177, note OHL). Inoltre, è sempre valido l'argomento secondo il quale di una certa dose di indipendenza godono anche altre professionalità sanitarie (ad es. le ostetriche), senza che per questo la giurisprudenza abbia affermato una responsabilità diretta dei loro esercenti. Da ultimo, è altrettanto vero che la tesi in parola pone i medici dipendenti privati in condizione di disparità rispetto a quelli dipendenti pubblici, i quali pur godendo dell'indipendenza loro garantita dalle regole deontologiche non rispondono direttamente dei danni cagionati se non in caso di *faute personnelle detachable des fonctions*.

essere considerato quale mero criterio utile a individuare la *faute personnelle*, ma non certo come unico elemento dal quale presumerla, dovendo essa essere sempre accertata in base alle circostanze del caso concreto¹²³.

In ogni caso la descritta impostazione giurisprudenziale si poneva in contrasto con i principi generali del diritto delle obbligazioni. In effetti, se si ammette che il *contrat médical* può essere stipulato dal paziente direttamente con la struttura e che quindi essa diventa unica debitrice di tutte le prestazioni sanitarie (mediche incluse), l'inesatta esecuzione da parte del medico della propria attività costituisce, a rigore, inadempimento del *contrat médical*, e non già un fatto estraneo al medesimo (*faute extérieure à l'exécution du contrat*) tale da dar luogo a responsabilità extracontrattuale di cui l'autore debba direttamente rispondere.

In conclusione, sarebbe logico ritenere, quindi, che ove il fatto del medico si ponga all'interno dell'attività svolta dalla clinica, solo questa sia chiamata a rispondere delle sue conseguenze, potendo tutt'al più esercitare sul sanitario le azioni disciplinari o, se ricorrano gli estremi della *faute lourde*, quelle derivanti dal contratto di lavoro.

4. Un altro revirement: il medico dipendente non risponde personalmente dei fatti commessi nell'esercizio della propria attività

A fronte delle penetranti critiche della dottrina, la giurisprudenza ha rapidamente mutato il proprio orientamento sulla possibilità di individuare un profilo di responsabilità personale per il medico dipendente di una struttura sanitaria.

La soluzione, tuttavia, può apparire, agli occhi del giurista italiano, come una "invasione di campo", dal momento che è consistita nella trasposizione sul terreno contrattuale di un principio nato in ambito aquiliano.

A tal proposito va tuttavia tenuto presente, in primo luogo, che nel contesto francese vi è sempre stata incertezza (soprattutto nella giurisprudenza, ma anche in taluna dottrina) sul fondamento del principio di responsabilità per fatto altrui in ambito contrattuale¹²⁴; in secondo luogo, che spesso la

¹²³ PORCHY-SIMON, *Op. ult. cit.*, 367.

¹²⁴ V. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), 3^e éd., LGDJ, Paris, 2006, 442, il quale denuncia «la méconnaissance, à peu près générale en doctrine, du principe de responsabilité qui pèse sur le débiteur contractuel pour le fait de toute personne – préposé, auxiliaire non préposé ou substitut – qu'il a introduite volontairement dans l'exécution de son obligation contractuelle ou qu'il a laissé exécuter à sa place». Cfr. inoltre VINEY – JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), 3^e éd., LGDJ, Paris, 2006, 1034, i quali osservano che si è dovuto attendere lo studio di BECQUÉ (*De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, in *RTD civ.*, 1914, 251 ss.) affinché il tema della responsabilità contrattuale per fatto altrui fosse trattato

giurisprudenza ha mostrato una certa indifferenza per la qualificazione della natura della responsabilità, cosa che ha portato ad applicare le regole extracontrattuali anche a vicende nate in campo contrattuale¹²⁵.

Ad ogni modo la soluzione con cui la giurisprudenza è giunta ad affermare l'irresponsabilità del medico dipendente per i danni causati nell'adempimento della propria attività è stata di applicargli la c.d. *immunité* coniata nel celebre *arrêt Costedoat*, del 25 febbraio 2000¹²⁶. In questa pronuncia, che riguardava un caso di responsabilità extracontrattuale del preposto (e dunque di responsabilità vicaria

approfonditamente dalla dottrina francese. Tuttavia, sottolineano gli Autori, anche dopo la pubblicazione di tale lavoro, il principio in questione è stato a lungo contestato e ancora oggi non riceve da una parte della dottrina l'importanza che meriterebbe (significativo è invece che gli Autori in parola dedichino parecchie pagine della loro opera alla dimostrazione e all'operatività del principio della responsabilità contrattuale per fatto altrui). Tali incertezze, si dice, dipendono probabilmente dal fatto che la giurisprudenza ha sempre applicato senza esitazione l'art. 1384, c. 5, *code civil* (relativo alla responsabilità del committente in campo aquiliano), sia in ambito extracontrattuale che in ambito contrattuale, mascherando così le carenze della riflessione giuridica in quest'ultimo. Solo la successiva affermazione del principio del «non-cumul», concludono gli Autori, avrebbe messo in luce l'autonomia delle due responsabilità. Tuttavia si tenga presente che gli stessi due Autori affermano, poco oltre (*Op. cit.*, 1048), che le condizioni della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari non differiscono da quelle della responsabilità del committente, il che spiega perché il principio del «non-cumul» non venga applicato quando l'attore fonda la sua domanda in ambito aquiliano mentre in realtà la fattispecie sarebbe d'inadempimento. Sulle perduranti oscillazioni circa il fondamento della responsabilità contrattuale per fatto altrui in ambito medico v. MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 538, spec. 539.

¹²⁵ La scarsa chiarezza nella distinzione tra le due specie di responsabilità può parzialmente spiegarsi con il fatto che parte del contenzioso riguardante la responsabilità civile si svolge avanti le giurisdizioni penali, le quali, presumibilmente ancora imbrigliate nel disposto dell'art. 69 del vecchio codice penale francese, applicano le regole della responsabilità extracontrattuale nonostante il fatto meriti apprezzamento in via contrattuale. In effetti l'art. 69 del vecchio codice penale (ora abrogato) disponeva che «dans les autres cas de responsabilité civile qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les cours et tribunaux devant qui ces affaires seront portées se conformeront aux dispositions du Code civil, livre III, titre IV, chapitre II», rinviando dunque all'art. 1382 del *code civil*. La dottrina ha naturalmente criticato con forza tale disposizione, ma la giurisprudenza l'ha applicata in modo intransigente. Emblematico in tal senso è il famoso *arrêt Eurorga* (Cass. Ass. plén., 15 novembre 1985, in *Rec. Dalloz*, 1986, *juris.*, 81, *note* LAUBERT; in *JCP G*, 1986, II, 20568, *note* VINEY) relativo a un caso di *abus de fonction* del preposto, in cui i giudici hanno applicato le regole extracontrattuali, quando invece «le fait dommageable du préposé coïncidait avec l'inexécution d'une obligation contractuelle assumée par le commettant envers la victime et aurait donc dû donner lieu à la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle», come osserva REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui e de son caractère autonome*, cit., 418. In tema di responsabilità per fatto altrui, quest'ultimo A. rileva in generale (ID., *Op. cit.*, 417) «la résolution, assez fréquente, des litiges nés de la violation d'une obligation contractuelle par le fait d'un tiers sur le terrain de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil».

¹²⁶ Cass. ass. plén., 25 février 2000, in *Resp. civ. assur.*, 5/2000, 7, *note* GROUDEL; in *JCP G*, 2000, I, 241, *obs.* VINEY.

del preponente)¹²⁷, i giudici avevano infatti 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 coniano appunto quella che la dottrina ha definito una vera e propria *immunité* del preposto¹²⁸. In altre parole, secondo la Cassazione, il danno cagionato da quest'ultimo nell'esecuzione dei compiti affidatigli resta illecito (e dunque come tale va risarcito), ma non viene (più) imputato al suo autore materiale, bensì viene attribuito direttamente (e solamente) al preponente. Ora, a parte le implicazioni di carattere generale che l'affermazione di un tale principio comporta¹²⁹, l'aspetto

¹²⁷ Precisamente la vicenda riguardava il caso di alcuni agricoltori che avevano chiesto a una società di spargere un trattamento erbicida sulle loro risiere per mezzo di un elicottero. Poiché lo spargimento era stato effettuato in una giornata di forte vento, la sostanza si era depositata anche sui terreni di un vicino, danneggiando le sue coltivazioni. Quest'ultimo, dunque, aveva proposto azione di risarcimento dei danni in via extracontrattuale sia contro i proprietari delle risiere, sia contro la società esecutrice del trattamento sia, soprattutto, contro il pilota dell'elicottero e aveva ottenuto, tra le altre, la condanna di quest'ultimo anche in appello. La sentenza è quindi frutto dell'impugnazione da parte del preposto di tale ultimo verdetto.

¹²⁸ RADÉ, *Le limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt Costedoat)*, in *Resp. civ. assur.*, 10/2000, 6. Tradizionalmente, infatti, la dottrina francese riteneva la responsabilità extracontrattuale per fatto altrui (prevista dall'art. 1384, c. 5, *code civil*, corrispondente all'art. 2049 del codice italiano e ora, dopo la riforma del 2016, all'art. 1242, c. 5, *code civil*) come un meccanismo di garanzia (cfr. GROUDEL, *Reirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés*, in *Resp. civ. assur.*, 5/2000, 7, nonché VINEY – JOURDAIN – CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), 4^e éd., LGDJ, Paris, 2013, 1041) che presuppone un'autonoma responsabilità extracontrattuale del preposto e attraverso il quale viene meglio garantito al danneggiato il risarcimento dei danni (mediante cioè l'aggiunta del committente quale ulteriore debitore), ma che permette pur sempre, proprio in virtù della sua mera funzione di garanzia, il regresso del committente verso il proprio commesso (per la verità una soluzione simile a quella affermata dall'*arrêt Costedoat* era già stata proposta da Cass. com., 12 ottobre 1993, *Société des Parfums Rochas*, in *Rec. Dalloz*, 1994, *juris*, 124, *note* VINEY, ma in quell'occasione la Corte aveva richiesto, per affermare la responsabilità del preposto, la sussistenza di una «faute personnelle» e comunque la dottrina non aveva dato molto peso a questa pronuncia, trattandosi di una soluzione isolata). La sentenza *Costedoat*, invece, rompe questo meccanismo, perché afferma che se il preposto si limita a eseguire i compiti affidatigli dal committente senza eccederne i limiti, non sarà responsabile del danno che pur sia stato arrecato al di fuori di una relazione contrattuale tra committente e danneggiato. In tal modo, dunque, viene tolto di mezzo quello che si riteneva il presupposto della responsabilità del committente, ossia l'autonoma responsabilità del commesso, con la conseguenza che il committente risulta privato dell'azione di regresso contro il proprio preposto (e infatti non sono mancate infatti le critiche alla sentenza *Costedoat*, come dimostrano le osservazioni di CHABAS, *Droit et patrimoine*, 2000, n° 82, 107 ss.

¹²⁹ La prima implicazione della sentenza in parola è la creazione di una vera e propria immunità per il preposto, poiché l'impostazione adottata dà rilievo già nel rapporto tra preposto e danneggiato a quel profilo che dovrebbe rilevare piuttosto nel rapporto preposto-committente (precisamente al fatto che il danno è stato provocato in esecuzione delle direttive di quest'ultimo), impedendo così sin da subito al terzo danneggiato di agire contro il preposto e ponendo l'obbligo risarcitorio direttamente in capo al preponente. Ciò, secondo la dottrina, in virtù del fatto che la colpa del preposto è in definitiva imputabile al committente, alle disposizioni del quale il preposto

che interessa qui sottolineare della sentenza *Costedoat* è che essa ha circoscritto la responsabilità diretta del preposto al solo caso in cui egli abbia ecceduto i limiti delle incombenze affidategli¹³⁰, in tal modo ricreando, nel contesto della responsabilità extracontrattuale, un regime di responsabilità del tutto analogo a quello dell'ausiliario in ambito contrattuale, nel quale ultimo, però, il limite (da non eccedere) è naturalmente quello dell'esecuzione del contratto.

Dunque, tornando alla questione della responsabilità diretta del sanitario lavoratore dipendente, nel 2004 la Corte di cassazione si è pronunciata su due casi in cui, rispettivamente, un medico e un'ostetrica entrambi dipendenti di una struttura privata erano stati condannati a risarcire i danni causati alla paziente dal loro operato. Si noti che la responsabilità dei sanitari, in virtù dell'orientamento che faceva leva sull'indipendenza professionale della loro attività, era stata qualificata come extracontrattuale. Ebbene, in questa occasione la Corte afferma che «le médecin salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient»¹³¹. Come si può vedere, i giudici, riferendosi ai limiti della mansione attribuita al preposto, mostrano di applicare il principio stabilito dalla sentenza *Costedoat* nonostante i due operatori sanitari fossero dipendenti della struttura: a rigore, in effetti, sarebbe stato più logico esonerare questi ultimi dalla 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* (dal momento che essa non può dirsi integrata, *sic et simpliciter*, in virtù della semplice sussistenza dell'autonomia tecnico-professionale). Invece i giudicanti non si preoccupano affatto di riqualificare la responsabilità, ma, preferendo rimanere

è vincolato (v. quanto scrivono, a margine della sentenza, VINEY in *JCP G*, 2000, I, 241, 1244, nonché RADÉ, *Op. ult. cit.*, 6, il quale ultimo ritiene che fondamento dell'esclusione della responsabilità del preposto sia che i suoi atti, in quanto commessi in esecuzione delle disposizioni impartite, non possono essere considerati *faute*). Tuttavia la dottrina precisa, in qualche modo completando la lacunosità della sentenza *Costedoat*, che se il preposto commette una *faute personnelle* o un *dépassement de la mission*, l'immunità viene meno e del danno provocato questi potrà essere chiamato a rispondere direttamente. La seconda implicazione del principio affermato dalla sentenza è la necessità di ricercare un diverso fondamento per la responsabilità (extracontrattuale) per fatto altrui. A detta della dottrina, infatti, non si dovrà più parlare di responsabilità indiretta del committente, bensì di responsabilità diretta (quasi che il fatto del preposto sia il fatto del committente), fondata su un principio d'imputazione del rischio derivante dall'attività d'impresa (in questo senso VINEY, *Op. ult. cit.*, 1245).

¹³⁰ A tale caso la giurisprudenza ha in seguito aggiunto quello in cui il preposto abbia commesso un reato doloso (v. Cass. Ass. plén., 14 décembre 2001, in *Rec. Dalloz*, 2002, 1230, *note* JULIEN; in *JCP G*, 2002, II, 10026, *note* BILLIAU). Il principio, comunque, pare essere lo stesso.

¹³¹ 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.* JOURDAIN (la motivazione è identica per entrambe).

nell'ambito di quella extracontrattuale (afferzata in appello), si limitano ad applicare l'*immunit * della sentenza *Costedoat*¹³².

Ad ogni modo, al di l  della discutibilit  dogmatica di quest'ultima soluzione, ci  che va tenuto presente   che nel sistema elaborato dalla giurisprudenza francese il medico dipendente di struttura sanitaria privata gode sempre, indipendentemente dal modo in cui venga inquadrata la sua responsabilit  per il danno che cagioni nell'esecuzione della sua professione, di un esonero da responsabilit  diretta, salvo solo il caso in cui abbia travalicato i confini della propria attivit ¹³³.

¹³² Affermano espressamente la necessit  di applicare il principio dell'*arrêt Costedoat* anche alla responsabilit  contrattuale VINEY – JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilit *, cit., 1065. Peraltro si noti che nel Rapporto annuale del 2004 della Corte di cassazione (in www.courdecassation.fr) si richiama, tra le giustificazioni di questa sentenza, il fatto che l'indipendenza di cui gode il medico «est en r alit  limit e dans la mesure o  elle ne porte que sur le choix du traitement et sa mise en  uvre», quasi a dire che il medico pu  essere esonerato da responsabilit  poich  l'indipendenza (che ne costituiva in precedenza il fondamento) di cui gode non   piena, essendo il medico dipendente pur sempre sottoposto all'organizzazione amministrativa della sua attivit . Tuttavia, va solo osservato che almeno nei casi in cui l'atto produttore del danno   un atto medico in senso stretto, affermare che in relazione ad esso il medico mantiene intatta la sua indipendenza dovrebbe condurre a mantenere la sua responsabilit  personale. L'incertezza della giustificazione fornita pu  essere allora letta come una spia della resistenza della giurisprudenza ad abbandonare il ruolo dell'indipendenza professionale nella determinazione della responsabilit .

¹³³ Dissonante, rispetto a tale assetto, appare solo Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2007, in *Resp. civ. assur.*, 2007, 31, *note* GROUDEL, la quale ha ammesso la possibilit , per l'assicuratore della clinica, di agire (non direttamente contro il medico autore del fatto, ma) contro l'assicuratore del sanitario (il quale aveva provocato il danno ma senza eccedere i limiti delle proprie mansioni), sul presupposto che l'art. L. 121-12 del *code des assurances*, che inibisce all'assicuratore che abbia pagato l'indennizzo di rivalersi contro – tra gli altri – preposti e impiegati dell'assicurato, salvo il caso di dolo, non significhi reale irresponsabilit  di questi ultimi, il che consente, allora, che l'azione possa essere rivolta contro il loro assicuratore. La dottrina, tuttavia, ha criticato tale soluzione, osservando che in realt , al di l  della questione della natura dell'immunit  prevista dall'art. L. 121-12, non vi   alcuna azione diretta contro il medico nella quale l'assicuratore possa surrogarsi (v. in tal senso quanto scrive GROUDEL, nella nota alla sentenza citata, 32). In effetti, applicando il principio dell'immunit  sancito dalla sentenza *Costedoat* e poi applicato ai medici dalle pronunce del 2004, n  il danneggiato, n  la struttura dispongono di un'azione contro il medico, salvo il caso in cui egli abbia trasceso le proprie mansioni (e ci  perch , come si   osservato *supra*, la responsabilit  del committente va intesa, dopo l'*arrêt Costedoat*, come responsabilit  diretta, e non pi  come garanzia). Ci  a meno di voler rimettere in discussione il significato della giurisprudenza *Costedoat*. Di conseguenza, osserva la dottrina, la sentenza del 2007 appare difficilmente giustificabile. Ad ogni modo   anche vero che essa riguarda fatti avvenuti prima della l. 2002-303, ossia in un'epoca in cui il medico dipendente era ritenuto direttamente responsabile dei danni cagionati dal proprio operato e dunque era solito assicurarsi personalmente. Ora invece, poich  la formulazione dell'art. L. 1142-2 c.s.p. prevede che la responsabilit  del personale dipendente sia coperta dall'assicurazione della struttura (con la conseguenza che il medico non avr  pi  interesse a stipulare un'autonoma copertura assicurativa, salvo per il caso in cui ecceda i limiti delle proprie mansioni), una situazione del genere non avr  pi  occasione di presentarsi.

5. *La situazione del medico operante in una struttura come libero professionista. La disparità creata dalla giurisprudenza rispetto alla situazione del medico dipendente e le critiche della dottrina*

Vediamo ora che connotati assume in Francia la relazione di cura nel caso in cui il medico operi presso la struttura privata a titolo libero professionale.

Astrattamente si potrebbe ritenere corretto che in questo caso il *contrat médical* si concluda direttamente tra medico e paziente. In effetti in Francia, laddove il medico operi in una struttura sanitaria in forma libero professionale può godere, pur essendo legato a questa da un *contrat d'exercice libéral*¹³⁴, di una

¹³⁴ Il *contrat d'exercice libéral* è il contratto che il medico che intende lavorare come libero professionista deve stipulare con la struttura presso la quale opera. Si tratta di un contratto atipico, non essendo definito o disciplinato a livello legislativo, ma che va certamente redatto per iscritto (v. Part. L. 4113-9 del *code de la santé publique*, che recita «toute personne physique ou morale passant un contrat avec un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme doit le faire par écrit», nonché l'art. 83 del *code de déontologie médicale*, ora trasfuso nell'art. R. 4127-83 del *code de la santé publique*) e che, una volta concluso, dev'essere comunicato al competente ordine dei medici, il quale ne verifica la conformità alle norme deontologiche (ai sensi dell'art. R. 4127-83 del *code de la santé publique*. Cfr. COPIN, *Exercice médical en établissement privé. Principes généraux*, in AA. VV., *Droit médical et hospitalier*, sous la direction scientifique de C. BERGOIGNAN-ESPER, LexisNexis, Paris, fasc. 140, 2013, 5). Quanto alle obbligazioni delle parti, la struttura è tenuta a mettere a disposizione del medico i locali, i letti, il materiale sanitario occorrente (farmaci, strumenti, attrezzature, ecc.) e il personale ausiliario, nonché ad adottare le misure necessarie per la tutela del segreto professionale e per la tenuta e conservazione della documentazione sanitaria. Il medico, per parte sua, è tenuto ad assicurare la propria disponibilità alla struttura (garantendo di eseguire il contratto presso i locali di quest'ultima) e a corrisponderle un canone (*redevance*), quale corrispettivo per i servizi ottenuti. A dire il vero la corresponsione di tale remunerazione non è prevista da alcuna disposizione, tanto che la sua ammissibilità è rimasta a lungo incerta. Anzi, l'art. L. 4113-5 del *code de la santé publique* sembrerebbe porsi in contrasto con tale prassi, laddove stabilisce che «il est interdit à toute personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exercice de la profession de recevoir, en vertu d'une convention, la totalité ou une quote-part des honoraires ou des bénéfices provenant de l'activité professionnelle d'un membre de l'une des professions régies par le présent livre», ossia che non è possibile, per chi non possiede i requisiti per l'esercizio della professione medica, partecipare, in tutto o in parte, ai compensi legati all'effettuazione di quest'ultima. Nello stesso senso è la norma deontologica dell'art. R. 4127-22, secondo la quale «tout partage d'honoraires entre médecins est interdit sous quelque forme que ce soit, hormis les cas prévus à l'article R. 4127-94» (ossia eccetto il caso che si tratti di medici associati che siano tutti medici di medicina generale o, se specialisti, che pratichino la medesima specialità, e comunque fermo il rispetto delle regole societarie che disciplinano l'esercizio associato delle professioni liberali). Tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto valida la corresponsione della *redevance*, affermando che «en dérogation à l'article L. 4113-5 du Code de la santé publique, dont le but est la protection du médecin contre l'atteinte à la rémunération de son activité, le partage de ses honoraires avec une personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exercice de sa profession est permis, dans la seule mesure où la redevance ainsi réclamée correspond exclusivement, par sa nature et son coût, à un service rendu au praticien» (Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2003, n. 00-21.069, in *Bull. civ.*, 2003, I, n. 123), ossia solo nella misura in cui essa corrisponda ai costi (debitamente giustificati) delle prestazioni rese dalla struttura, e fermo che, ovviamente, non può comprendere quei costi che siano già compresi nella tariffa giornaliera

propria clientela, per cui non è raro che il paziente si rivolga direttamente al professionista e con lui contratti la prestazione, venendo solo in seguito indirizzato alla struttura presso cui il sanitario opera. Si avrebbero allora un *contrat médical* tra sanitario e paziente e un *contrat hospitalier* tra paziente e clinica, con la conseguente separazione delle sfere di responsabilità.

Tuttavia la dottrina non ha mancato di evidenziare che non sempre si realizza una tale situazione: il fatto che il paziente venga curato, all'interno di una struttura privata, da un medico ivi operante a titolo libero professionale non significa infatti che il cliente abbia effettivamente stipulato con quest'ultimo il *contrat médical*. È ben possibile anzi che il paziente si sia rivolto direttamente alla struttura privata, la quale può avvalersi anche di medici in essa operanti a titolo libero professionale. In simili casi, allora, è evidente che, quantomeno dal punto di vista del paziente, la situazione è del tutto assimilabile a quella in cui il medico è dipendente della clinica: il paziente, insomma, non sceglie un determinato professionista, né instaura con lui alcuna relazione particolare, ma si limita ad accettare le cure che gli vengono fornite, senza indagare se il medico che gli viene assegnato è dipendente o libero professionista (anche perché, per come è costruito il sistema sanitario francese, il paziente paga in ogni caso le cure, richiedendo solo in seguito il rimborso della spesa)¹³⁵. È dunque sulla base di queste considerazioni che, già all'indomani della sentenza del 1991, la dottrina aveva proposto l'estensione del principio in essa espresso anche ai casi in cui il medico autore del danno non fosse dipendente della struttura ma in essa lavorasse a titolo libero professionale¹³⁶. Si auspicava invero che ogni volta che il paziente si recasse presso una struttura privata il *contrat médical* si ritenesse

pagata dall'assicurazione sanitaria (cfr. Cass. 1^{re} civ., 1^o juillet 2010, n. 09-12.711, in *Bull. civ.*, 2010, I, n. 154).

¹³⁵ Ciò sia che il paziente si rechi presso strutture pubbliche, sia che si rivolga a strutture private. Il rimborso avviene, entro una determinata percentuale, a cura dall'*Assurance Maladie*. Sulla diversa organizzazione dei sistemi sanitari v. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, cit., 71, nt. 197, la quale ricorda che in Europa la distinzione (eccezion fatta per i Paesi scandinavi) corre tra Paesi che hanno adottato un regime a prevalente *Servizio sanitario nazionale* e Paesi che hanno optato per un regime a prevalente *Sistema di assicurazione sociale di malattia*. Precisa l'A. che nei primi (Regno Unito, Spagna, Portogallo e Italia), vi è «un'organizzazione pubblica, unitaria e stabile che eroga il servizio con finanziamenti a carico della fiscalità generale»; nei secondi (Francia, Germania, Austria, Paesi Bassi), invece, «l'intervento pubblico è limitato alla regolazione del finanziamento – alimentato in forma mista tramite imposte e premi assicurativi – ed alla garanzia di uniformità nell'accesso ai servizi erogati da una pluralità di soggetti pubblici e privati».

¹³⁶ In questo senso v. il commento di J. SAVATIER a Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, in *JCP G*, 1991, II, 21730, nonché, qualche anno più tardi, E. SAVATIER, *La responsabilité de la clinique en raison de la faute du médecin*, cit., 722.

concluso sempre esclusivamente con essa, a prescindere dal tipo di rapporto di lavoro del medico che prendeva in cura il cliente¹³⁷.

Tuttavia la giurisprudenza, pur a fronte di tali solide argomentazioni, non ha mai adottato questa soluzione. Come già anticipato *supra*, infatti, con la sentenza del 26 maggio 1999¹³⁸, la Corte di cassazione ha affermato che la struttura privata può essere chiamata a rispondere dei danni provocati dai medici in essa operanti nel solo caso in cui essi siano dipendenti. Ed è importante sottolineare che la Cassazione (e così la giurisprudenza successiva), ai fini dell'individuazione della parte (medico o struttura) con cui il paziente conclude il *contrat médical*, rifiuta di indagare tra chi si sia realmente instaurata la relazione, erigendo piuttosto a criterio automatico di identificazione del contraente la sola condizione lavorativa del medico: se questi è dipendente della struttura il contratto dovrà ritenersi concluso con essa, mentre se il medico è libero professionista, il contratto non potrà che essere stato concluso con lui.

Evidentemente la rigidità di tale soluzione non poteva andare esente da critiche, poiché il criterio in questione può porsi spesso in contrasto con la volontà delle parti e dunque risultare del tutto avulso dalla realtà. In particolare si è osservato che in taluni casi il paziente non sceglie tanto il medico, quanto piuttosto la struttura, ossia si reca in una determinata clinica motivato dalla fiducia che ripone nella sua organizzazione, o in considerazione della sua reputazione o anche semplicemente perché spinto dalla sua più comoda posizione geografica, poco importando quale sia nello specifico il medico che verrà designato per curarlo¹³⁹. In tali situazioni, dunque, sarebbe artificioso affermare la conclusione di un contratto tra paziente e medico designato a curarlo sol perché quest'ultimo lavora come libero professionista. Il contratto, in questo caso, sarebbe una vera

¹³⁷ A sostegno di tale estensione si affermava, oltre al fatto che se il paziente si reca direttamente in clinica non instaura alcuna previa relazione (né fiduciaria, né contrattuale) con alcuno, che essa non lederebbe l'indipendenza di cui il medico libero professionista deve godere, posto che l'indipendenza tecnica è garantita in pari modo sia ai medici dipendenti che ai liberi professionisti, e la tipologia di contratto libero professionale comporta solo una diversa modalità di organizzazione dell'attività, ma non tocca le modalità tecniche del suo esercizio. Inoltre si affermava che separare le responsabilità a seconda dello statuto professionale del medico avrebbe potuto andare a discapito del paziente, il quale non avrebbe saputo contro chi rivolgere l'azione giudiziaria, e infine si invocava la necessità di avvicinare l'inquadramento delle relazioni nelle strutture private a quello usato nelle strutture pubbliche (ove pure il paziente si rivolge alla struttura, ma senza che le relazioni che egli instaura siano influenzate dallo statuto professionale dei medici, essendo pacifico che il rapporto s'instaura sempre e solo con l'ente pubblico).

¹³⁸ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, cit.

¹³⁹ In tal senso cfr. PORCHY-SIMON, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin*, cit., 371 ss., la quale aggiunge a questo i casi in cui il paziente non ha addirittura effettuato alcuna scelta, come accade nelle situazioni di urgenza o in quelle nelle quali il paziente è incosciente.

finzione. Più logico sarebbe invece affermare che in questa circostanza il contratto è concluso con la struttura, e che essa, in quanto debitrice della prestazione, è tenuta a rispondere del fatto commesso dalle persone di cui si avvale indipendentemente dal loro inquadramento lavorativo¹⁴⁰. Una maggiore attenzione alla volontà del paziente consentirebbe insomma maggior adesione alla realtà.

Ma alla proposta di prendere in considerazione l'effettiva volontà del paziente si è replicato, in primo luogo, che non può essere sufficiente, al fine di individuare l'effettiva sussistenza di una relazione contrattuale, il riferimento al solo elemento soggettivo; in secondo luogo che, in ogni caso, un'opzione come quella esaminata necessiterebbe di un'analisi casistica delle diverse relazioni volta per volta costruite tra medico, paziente e struttura¹⁴¹, e di conseguenza non sarebbe in grado di fornire un criterio univoco.

In effetti, quanto al primo aspetto, va verificato se, al di là dei motivi che hanno spinto il paziente a indirizzarsi verso il medico o verso la struttura, questi ultimi soggetti abbiano realmente inteso concludere un contratto con il primo, perché altrimenti la loro responsabilità verrebbe impegnata per effetto della sola volontà del malato, la quale, tra l'altro, non è sempre di facile interpretazione. Inoltre l'opzione per il criterio della volontà dovrebbe portare a indagare l'esistenza di autonome relazioni contrattuali non solo con il medico libero professionista, ma anche con il medico dipendente, non essendo di per sé precluso a quest'ultimo, almeno astrattamente, di pervenire ad autonome stipulazioni negoziali con il paziente¹⁴² (stipulazioni che, si badi, non costituirebbero la regola, come si riteneva prima del 1991, ma interverrebbero solo allorché il medico sia stato effettivamente scelto e abbia acconsentito al contratto).

¹⁴⁰ V. PORCHY-SIMON, *Op. ult. cit.*, 372, la quale sottolinea, a sostegno di tale conclusione, come non sia in discussione la responsabilità delle *sociétés civiles professionnelles* o di quelle *d'exercice libéral* anche laddove il fatto produttivo di danno sia stato commesso da medici loro membri che operano in qualità di liberi professionisti. Di «contrat hospitalier élargi», scindibile in un *contrat d'hôtellerie*, un *contrat de soins* e un *contrat médical* parla E. SAVATIER, *La responsabilité de la clinique en raison de la faute du médecin*, cit., 722.

¹⁴¹ HONTEBEYRIE, *La responsabilité des cliniques du fait des médecins: à propos de deux solutions singulières*, in *Rec. Dalloz*, 2004, 82. La consapevolezza della necessità e dei relativi inconvenienti di un'analisi casistica, al fine dell'esatta individuazione delle parti del contratto, era comunque nota anche a PORCHY-SIMON, *Op. ult. cit.*, 373, che però la riteneva inevitabile dal momento che la giurisprudenza colloca nel quadro contrattuale l'analisi delle relazioni tra paziente, struttura e medico.

¹⁴² A dire il vero, contro tale possibilità, si invocava il principio del divieto di concorrenza, al quale il medico dipendente sarebbe sottoposto. Ma è altrettanto vero che la violazione di tale divieto assumerebbe valore nei soli rapporti tra medico e struttura e non inficerebbe il contratto stipulato con il paziente (in tal senso v. HONTEBEYRIE, *Op. ult. cit.*, 83).

Altra dottrina ha allora proposto, in maniera convincente, di intendere il riferimento che la giurisprudenza fa al tipo di contratto di lavoro del medico per individuare il contraente del *contrat médical* (a seconda cioè che il medico sia dipendente o libero professionista), come una presunzione semplice. La presunzione si giustificerebbe a partire dalla considerazione che, di fatto, se il medico è libero professionista e gode di propria clientela, non è ragionevole ritenere che la struttura assuma su di sé l'intera obbligazione di cura; mentre invece se il medico è dipendente tale assunzione sarebbe la regola¹⁴³. Si tratterebbe, come detto, di presunzione semplice, poiché le parti potrebbero sempre dimostrare che la relazione contrattuale si è in realtà instaurata tra soggetti diversi da quelli presunti tali (quindi, ad esempio, dimostrare che la struttura ha assunto l'intera obbligazione avvalendosi di un medico libero professionista). Tuttavia, pur se tale ricostruzione consentirebbe di attribuire un maggior grado di plausibilità al criterio giurisprudenziale costruito sul tipo d'impiego del medico, essa non pare aver trovato accoglimento nella giurisprudenza, la quale non fa menzione della possibilità di prova contraria da parte dei soggetti da essa ritenuti contraenti del *contrat médical*.

5.1. Segue. *Le possibili ragioni dell'orientamento della giurisprudenza*

Occorre interrogarsi sulle ragioni alla base dell'indirizzo giurisprudenziale appena descritto. In effetti le motivazioni della sentenza che l'ha inaugurato (Cass., 26 maggio 1999) non appaiono convincenti. Infatti, se da un lato i giudici scrivono espressamente che «un établissement (...) est responsable des fautes commises tant par lui-même, que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé un préjudice à ce patient», dall'altro aggiungono che ciò può avvenire solo a condizione che il medico sia dipendente (*salarie*); ma è evidente che secondo i principi della responsabilità contrattuale il debitore risponde dei fatti dei propri ausiliari indipendentemente dalla modalità del loro impiego e quindi indipendentemente dall'esistenza di un nesso di subordinazione, essendo sufficiente che l'attività che essi svolgono rientri nel contenuto dell'obbligazione la cui esecuzione sia stata loro affidata.

Astrattamente, allora, si potrebbe ritenere che la necessità, per affermare la responsabilità della struttura, dell'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente del medico, sia dettata dall'esigenza, ai fini dell'applicazione del principio di responsabilità per fatto altrui, di dimostrare che il soggetto di cui il debitore si avvale sia effettivamente stato adibito all'esecuzione della prestazione. A tal

¹⁴³ HONTEBEYRIE, *Op. ult. cit.*, 83, il quale approva dunque, così reinterpretata, la soluzione adottata dalla giurisprudenza.

proposito l'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente costituirebbe evidentemente prova inequivocabile di tale adibizione, la quale invece non potrebbe dirsi certa ove il medico sia libero professionista¹⁴⁴. Tuttavia una tale spiegazione non sarebbe appagante, perché è sufficiente rilevare che se il paziente si rivolge alla struttura, la scelta del medico da parte sua avviene pur sempre all'interno della rosa di medici messi a disposizione dalla clinica, ossia nell'ambito di quei "mezzi di esecuzione" della prestazione già previamente individuati dal debitore. L'indicazione del sanitario da parte del paziente non dovrebbe pertanto ritenersi idonea ad alterare, nei medici messi a disposizione dalla struttura, la qualifica di ausiliari, derivante dalla loro disponibilità a operare in favore della clinica debitrice¹⁴⁵.

Le ragioni dell'orientamento giurisprudenziale di cui s'è detto sono allora da ricercare altrove e si tratta, è da credere, di ragioni di opportunità. In effetti non va trascurata la circostanza che il medico libero professionista è autonomamente assicurato (ed è obbligato a esserlo), per cui addossargli la responsabilità del danno arrecato al paziente, significa poter allocare il costo del risarcimento anche su di lui¹⁴⁶: infatti, ancorché sia solo lui contraente del *contrat médical*, non sarà quasi mai chiamato a rispondere da solo del danno, dal momento che l'organizzazione e l'erogazione delle prestazioni complementari viene spesso ritenuta concausa dell'inesatto adempimento del medico, per cui quasi sempre la responsabilità finirà per gravare, oltre che su quest'ultimo, anche sulla clinica (la quale è pur sempre parte del *contrat hospitalier*). In definitiva, allora, l'orientamento della giurisprudenza volto a ritenere il medico libero professionista contraente necessario del *contrat médical* pare essere finalizzato alla distribuzione del costo del danno su più attori: pare cioè mosso da ragioni di sistema, e precisamente dalla finalità di evitare l'incremento dei premi assicurativi.

¹⁴⁴ Sulla necessità (e difficoltà) di prova della designazione del terzo da parte del debitore v. VINEY – JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, cit., 1046 ss., spec. 1052 ss.

¹⁴⁵ V., nella dottrina italiana, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., 470.

¹⁴⁶ Si tenga pure conto del fatto che, dopo l'intervento della legge n. 2002-303, l'obbligo assicurativo è scomparso per i medici dipendenti ma è stato mantenuto fermo per i medici liberi professionisti (quand'anche operino presso strutture). La responsabilità dei medici dipendenti è infatti coperta, per espressa previsione di legge, dalla polizza stipulata dalla struttura (cfr. art. L. 1142-2 c.s.p.), purché essi agiscano entro i limiti dei compiti a essi impartiti (diversamente configurandosi un'ipotesi di responsabilità personale del sanitario).

6. Sintesi sull'assetto della relazione di cura e delle responsabilità in Francia prima della riforma del 2002

Dopo questo lungo esame della giurisprudenza d'oltralpe è opportuno riassumere i diversi assetti che possono assumere in Francia la relazione di cura e la responsabilità ad essa connessa.

Si è visto che, se inizialmente la giurisprudenza non riteneva possibile concludere il *contrat médical* con una struttura sanitaria (ritenendolo sempre concluso con il medico in essa operante, ancorché dipendente), successivamente tale preclusione è parzialmente venuta meno. Infatti solo se il sanitario lavora nella struttura come dipendente è possibile concludere il *contrat médical* con la struttura, mentre invece se il sanitario lavora come libero professionista, il *contrat médical* si ritiene necessariamente concluso con lui (anche laddove il paziente si sia rivolto direttamente alla clinica). Nel primo caso il medico non risponde mai personalmente dei danni arrecati al paziente, né in via contrattuale né in via extracontrattuale, salvo abbia commesso un fatto che esorbita dalle proprie mansioni (e solo a questa stessa condizione sarà ammessa l'azione di rivalsa della struttura nei suoi confronti)¹⁴⁷; nel secondo caso, invece, il sanitario potrà essere chiamato a rispondere direttamente dei danni arrecati al paziente. Tuttavia si è visto anche come tale diversa articolazione delle responsabilità in ragione dello *status* lavorativo del medico sia stata fortemente criticata dalla dottrina e appaia motivata da ragioni di mera opportunità.

Ad ogni modo, le osservazioni svolte sulla posizione e sulla responsabilità del *médecin salarié* andranno tenute presenti e torneranno utili allorché si affronterà la questione, all'interno dell'ordinamento italiano, dell'eventuale responsabilità personale del medico dipendente di una struttura sanitaria (tanto pubblica quanto privata).

Prima però di occuparsi di tale tema è necessario esaminare la portata della riforma introdotta con la c.d. *loi Kouchner*, onde verificare se e in che misura essa abbia inciso sull'assetto dei rapporti fin qui descritto. Inoltre pare opportuno dar conto del dibattito che si è acceso in dottrina a seguito di tale novella e che riguarda due questioni di particolare rilievo tra loro connesse: la possibilità di continuare a utilizzare il contratto come modello di regolazione della relazione di cura e, di conseguenza, la natura della responsabilità in ambito sanitario.

¹⁴⁷ Stando a Cass. Ass. plén., 14 décembre 2001, cit., oltre al travalicamento delle proprie mansioni vi è anche il caso in cui il dipendente abbia commesso un reato doloso.

SEZIONE II

La riforma del 2002 e il dibattito sulla natura della responsabilità in ambito sanitario

1. Le innovazioni introdotte dalla legge n. 2002-303

La l. n. 2002-303 del 4 marzo 2002, più nota come *loi Kouchner*, dal nome dell'allora Ministro della sanità francese¹⁴⁸, relativa ai diritti dei malati e alla qualità del sistema sanitario, ha introdotto, mediante la modifica del *code de la santé publique*¹⁴⁹ (d'ora in poi: c.s.p.), importanti innovazioni nella disciplina del rapporto di cura, nell'ottica sia di una sua implementazione, sia di una sua omogeneizzazione tra strutture pubbliche e private.

In primo luogo la riforma ha individuato la *faute* come criterio generale di responsabilità. Il nuovo art. L. 1142-1 c.s.p. dispone infatti che le strutture sanitarie (pubbliche e private) e gli operatori sanitari (*professionnels de santé*) non rispondono dei danni provocati da atti di prevenzione, diagnosi o cura se non in caso di *faute*¹⁵⁰. A tale regola generale fanno tuttavia eccezione 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.

¹⁴⁸ Per una panoramica delle novità introdotte dalla *loi Kouchner*, v. BELLIVIER – 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. La riforma è peraltro famosa per aver introdotto nell'ordinamento francese la disposizione c.d. “anti-Perruche” (dal cognome del bambino cui, nel 2000, l'*Assemblée plénière* della Corte di cassazione aveva concesso un risarcimento per il solo fatto di essere nato malformato) la quale prevede che non si possa chiedere il risarcimento per il solo fatto della nascita («nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance»), come recita il nuovo art. L. 114-5, *alinéa* 1, *code de l'action sociale et des familles*), salvo l'handicap sia stato provocato o aggravato da un errore medico oppure quest'ultimo abbia impedito di prendere le misure idonee ad attenuarlo («la personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer»), come recita l'art. L. 114-5, *alinéa* 2 del citato codice). Sull'*affaire Perruche* v., *ex plurimis*, CAYLA – THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche* (Parigi, 2002), trad. it. di L. Colombo, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁴⁹ Il *code de la santé publique* è ciò che in Italia si potrebbe chiamare un testo unico, che raccoglie tutta la disciplina del *droit de la santé publique*. È un testo vastissimo, composto da più di diecimila articoli, il cui contenuto spazia dalle regole generali in tema di sanità pubblica, alla disciplina (anche regolamentare) delle singole professioni sanitarie, all'assistenza farmaceutica, alle regole applicabili ai dispositivi medici, ai diritti dei pazienti.

¹⁵⁰ Recita l'art. L. 1142-1, *alinéa* 1, c.s.p.: «hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de fautes» (corsivo aggiunto).

In secondo luogo la novella ha introdotto, per quei danni non riconducibili a *faute*, ma pur sempre direttamente imputabili all'esecuzione di atti di prevenzione, diagnosi o cura, un sistema di indennizzo *au titre de la solidarité nationale*, 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»¹⁵¹.

Attraverso la previsione della necessità della *faute*, dunque, il legislatore ha inteso uniformare i criteri di responsabilità tra strutture sanitarie pubbliche e private, che in precedenza divergevano a motivo della diversità dei plessi giurisdizionali chiamati a decidere la controversia¹⁵²; in particolare si riscontrava, nei due rami della giurisdizione, una diversità nell'interpretazione di una particolare obbligazione che connota la relazione di cura: l'*obligation de sécurité*. In effetti, nonostante in Francia l'obbligazione del medico sia tradizionalmente considerata un'obbligazione di mezzi¹⁵³, la giurisprudenza ha elaborato nel tempo, per quei danni pur riconducibili all'operato del medico ma non direttamente derivanti dall'insuccesso dell'attività di cura (*échec des soins*), una diversa tipologia di

¹⁵¹ Si tratta di quei danni dovuti alla c.d. *aléa thérapeutique*. Prevede infatti l'art. L. 1142, *alinéa 2*, c.p.s. che «lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire». La medesima disposizione precisa poi che «ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret; ce pourcentage, au plus égal à 25%, est déterminé par ledit décret». Sulle condizioni e sulla disciplina dell'indennizzo v. BACACHE, *Responsabilité médicale. Principes généraux*, in AA.VV., *Droit médical et hospitalier*, sous la direction scientifique de C. BERGOIGNAN-ESPER, LexisNexis, Paris, fasc. 18 (2015), 10 ss.

¹⁵² Va infatti ricordato che in Francia le azioni intentate nei confronti di strutture pubbliche sono sottoposte alla giurisdizione amministrativa, mentre quelle intentate contro strutture private sono sottoposte alla giurisdizione ordinaria. Ciò ha provocato una diversità di regole applicative cui l'intervento del 2002, onde evitare disparità tra i pazienti, ha inteso porre fine.

¹⁵³ FLOUR – AUBERT – SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Sirey, Paris, 2015, 209 ; VINEY – JOURDAIN – CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, cit., 623 ss. Secondo la sentenza *Mercier* del 1936 (Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936, cit.), il contenuto dell'obbligazione del medico è quello di «dispenser des soins consciencieux, attentifs et (...) conformes aux données acquises de la science», ossia cure conformi alle regole dell'arte (l'art. L. 1110-5 c.s.p. fa ora riferimento alle *connaissances médicales avérées*).

obbligazione: l'*obligation de sécurité*, il cui contenuto è in sostanza la sicurezza del paziente dai danni (fisici) che possa subire non già a causa dell'insuccesso delle cure, bensì in occasione dell'attività medica in generale¹⁵⁴. Sennonché anche con riferimento alle *obligations de sécurité* si è posta la questione se esse debbano essere considerate come obbligazioni di mezzi oppure di risultato, e dunque se la responsabilità conseguente al loro inadempimento debba considerarsi soggettiva (richiedendosi una *faute*, ma naturalmente diversa da quella strettamente legata alla prestazione medica) o oggettiva¹⁵⁵.

La risoluzione di tale questione ha per lungo tempo opposto la giurisprudenza ordinaria a quella amministrativa. Quest'ultima, infatti, con una celebre sentenza del 1993 si era pronunciata nel senso di ritenere l'*obligation de sécurité* un'obbligazione di risultato¹⁵⁶, affermando quindi la natura oggettiva della responsabilità della pubblica amministrazione, pur limitando poi i casi in cui accordare il risarcimento del danno attraverso l'introduzione, quali requisiti per la sua risarcibilità, degli elementi dell'estrema gravità e dell'eccezionalità della sua realizzazione¹⁵⁷. La giurisprudenza ordinaria, invece, è sempre rimasta fedele, salvo qualche eccezione¹⁵⁸, al principio della responsabilità per *faute*, affermando,

¹⁵⁴ Con riferimento a tali danni si parla infatti di *accidents médicaux*. L'*obligation de sécurité* è quindi un'obbligazione accessoria all'obbligazione principale di cura (*obligation de soins*). Gli ambiti in cui la giurisprudenza riteneva sussistente un'obbligazione di risultato erano, in particolare, quello delle infezioni nosocomiali (ricodotto infatti dalla loi del 2002 al campo della responsabilità oggettiva), quello delle cc.dd. operazioni di routine (circa il quale v. già Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1974, in Bull. civ., 1974, I, n. 4), e quello relativo alla sicurezza dei prodotti utilizzati (soprattutto le protesi), nel quale l'obbligazione di sicurezza del prodotto (di risultato) andava distinta da quella relativa al suo utilizzo o installazione (di mezzi). Per la giurisprudenza relativa a tali settori v. TERRÉ – SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2013, 1065 ss.

¹⁵⁵ In quest'ultimo senso cfr. VINEY – JOURDAIN, *L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?*, in *JCP G*, 1997, I, 4016 ss. Tali Autori propendono infatti per una definizione più restrittiva di *accident médical*, ritenendo che esso debba essere riferito a quei soli danni che, oltre a non derivare dall'insuccesso delle terapie, non derivino da una *faute* del medico.

¹⁵⁶ Si tratta dell'*arrêt Bianchi* (CE, 9 avril 1993, in *JCP G*, 1993, II, 22061, *note* MOREAU), nel quale i giudici hanno affermato che «lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité».

¹⁵⁷ Tale principio è stato riaffermato e ulteriormente precisato in due successive sentenze di pari data: CE, 27 octobre 2000, in *Rec. Dalloz*, 2001, 1196.

¹⁵⁸ V. per es. CA Paris, 15 janvier 1999, in *JCP G*, 1999, II, 10068, *note* BOY, in cui si afferma che «d'obligation de moyens applicable en cas d'échec de l'acte de soins compte tenu de l'état du malade et de l'aléa inhérent à toute thérapie, n'est pas exclusive d'une obligation accessoire qui en est la suite nécessaire, destinée à assurer la sécurité du patient (...); le chirurgien a ainsi une obligation de sécurité qui l'oblige à réparer le dommage causé à son patient par un acte

in opposizione al Consiglio di Stato, che «la réparation de l'aléa thérapeutique n'est pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient»¹⁵⁹, rigettando così la qualificazione dell'*obligation de sécurité* come obbligazione di risultato. Peraltro tale orientamento, divenuto poi costante, se da un lato era sostenuto dalla volontà di limitare l'innalzamento dei premi assicurativi e dall'opportunità di evitare la “fuga” dei medici dallo svolgimento di attività particolarmente rischiose¹⁶⁰, dall'altro era compensato da un apprezzamento particolarmente rigoroso della *faute*¹⁶¹. Tuttavia, la posizione della Cassazione presentava due gravi inconvenienti: per prima cosa creava un'ingiustificata disparità di trattamento degli utenti nel risarcimento dei danni a seconda della natura pubblica o privata della struttura responsabile del pregiudizio¹⁶²; secondariamente lasciava senza ristoro le vittime di danni non riconducibili a una *faute* e tuttavia connessi con l'effettuazione della prestazione di cura.

Ecco allora che il contrasto tra le posizioni descritte è stato composto dalla l. n. 2002-303, attraverso il riferimento alla *faute*, da un lato, e l'introduzione dell'indennizzo a titolo di solidarietà nazionale, dall'altro. La riforma, infatti, in un'ottica di mediazione tra l'esigenza di riparazione dei danni e quella di non gravare gli operatori del settore di eccessivi costi, ha optato per la consacrazione della *faute* come regola generale (pur con le eccezioni della responsabilità per infezioni nosocomiali e per i danni da prodotti difettosi); allo stesso tempo, però, ha previsto un sistema di indennizzo a titolo di solidarietà nazionale per i danni

chirurgical nécessaire au traitement même en l'absence de faute lorsque le dommage est sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état».

¹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2000, in *JCP G*, 2000, II, 10493, *note* CHABAS. A dire il vero l'utilizzo dell'espressione *aléa thérapeutique* per riferirsi ai danni subiti in ambito sanitario appare equivoca nella misura in cui l'aléa connota tutta l'attività medica e giustifica la considerazione dell'obbligazione di cura come obbligazione di mezzi. Per questo motivo la l. n. 2002-303 preferisce utilizzare, per il danno non derivante dal fallimento delle cure, l'espressione *accident médical*.

¹⁶⁰ In effetti considerare l'*obligation de sécurité* come obbligazione di risultato significava di fatto porre in capo al soggetto obbligato (medico o struttura) il rischio di qualsiasi danno subito *in occasione* delle cure.

¹⁶¹ Cfr. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de C. LARROUMET), t. 5, 3^e éd., Economica, Paris, 2016, 1012.

¹⁶² Ciò appariva ulteriormente aggravato dal fatto che nel sistema francese l'onere della prova della colpa-inadempimento incombe sul paziente; per cui considerare l'*obligation de sécurité* come obbligazione *de résultat* significava esonerare quest'ultimo da tale fardello, pur se è vero che la giurisprudenza ordinaria, proprio per facilitare il paziente in certe situazioni, ha da sempre fatto ricorso al principio della *faute virtuelle*. Sostanzialmente si tratta di una presunzione, perché la *faute virtuelle* è definita come quella colpa insita nella stessa realizzazione di determinate tipologie di danno (cfr., anche per i richiami giurisprudenziali, BACACHE-GIBEILL, *Op. ult. cit.*, 1017).

non riconducibili ad essa. In tal modo la riforma ha quindi recepito sotto il primo profilo la posizione della giurisprudenza ordinaria e sotto il secondo quella della giurisprudenza amministrativa (dal momento che i criteri cui è assoggettata la corresponsione dell'indennizzo richiamano quelli che i giudici amministrativi avevano coniato per delimitare i danni risarcibili a seguito della violazione di una *obligation de sécurité*¹⁶³). L'imposizione del criterio della *faute* sia per l'obbligazione principale che per quella *de sécurité*, costituisce dunque il più importante intervento nella direzione dell'uniformazione della regolamentazione del rapporto di cura indipendentemente dalla tipologia del soggetto curante¹⁶⁴. Su questo fronte, tuttavia, almeno altre due innovazioni vanno ricordate: la previsione di un unico termine di prescrizione per i danni derivanti da attività sanitaria (precisamente: derivanti da atti di prevenzione, diagnosi o cura) e l'utilizzo, nel testo della legge, dell'espressione "utente del sistema sanitario" (*usager du système de santé*).

Quanto alla prima novità, l'attuale art. L. 1142-28 c.s.p. dispone che «des actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage». In tal modo si è voluto sostituire il termine decennale sia a quello trentennale previsto in materia contrattuale al momento dell'emanazione della legge (e solo in seguito riformato con la l. n. 2008-561 del 17 giugno 2008 che ha introdotto un termine quinquennale), sia a quello quadriennale previsto per i crediti verso lo Stato e gli enti pubblici¹⁶⁵.

Quanto alla seconda novità, in dottrina si è osservato che la nuova legge, pur utilizzando l'espressione *malades*, utilizza anche l'espressione, più generale, di *usager du système de santé*. Ebbene, l'espressione *usager*, secondo certa dottrina, andrebbe intesa in un senso più ampio di quello che essa ha allorché la si riferisce al servizio pubblico; nel contesto della normativa in materia sanitaria, essa

¹⁶³ Come visto la giurisprudenza amministrativa faceva riferimento, al fine di concedere il risarcimento del danno, alla sua estrema gravità e alla eccezionalità della sua realizzazione. L'art. L. 1142-1, alinea 2, c.s.p., prevede, quali condizioni cumulative per il risarcimento del danno a titolo di solidarietà nazionale, che quest'ultimo provochi conseguenze anormali per il paziente e che sia connotato da una certa gravità, determinata in base a un distinto decreto attuativo e comunque consistente in un tasso di invalidità non inferiore al 25%.

¹⁶⁴ Non è secondario precisare che nell'ordinamento francese la sussistenza della *faute* va dimostrata dal paziente-attore.

¹⁶⁵ In tal senso v. *Pavis* del 19 marzo 2003, n. 251980, del *Conseil d'État*, in www.legifrance.gouv.fr, secondo il quale il termine previsto dall'art. L. 1142-28 della l. n. 2002-303 prevale su quello previsto dalla legge n. 68-1250 del 31 dicembre 1968. Va incidentalmente sottolineata anche la valenza simbolica dell'unificazione del termine di prescrizione, se solo si ricorda (v. *supra*) che il motivo dell'affermazione della natura contrattuale della responsabilità del medico da parte della sentenza *Mercier* si riteneva essere la brevità del termine di prescrizione triennale applicabile allorché il fatto integrasse il reato di lesioni personali.

indicherebbe, in generale, la persona che accede a servizi sanitari, pubblici o privati che siano, e indipendentemente dalla modalità con cui l'accesso avvenga¹⁶⁶. I diritti riconosciuti in tale ambito al soggetto-utente, dunque, prescindono dalla tipologia di struttura alla quale egli si rivolge, così come dalla circostanza che egli concluda un contratto con la struttura, con il medico, con entrambi o che non concluda alcun contratto (per esempio perché incosciente). Inoltre, così come non mutano a seconda di tali circostanze i diritti del paziente, non mutano nemmeno i doveri del medico e della struttura, né muta il presupposto della responsabilità (la *faute*).

2. La compatibilità del precedente assetto della relazione di cura e delle responsabilità con le innovazioni della legge n. 2002-203 e le questioni sollevate dalla riforma

Esposti sommariamente i contenuti più rilevanti della riforma del 2002, è opportuno esaminare in che misura sia con essa compatibile l'assetto dato in precedenza alla relazione di cura nell'ordinamento francese.

Si ricorderà, infatti, che, a seguito delle sentenze “gemelle” del 2004 della Corte di cassazione, il medico dipendente di struttura non risponde personalmente dei danni arrecati al paziente nell'adempimento dei propri compiti, in virtù dell'*immunité* sancita nel famoso *arrêt Costedoat*. Tuttavia ci si potrebbe interrogare sulla compatibilità di tale principio con la riforma del 2002. L'art. L. 1142-1 c.s.p. menziona infatti, tra i soggetti potenzialmente responsabili, anche i singoli operatori sanitari (*professionnels de santé*): si potrebbe allora ritenere che ciò costituisca una deroga al principio dell'immunità di cui essi dovrebbero godere ove assumano la posizione di preposti¹⁶⁷, tanto più che non vi è menzione nel testo normativo dell'esclusione della loro responsabilità a motivo della loro eventuale posizione di ausiliari.

In contrario appaiono però fondate le osservazioni di quella dottrina secondo la quale la *loi Kouchner* non ha inteso derogare al principio dell'immunità dei preposti, il quale anzi è pienamente compatibile con il dettato normativo¹⁶⁸. Due le ragioni che sorreggono tale opinione. La prima consiste nel fatto che il *code de la santé publique* prevede l'obbligo di assicurazione per i soli medici che

¹⁶⁶ Cfr. a tal proposito GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., 101.

¹⁶⁷ A tal proposito si tenga presente che, nonostante le sentenze con cui la Cassazione francese ha affermato l'applicabilità ai medici dell'*immunité* sono state pronunciate nel 2004, e quindi successivamente alla novella legislativa (che è del 2002), esse riguardavano casi a cui quest'ultima non era applicabile *ratione temporis*.

¹⁶⁸ RADÉ, *note sous C.A. Paris*, 1^{re} ch., sect. B, 20 janvier 2006, in *Resp. civ. assur.*, 11/2006, 22.

esercitano la loro attività a titolo libero-professionale e non anche per quelli dipendenti¹⁶⁹. Per questi ultimi, anzi, vale la regola secondo cui la polizza stipulata dalla struttura presso cui operano copre anche i danni da essi provocati, purché abbiano agito all'interno dei compiti loro affidati¹⁷⁰. La mancata previsione per essi dell'obbligo assicurativo sarebbe dunque chiaro indice dell'assenza di una loro responsabilità. La seconda ragione è che obiettivo della riforma del 2002 è stato quello di uniformare il regime di responsabilità per le strutture pubbliche e private; e poiché la novella non ha modificato lo *Statut général des fonctionnaires*¹⁷¹, secondo il quale il pubblico dipendente (quale è il medico che opera presso una struttura pubblica) non risponde direttamente dei danni provocati salvo che in caso di *faute détachable de ses fonctions*¹⁷², se ne deve dedurre che, se non è stato intaccato il principio dell'immunità per il medico dipendente pubblico, lo stesso deve ritenersi anche per il medico dipendente di struttura privata.

In verità, però, il problema più serio che si è posto a seguito della riforma è stato quello di continuare a inquadrare in ambito contrattuale la relazione di cura e, di conseguenza, quello di qualificare come contrattuale la relativa responsabilità. Tale questione si è posta perché la riforma si è limitata a individuare la *faute* quale criterio di responsabilità di medici e strutture senza alcun

¹⁶⁹ Cfr. l'art. L. 1142-2 c.s.p. secondo il quale «les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1, et toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis, mentionnés à l'article L. 5311-1 à l'exclusion du 5°, sous réserve des dispositions de l'article L. 1222-9, et des 11°, 14° et 15°, utilisés à l'occasion de ces activités, sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité».

¹⁷⁰ Prevede l'art. L. 1142-2 c.s.p. che «l'assurance des professionnels de santé, des établissements, services et organismes mentionnés au premier alinéa couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur est impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical». Si noti che tale disposizione (che vale anche per quegli operatori sanitari, quali l'infermiere o l'ostetrica, che siano ausiliari del medico libero professionista), appare, nel suo riferimento al rispetto dei limiti della mansione attribuita, una ulteriore conferma della perdurante validità del principio dell'immunità dei preposti.

¹⁷¹ Lo *Statut général des fonctionnaires* non è in verità un testo unitario, ma è composto da più corpi normativi distinti, uno per ognuna delle tre fondamentali funzioni pubbliche: quella statale (*loi* n. 84-16 dell'11 janvier 1984), quella territoriale (*loi* n. 84-53 del 26 janvier 1984) e quella ospedaliera (*loi* n. 86-33 del 9 janvier 1986), alle quali si aggiunge una parte iniziale comune a tutte (*loi* n. 83-634 del 13 luglio 1983).

¹⁷² In Francia, ai fini della responsabilità diretta del dipendente pubblico vale infatti la distinzione tra *faute de service* e *faute personnelle*: nel primo caso, del danno risponde la Pubblica Amministrazione e la giurisdizione sarà del giudice amministrativo, in base alla teoria del servizio pubblico, mentre nel secondo caso del danno sarà chiamato a rispondere direttamente il dipendente, e la giurisdizione sarà del giudice ordinario.

riferimento alla categoria del contratto o a quella dell'illecito aquiliano. Di conseguenza, a parere di certa dottrina, ciò avrebbe prodotto una sorta di "unificazione" delle due specie di responsabilità¹⁷³, posto che dopo la l. n. 2002-303 non sarebbe più necessario, per individuare quali regole applicare alla fattispecie, verificare l'effettiva sussistenza di una relazione contrattuale di cui il paziente sia parte, né sarebbe rilevante che l'azione risarcitoria sia intentata dal medesimo o da terzi¹⁷⁴. La possibilità che fossero applicate al medesimo caso regole di responsabilità diverse a seconda del soggetto che esercitava l'azione, era ritenuta infatti fonte di disparità¹⁷⁵ (sì che la riforma è stata interpretata anche quale volontà di eliminare quest'ultima).

¹⁷³ Parla di unificazione DREIFUSS-NETTER, *Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin?*, in *Resp. civ. assur.*, 10/2002, 4; della stessa opinione BERT, *Feue l'arrêt Mercier!*, in *Rec. Dalloz*, 2010, 1801. In realtà, come si vedrà, si ritiene non trattarsi di unificazione, bensì solo di ravvicinamento dei regimi operativi delle due forme di responsabilità, le quali restano quindi distinte. È da dire, comunque, che una tale soluzione appare meglio accettabile nel contesto dell'ordinamento d'oltralpe che in quello dell'ordinamento italiano. Nel primo, infatti, è ricorrente l'identificazione dell'inadempimento contrattuale con la *faute*, conformemente all'indirizzo secondo il quale il fondamento delle responsabilità (contrattuale e aquiliana) sarebbe unitario (v. in proposito quanto scrive GALGANO in AA. VV., *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, 5° ed., Zanichelli, Bologna, 2011, 117 ss.). In questo senso v. FLOUR – AUBERT – SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, cit., § 198, ove si legge che «de texte fondamental, l'article 1147, subordonne la condamnation à dommages-intérêts à une *inexécution*, c'est-à-dire à une faute qui consiste dans un *manquement* à l'obligation contractuelle du débiteur» (corsivi propri) e si afferma chiaramente – § 199 – che «de fait de l'inexécution est en effet constitutif d'une faute, dès lors que l'essence de l'obligation est d'être exécutée et que l'inexécution considérée ne trouve pas son origine dans une causé étrangère». Nell'ordinamento italiano, invece, sono stati fortemente criticati i tentativi di *reductio ad unum* delle due specie di responsabilità (v. in tal senso CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2006, 449 ss. e DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 2003, 199).

¹⁷⁴ Cfr. DREIFUSS-NETTER, *Op. ult. cit.*, 4 ss.; MALAURIE – AYNÈS – STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 7^e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2015, 176.

¹⁷⁵ In realtà, circa le situazioni di presunta disparità di trattamento in virtù dell'applicazione delle regole della responsabilità extracontrattuale anziché di quelle della responsabilità contrattuale andrebbero svolte delle precisazioni. La dottrina francese è solita affermare l'applicazione delle regole aquiliane o quando il paziente è incosciente al momento della presa in carico, oppure quando (in caso di suo decesso) l'azione viene intentata dai suoi familiari/eredi. Tuttavia, quanto al primo caso, l'incoscienza del paziente dovrebbe comportare solo che egli non concluda personalmente il contratto, fermo restando invece che la prestazione effettuata dalla struttura è pur sempre resa in esecuzione di un obbligo a essa imposto dalla legge (come accade tipicamente per le strutture pubbliche) o, se si vuole, in esecuzione di un accordo con i familiari del paziente (per le strutture private). L'inquadramento della fattispecie, pertanto, dovrebbe essere pur sempre contrattuale, per cui contrattuale dovrà dirsi anche la responsabilità: non è insomma certamente possibile considerare il medico o la struttura curanti presso i quali il paziente incosciente venga portato come dei "passanti" che rispondono in via aquiliana per il danno arrecato. Quanto al caso della morte del paziente e dell'avvio dell'azione da parte di terzi, va sottolineato che se il danno di cui si chiede il risarcimento è quello (biologico) subito dal *de cuius*, l'attore, agendo *iure hereditatis*, farà valere il credito già maturato dal *de cuius*, e pertanto potrà avvalersi delle regole che tale credito disciplinavano, ossia le regole contrattuali (nessun problema

Si è dunque aperto in dottrina un acceso dibattito, del quale pare opportuno riassumere i termini onde provare a formulare delle considerazioni.

3. *Crisi del contrat médical?*

Nella legge di riforma vi è quella che si potrebbe definire un'indifferenza del legislatore verso la qualificazione della relazione di cura, che si manifesta nell'assenza di qualificazione della responsabilità.

Taluna dottrina, valorizzando tale indifferenza, ha ritenuto che essa costituirebbe un segnale della crisi del contratto quale strumento di regolazione del rapporto di cura¹⁷⁶. In sostanza si afferma che il disinteresse mostrato dalla legge per l'inquadramento della relazione di cura non rappresenterebbe altro che la trasposizione normativa della già riscontrata indifferenza della giurisprudenza francese per la corretta qualificazione della natura del rapporto e, conseguentemente, della responsabilità, essendo tale indifferenza, in definitiva, la conseguenza dell'inadeguatezza del *contrat médical* a costituire la forma di inquadramento della relazione di cura.

rinvendendosi sul piano della trasmissibilità del diritto, posto che ad essere trasferito è il credito risarcitorio e non certo il diritto alla salute o alla vita, come evidenzia CASTRONOVO, *Il danno biologico a causa di morte. Aspettando la Corte costituzionale*, in *Vita not.*, 1994, 554). Se invece il danno invocato riguarda la lesione subita personalmente dal terzo (danno *iure proprio*), si tratta di pregiudizio altro da quello subito da chi era parte del contratto, per cui non dovrebbe dar luogo a disparità il fatto che il suo risarcimento sia regolato diversamente (nello specifico, secondo la giurisprudenza, dalla responsabilità aquiliana, ma al prezzo di non poche forzature del sistema di responsabilità, circa le quali v. sempre CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 566 ss.). Tale ultimo aspetto non sembra invece essere chiaro nel contesto francese. V. infatti Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2001 (in *RTD civ.* 2001, 376, *obs.* JOURDAIN), relativa all'azione intentata contro un centro trasfusionale dalla figlia di un paziente morto a seguito di una trasfusione e volta a ottenere il risarcimento dei danni da ella subiti. Ebbene, poiché l'obbligazione del centro verso il paziente è di risultato, per cui se è il paziente stesso ad agire in via contrattuale non deve provare la colpa mentre se la figlia agisce in via extracontrattuale deve darne prova, la Corte di cassazione ha ritenuto di dispensare anche la figlia (che agiva in via aquiliana) dall'onere di provare la colpa sul presupposto «qu'un centre de transfusion sanguine est tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne les produits sanguins qu'il cède et que le manquement à cette obligation peut être invoqué aussi bien par la victime immédiate que par le tiers victime d'un dommage par ricochet». Non si tiene evidentemente conto del fatto che i danni di cui si discute, nei due casi, sono diversi. Approva l'intervento della l. n. 2002-303 in quanto consente di eliminare tali (presunte) disparità DREIFUSS-NETTER, *Op. ult. cit.*, 6.

¹⁷⁶ GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., 98 ss. L'importanza che, specie dopo la l. n. 2002-303, ha assunto in dottrina il dibattito sulla qualificazione giuridica della relazione di cura è testimoniata anche dall'impostazione della quinta edizione del celebre *Cours de droit médical* di Gérard Mémeteau (MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit.), edizione che vede come coautrice proprio Marion Girer e nella quale è dato ampio spazio alla tesi di quest'ultima della negazione del *contrat médical*.

A tal proposito si richiamano le critiche già mosse in passato al *contrat médical*¹⁷⁷. Esse hanno riguardato, in linea generale, l'impossibilità di classificazione di tale figura nell'ambito dei modelli tradizionali¹⁷⁸ e la difficoltà di applicarle le regole generali valide per tutti i contratti, benché atipici. In particolare, si sono evidenziati quei profili di peculiarità della relazione di cura che la renderebbero difficilmente conciliabile con le regole comuni in materia contrattuale¹⁷⁹.

In primo luogo, sotto il profilo della nascita del vincolo negoziale, si è evidenziata l'incapacità del *contrat médical* di costituire la fonte di un vero obbligo per il paziente, posto che il consenso alla realizzazione dell'atto medico è sempre revocabile; di conseguenza, la relazione che si instaura non può che essere notevolmente fragile. In secondo luogo, sotto il profilo dell'operatività di alcuni rimedi, si è evidenziata la potenziale difficoltà di applicazione della regola *inadimplenti non est adimplendum*, perché, ove fosse il medico a volerla azionare, i doveri deontologici gli impedirebbero di rifiutare le cure al paziente. Ancora, sotto il profilo del risarcimento del danno, s'è detto che non potrebbe mai operare la regola (posta in materia contrattuale) della sua limitazione ai soli pregiudizi prevedibili (salvo il caso di dolo), dato che, incidendo l'atto medico sull'integrità fisica del paziente, sarebbe sempre possibile prevedere il peggio¹⁸⁰. Infine s'è messo in luce che nel *contrat médical* non sarebbe possibile il ricorso a clausole limitative della responsabilità, in ragione del fatto che il bene coinvolto nell'esecuzione della prestazione è la salute.

Ebbene, sulla scorta di tali considerazioni, che mostrerebbero come il *contrat médical* presenti più profili di eccezionalità che di conformità alla normativa generale in materia di contratti, una parte della dottrina francese ha rifiutato l'utilizzo del modello negoziale nella disciplina della relazione di cura, ritenendo lo strumento del contratto inadatto, insufficiente e inutile¹⁸¹.

¹⁷⁷ In questa sede ci si limiterà a fare riferimento all'opera di GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., sia per la completezza dell'analisi sia in quanto riassuntiva di posizioni altrui.

¹⁷⁸ GIRER, *Op. ult. cit.*, 88 ss.

¹⁷⁹ V. GIRER, *Op. ult. cit.*, 93 ss.

¹⁸⁰ GIRER, *Op. ult. cit.*, 94 osserva come già BRETON, nella sua nota alla sentenza *Mercier* (in *Sirey*, 1937, 1, 327) rilevava che «la portée pratique de l'art. 1150 sera sans doute des plus réduites: l'organisme humain est un mécanisme si délicat qu'on peut toujours prévoir le pire, le décès du malade». Di conseguenza, si dice, dal momento che il calcolo del risarcimento non può essere effettuato secondo la regola della prevedibilità al momento dell'assunzione dell'obbligazione, esso dev'essere effettuato in ragione del pregiudizio subito dal paziente, ossia secondo le regole della responsabilità extracontrattuale.

¹⁸¹ GIRER, *Op. ult. cit.*, 147 ss. e 181 ss. Più precisamente, l'inadeguatezza sarebbe dovuta all'impossibilità di applicare al *contrat médical* i rimedi tradizionali. L'insufficienza, invece,

Orbene, si comprende facilmente come tali critiche abbiano ricevuto nuova linfa a seguito dell'adozione della l. n. 2002-303, in quanto il legislatore francese ha con essa previsto una serie di diritti e doveri per le parti e un regime di responsabilità apparentemente indipendenti dalla qualificazione giuridica della relazione di cura. L'orientamento dottrinale critico vero l'utilizzo dello schema contrattuale afferma infatti che dopo la l. n. 2002-303 la relazione di cura dovrebbe dirsi avere natura "statutaria" (*statutaire*), in quanto completamente disciplinata da regole che sfuggono all'autonomia negoziale¹⁸²; in tale quadro il contratto, se pur non rimarrebbe privo di qualsiasi utilità, vedrebbe tuttavia il suo ruolo ridotto alla sola organizzazione materiale della relazione (in pratica al pagamento del compenso), fungendo, per il resto, da semplice "innesco" di un insieme di regole già predeterminato¹⁸³. La qualificazione come contrattuale della relazione di cura diverrebbe allora meramente simbolica, poiché le regole che la disciplinano sarebbero, nella sostanza, solamente quelle statutarie¹⁸⁴. Il contratto, insomma, sarebbe uno strumento che va limitato alla realizzazione di operazioni economiche, non dimostrandosi adatto laddove sia in gioco la salute¹⁸⁵.

deriverebbe da due aspetti: da un lato il fatto che in Francia la relazione con le strutture pubbliche non è ritenuta avere natura contrattuale; dall'altro, il fatto che nel rapporto con le strutture private il *contrat médical* (come visto) viene diversamente articolato a seconda della qualità di dipendente o di libero professionista del medico. L'inutilità, infine, dipenderebbe dal fatto che il contenuto della prestazione del medico è già predeterminato dalle regole della professione e deontologiche, non essendo certamente destinato a mutare a seconda della presenza o dell'assenza di un contratto con il paziente.

¹⁸² Scrive GIRER, *Op. ult. cit.*, 110, che «*puisque les obligations [della relazione di cura] sont préexistantes, le contrat peut s'avérer inutile, ou a minima insuffisant*».

¹⁸³ «*Le contrat n'est plus alors qu'un cadre qui servira tout au plus à déterminer éventuellement l'heure et le jour de la consultation ou de l'acte médical*» (MORLAAS-COURTIES, *L'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques*, Thèse, Montpellier, 1999, § 62, citato da GIRER, *Op. ult. cit.*, 714). Già prima, però, scriveva J. SAVATIER, *Étude juridique de la profession libérale*, Thèse, LGDJ, 1947, 220 ss. (citato da MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 327) che «*le contrat ne régit que des obligations de détail ou les obligations du client*».

¹⁸⁴ Di «*modèle d'adhésion*» parla GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., 715, aggiungendo che «*le contrat peut être l'un des moyens de mise en œuvre d'un statut, une modèle d'application, comme en matière de droit du travail par exemple. À ce titre, le contrat médical peut jouer le rôle d'élément déclencheur du statut. Cependant, les diverses dispositions contenues dans ce statut sont indifférentes à l'existence d'un contrat, ce qui signifie qu'elles ne sont pas construites sur le modèle contractuel mais en raison d'un but supérieur, transcendant, qui le rendent inutile*».

¹⁸⁵ GIRER, *Op. ult. cit.*, 191. Al contrario la teoria statutaria proposta dalla dottrina in parola consentirebbe una visione unitaria della relazione di cura, indipendente cioè sia dall'esistenza di un contratto (e dalla qualità dei soggetti che ne siano parte: medico o struttura), sia dalla condizione lavorativa del medico curante (dipendente o libero professionista).

In realtà, la tesi che vorrebbe eliminare il contratto come modello di regolazione della relazione di cura (o che comunque vorrebbe ridurne la portata), per quanto a tratti suggestiva, non convince appieno, per diverse ragioni.

Invero, con riguardo ai profili di eccezionalità del *contrat médical* rispetto ai principi generali in materia di contratti, va in primo luogo affermato che ritenere il vincolo contrattuale debole in virtù della permanente revocabilità del consenso significa confondere il consenso al contratto con il consenso alle cure¹⁸⁶. È ben immaginabile infatti che il paziente presti il consenso solo a determinate terapie o a determinate modalità di loro esecuzione e non ad altre, senza per questo infrangere il precedente vincolo negoziale (e fiduciario) con il medico. In ogni caso l'ipotetica debolezza del vincolo consistente nella possibilità per il paziente di rifiutare all'improvviso qualsiasi cura non sarebbe comunque tale da mettere in discussione l'impianto contrattuale¹⁸⁷. Quanto poi all'esperibilità da parte del medico del rimedio dell'eccezione d'inadempimento, va osservato che appare frettolosa una sua esclusione assoluta: in effetti se la prestazione non è urgente, sì che il suo differimento non comporti un pericolo imminente per il paziente, o se si tratta di prestazione con finalità estetica, è ipotizzabile che il medico sospenda, nelle modalità tecniche in cui ciò sia possibile, la sua opera a fronte dell'inadempimento; anzi, il medico dovrà sospendere la propria opera se l'inadempimento del paziente consiste nell'assenza di collaborazione (che per esempio si traduca nel rifiuto di fornire informazioni essenziali per l'individuazione della terapia più idonea da somministrare)¹⁸⁸. Né appare dirimente l'inapplicabilità della limitazione della responsabilità ai soli pregiudizi prevedibili: invero il fatto che a una parte del pregiudizio (quella non

¹⁸⁶ Cfr., sul punto, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 265 ss., il quale rileva che il consenso al contratto non significa consenso a qualsiasi trattamento; come pure vi sono casi in cui si ha il solo consenso alle cure senza la previa stipulazione contrattuale (è il caso del contratto a favore di terzo e, secondo l'A., delle cure prestate dal medico condotto – ora medico di medicina generale – in quanto egli agisce in adempimento di un obbligo pubblicistico e non di un'obbligazione contrattuale).

¹⁸⁷ Si pensi, nel diritto italiano, all'ampiezza della facoltà di recesso prevista per il cliente del prestatore d'opera intellettuale dall'art. 2237 c.c., il quale limita il risarcimento dovuto da parte del primo alle sole spese sostenute dal secondo e al compenso per l'opera da questi svolta, senza menzione del mancato guadagno.

¹⁸⁸ In tal caso, evidentemente, il rifiuto del medico di adempiere non solo è giustificato dal comportamento del paziente, ma è addirittura necessario per salvaguardare la salute di questi (consentendo di evitare che sia praticata una terapia che non si riveli adatta). Quasi certamente, poi, il rifiuto del paziente di collaborare potrà causare il venir meno del rapporto di fiducia dando al medico la possibilità di recedere dal rapporto. Ma in ogni caso quest'ultimo non potrebbe dirsi privato della sua natura contrattuale.

patrimoniale)¹⁸⁹ non sia applicabile una regola incompatibile con la natura stessa di esso, non sembra mettere in crisi la natura contrattuale del rapporto.

Infine, per quanto riguarda la considerazione per cui, a seguito della l. n. 2002-303, il *contrat médical* non avrebbe più alcuna utilità se non quella di far aderire le parti a uno “statuto” (essendo i diritti e i doveri di queste ultime quasi interamente cristallizzati dalla legge), si tratta di un’obiezione che pare frutto di un fraintendimento. Per prima cosa si può osservare che anche prima dell’adozione della novella legislativa la disciplina dell’*ars medica* era di fatto in gran parte predeterminata, derivando, come tutte quelle delle professioni intellettuali, da regole tecniche e deontologiche¹⁹⁰. Ma in ogni caso, con riguardo alle regole tecniche, sarebbe evidentemente sbagliato pensare che la loro derivazione da una fonte esterna al contratto faccia venir meno il carattere negoziale della relazione. È di tutta evidenza infatti che esse non fanno parte della disciplina del contratto, ma ne costituiscono semmai l’oggetto: la loro applicazione, ossia l’esercizio dell’attività professionale, è infatti l’oggetto della pretesa del paziente, e non ha niente a che vedere con la disciplina del modo (il contratto) in cui egli se la procura. Né rileva il fatto che, con l’intervento normativo in parola, siano stati positivizzati alcuni aspetti dell’esercizio delle professioni sanitarie (quali ad esempio l’obbligo di formazione continua e la responsabilità) e contestualmente si sia introdotta una disciplina espressa di determinati segmenti della relazione di cura, quali il diritto per il paziente all’informazione (sia sulle sue condizioni di salute, sia sui costi che debba affrontare, nonché sul loro eventuale rimborso), la

¹⁸⁹ Il criterio della prevedibilità è certamente applicabile alle conseguenze patrimoniali dell’inadempimento dell’obbligazione cura (tipicamente il costo delle cure).

¹⁹⁰ È pur vero, comunque, che in Francia le norme deontologiche mediche hanno forza normativa (attualmente esse sono state inglobate nel *code de la santé publique*). Non è chiaro quanto la ricostruzione in parola afferma circa la presunta incompatibilità della relazione di cura a essere disciplinata dal contratto. Si afferma infatti (GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., 109) che il contratto è utile a disciplinare la sola organizzazione materiale della relazione, ossia il pagamento del compenso da un lato e l’obbligo del medico di recarsi presso il paziente dall’altro, ma senza che l’obbligazione del medico sia soggetta ad alcuna misura minima di qualità («le patient s’engage à verser des honoraires et le médecin à dispenser des soins, mais sans qu’aucune norme de qualité ne vienne se greffer sur l’obligation. Dès l’instant où il répond à la demande du patient en se rendant auprès de lui, son obligation est remplie»). Le cure propriamente dette, invece, mal si presterebbero a un inquadramento contrattuale, in considerazione del ruolo della volontà. A tale posizione si può replicare che essa pare scindere artificiosamente le regole tecniche dell’*ars medica* (cioè le cure propriamente dette) dal generico impegno del medico all’esecuzione dell’attività, quasi a dire che la volontà (del paziente) può incidere solo su questo e non su quelle (essendo esse predeterminate). Ma, al di là del fatto che, così facendo, dovrebbe porsi (piuttosto) un problema di determinatezza dell’oggetto del contratto, tale situazione si verifica per tutte le professioni che consistono nell’esercizio di un’arte. In esse cioè, l’oggetto del contratto non è la mera disponibilità (come potrebbe essere nel lavoro subordinato, in cui il prestatore opera alle dipendenze e sotto la direzione altrui), ma è l’esercizio stesso dell’arte, il che ne comporta l’applicazione delle regole.

disciplina sul consenso alle cure e sul loro rifiuto (specie nel momento di fine vita), la disciplina sull'accesso alle informazioni sul proprio stato di salute, quella sul trattamento dei dati relativi a quest'ultimo, l'obbligo di creazione per ogni paziente di un *dossier médical* e di un *dossier pharmaceutique*, il regime di responsabilità delle strutture (pubbliche e private) per il furto, la perdita o il deterioramento degli oggetti depositati dai pazienti, ecc.¹⁹¹ L'implementazione, pur per via normativa, della disciplina del rapporto non incide infatti sulla natura della relazione di cura, che resta pur sempre negoziale. In altre parole il fatto che il legislatore abbia specificato, con maggior precisione che in passato, determinati diritti e doveri delle parti, non può considerarsi indice della decontrattualizzazione della relazione; tutt'al più si dovrà semplicemente prendere atto che il rapporto risulta integrato da una fonte diversa dalla volontà e in un modo da quest'ultima non sempre derogabile, tenuto anche conto che l'introduzione di taluni elementi (si pensi alla creazione del *dossier médical* e del *dossier pharmaceutique*) è resa necessaria dal rilievo pubblicistico che riveste l'esercizio dell'attività sanitaria¹⁹². Del resto un'integrazione di tal fatta è quanto tipicamente avviene nel rapporto di lavoro, il quale è ampiamente regolato da fonti extra-contrattuali di vario livello e tuttavia mantiene intatta la propria connotazione contrattuale. In definitiva la mera circostanza che nella relazione di cura la volontà delle parti rivesta un ruolo talora limitato non può giustificare la riduzione del contratto di cure a mero "innesco" di una relazione integralmente disciplinata *aliunde* (pur se è vero che la regolamentazione predisposta attualmente dal *code de la santé publique* è estremamente minuziosa). Al più si potrebbe pensare di avvicinare la figura del paziente a quella del consumatore, dal momento che il contenuto della relazione che quest'ultimo instaura con il professionista è stato via via implementato da fonti normative esterne al fine di disciplinarne, in

¹⁹¹ V., per il dettaglio di questi e per altri aspetti, il Titolo I del Libro I del *code de la santé publique*, intitolato «droits des personnes malades et des usagers du système de santé» (art. L. 1111-1 ss.). Per un loro esame v. BELLIVIER – 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*, cit., 574 ss.

¹⁹² Fa esplicito riferimento al fenomeno dell'integrazione del contratto Mémeteau (MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 332), secondo il quale «peut-être, en soulignant à bon droit l'enrichissement de la réflexion sur le contrat médical, oublie-t-on un peu trop l'article 1135 du Code civil [corrispondente, dopo la riforma del 2016, all'art. 1194 e, nel codice italiano, all'art. 1374]. Ce n'est pas l'artificielle volonté des parties qui intègre l'obligation dans le contrat; c'est l'article 1135, "instrument d'enrichissement du contrat" et dont les termes permettent d'imposer l'obligation médicale...Il infuse l'obligation légale dans le contrat. S'il y a un contrat, d'origine légale elle prend entre les parties une nature contractuelle. Avant comme après 1936 d'abord, 2002 ensuite, les mêmes obligations – y compris d'obtention d'un assentiment éclairé – pesaient sur le médecin. Avant 1936, le contrat était démembré, après 2002 nul texte ne le supprime donc ne supprime une responsabilité contractuelle même s'il y a un débat sur les fonctions de la responsabilité contractuelle en général».

maniera più o meno rigida, gran parte delle possibili evoluzioni. Ma anche così facendo, non potrebbe certo essere messa in dubbio la natura contrattuale della relazione di cura, né potrebbero dirsi *a priori* esclusi spazi di operatività per l'autonomia negoziale delle parti.

In effetti, a sostegno di quanto appena affermato pare potersi validamente richiamare l'opinione di chi¹⁹³ ha ritenuto che per effetto della l. n. 2002-303 il *contrat médical* sia stato addirittura “rinforzato” (*renforcé*), poiché la novella, attraverso l'introduzione di specifici diritti per il paziente (in parte di nuovo conio, in parte già presenti, ma privi di valore cogente¹⁹⁴) e attraverso la previsione di precisi doveri per il medico (*in primis* quello d'informazione, notevolmente ampliato rispetto al passato) avrebbe sensibilmente riequilibrato la relazione di cura, riequilibrando quindi anche il contratto, ove quella si esprima in quest'ultima forma (come accade nel rapporto con le strutture private¹⁹⁵). Secondo quest'opinione, per mezzo della riforma il paziente passerebbe dalla condizione di “malato passivo” (*malade passif*), a quella di “attore responsabile della propria salute” (*acteur responsable de sa santé*)¹⁹⁶.

A ben guardare, infatti, non si può nascondere che la relazione di cura sia per sua natura squilibrata, a causa sia del divario di competenza tra le parti, sia della condizione di bisogno (più o meno accentuata) in cui si trova una di esse¹⁹⁷. E se in un primo tempo era stata la giurisprudenza francese a farsi carico di rimediare a tale asimmetria, la riforma del 2002 ha indubbiamente recepito e

¹⁹³ BELLIVIER – 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*, cit., 574 ss.

¹⁹⁴ BELLIVIER – ROCHFELD, *Op. ult. cit.*, 576, ricordano che molti dei testi sui diritti delle persone malate erano ritenuti avere mero valore deontologico, e fanno l'esempio della *Charte du patient hospitalisé* del 1995 (che ha sostituito la *Charte du malade hospitalisé* del 1974 e ora a sua volta sostituita dalla *Charte de la personne hospitalisée* del 2006).

¹⁹⁵ Va precisato, infatti, che in Francia la relazione tra paziente e struttura pubblica non è ritenuta avere natura contrattuale. Precisano infatti BELLIVIER – ROCHFELD, *Op. ult. cit.*, 576, che il riferimento che esse fanno al contratto non va inteso nel senso di ridurre la portata della legge al solo diritto privato dei contratti, dato che la relazione medica va ben al di là di esso: «c'est d'ailleurs l'un des mérites de la loi que d'avoir traité indistinctement le système de santé, qu'il soit public ou privé».

¹⁹⁶ BELLIVIER – ROCHFELD, *Op. ult. cit.*, 576, 582.

¹⁹⁷ BELLIVIER – ROCHFELD, *Op. ult. cit.*, 580, ricordano come tradizionalmente la relazione medico-paziente sia asimmetrica «opposant un médecin savant et détenant un pouvoir sur le cours des choses à un patient profane, passif et souffrant». Per un verso, invero, il paziente non è in grado di valutare autonomamente ciò di cui ha bisogno, per cui ciò che egli chiede al professionista non è la mera erogazione di una precisa prestazione (di cui per ipotesi sappia di necessitare), ma una valutazione più ampia, che comprenda anche l'*an* stesso della prestazione e la scelta della terapia; per altro verso, è innegabile che lo stato patologico del paziente può incidere, a seconda del suo grado di acuzie, sulla razionalità della sua determinazione volitiva.

ampliato i meccanismi introdotti dalla giurisprudenza, agendo principalmente sul fronte del consenso informato¹⁹⁸, nell'ottica di rendere il paziente capace di partecipare attivamente all'attività terapeutica. Addirittura secondo taluna dottrina la riforma avrebbe posto il paziente su un piano di parità con il medico, sostituendo la vecchia relazione di cura di stampo paternalistico con un vero e proprio contratto tra parti poste sullo stesso piano¹⁹⁹. Ad ogni modo, al di là di quest'ultima conclusione (che può forse apparire eccessiva²⁰⁰), le argomentazioni richiamate confermano che la l. n. 2002-303 non si pone in contrasto con lo strumento contrattuale quale forma di inquadramento della relazione di cura, dato che, al contrario, non solo essa presuppone il contratto, ma addirittura lo rinvigorisce²⁰¹.

In conclusione, le critiche mosse da certa dottrina francese all'istituto del contratto quale strumento di disciplina della relazione di cura non appaiono fondate.

¹⁹⁸ In particolare da un lato si è gravato il medico di un obbligo di informazione approfondita (rinforzato dall'imposizione in capo al sanitario dell'onere della prova della corretta informazione); dall'altro si è introdotta un'ampia facoltà di accesso da parte del paziente al proprio *dossier médical*.

¹⁹⁹ A conferma di tale impostazione, è stata richiamata (BELLIVIER – ROCHFELD, *Op. ult. cit.*, 583) la nuova formulazione dell'art. L. 1111-4, al. 1, c.s.p., il quale dispone che «toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé»: esso invero adombra l'idea che vi sia una sorta di vera e propria co-decisione tra medico e paziente sulle attività terapeutiche e quindi una corrispondente ripartizione tra essi di responsabilità. Tuttavia, secondo le AA. richiamate, la possibilità di tale co-decisione sarebbe da respingere perché impraticabile, data l'immanente disparità di competenze che sussiste tra medico e paziente («si, en revanche, le texte [l'art. L. 1111-4, al. 1, c.s.p.] signifie qu'il y a véritable co-décision, alors il n'a guère de sens car on ne voit pas comment le patient pourrait avoir à assumer juridiquement les conséquences de sa décision (...) s'il est assurément bon de postuler une égalité formelle entre ces deux partenaires, puis de créer les conditions d'une égalité réelle au moyen d'une véritable politique d'information, il est en revanche illusoire d'imaginer que se mette en place une égalité des compétences»).

²⁰⁰ In effetti proprio BELLIVIER – ROCHFELD, *Op. ult. cit.*, 583, evidenziano il paradosso, nel momento in cui il legislatore e i giudici tentano in ogni modo di riequilibrare contratti concretamente diseguali (quelli di consumo e di lavoro), di considerare il contratto di cura come contratto concluso tra parti libere e responsabili.

²⁰¹ A difesa del *contrat médical* si schiera anche Mémeteau (MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 333 ss.).

4. La qualificazione della responsabilità medica dopo la l. n. 2002-303. Le posizioni della dottrina

L'altro ramo del dibattito che ha animato la dottrina francese all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 2002-303 è quello relativo alla natura della responsabilità del medico e della struttura.

Il confronto è stato molto acceso: le posizioni in dottrina restano tuttora distinte²⁰² e la giurisprudenza non ha ancora fornito risposte soddisfacenti. Per quanto riguarda la dottrina paiono individuabili quattro differenti posizioni.

Una prima tesi ritiene che dopo la l. n. 2002-303 la responsabilità del medico debba qualificarsi come extracontrattuale²⁰³, in considerazione dell'avvenuta previsione normativa dei doveri professionali cui egli è tenuto.

Una seconda tesi, che può essere considerata una variante della prima, ritiene, sempre in considerazione della determinazione in via normativa degli obblighi del medico, di avvicinare la sua responsabilità a quella del notaio e affermarne la natura «legale»²⁰⁴. Anche il notaio infatti, come il medico, è scelto autonomamente dal cliente ed è a questi legato da un rapporto fiduciario. Tuttavia in Francia la responsabilità del notaio è ritenuta essere extracontrattuale, poiché consiste nella violazione di doveri imposti dalla legge e costituenti il contenuto della funzione pubblica di tale professione. Secondo l'opinione in esame, dunque, a seguito della l. n. 2002-303 la posizione del medico sarebbe in qualche modo assimilabile a quella del notaio, salvo solo definire «legale» anziché extracontrattuale la responsabilità del sanitario, in quanto il legislatore ha disciplinato per quest'ultimo, oltre ai doveri professionali, anche le condizioni della responsabilità²⁰⁵.

²⁰² Alla posizione, già esaminata, di chi (BELLIVIER – ROCHFELD, *Op. ult. cit.*, 576 ss.) continua ad affermare la centralità del contratto (e dunque della responsabilità contrattuale) anche dopo il 2002, si contrappone quella di chi (DREIFUSS-NETTER, *Fene la responsabilité civile contractuelle du médecin?*, cit., 4 ss. e BERT, *Fene l'arrêt Mercier!*, cit., 1801) ritiene che dopo il 2002 non vi sia più spazio per il *contrat médical* e per la responsabilità contrattuale.

²⁰³ JOURDAIN, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, in *RTD civ.*, 2010, 573.

²⁰⁴ DREIFUSS-NETTER, *Fene la responsabilité civile contractuelle du médecin?*, cit., 7.

²⁰⁵ La tesi da ultimo riportata, inoltre, pare restringere il perimetro della *faute*. Essa invero ritiene che la *faute* sussiste solo allorché si riscontri la violazione di uno degli obblighi («statutari») previsti dalla legge, mentre al di fuori di questi non si potrebbe parlare di *faute* e del danno dovrà farsi carico la collettività (sempre che ricorrano i presupposti per il suo indennizzo). In altri termini, la previsione legale dei compiti del medico starebbe a indicare che al di fuori di quei doveri si rientrerebbe nel campo della c.d. *aléa thérapeutique* il cui costo non può esser fatto gravare sul professionista.

Sulla scia di tale riflessione, una terza opinione ritiene che ci si trovi di fronte a una responsabilità professionale autonoma²⁰⁶ che, aggiungono altri, dovrebbe addirittura essere generalizzata in via normativa a vantaggio di tutti i professionisti, trattandosi di fattispecie distinta sia dalla tradizionale responsabilità contrattuale che da quella extracontrattuale. Ciò in quanto le obbligazioni dei professionisti non avrebbero natura contrattuale ma sarebbero in realtà vere e proprie norme di comportamento che si fondano sulla legge e non sull'accordo (tanto che il loro inserimento nel contratto costituirebbe una forzatura)²⁰⁷.

Infine, una quarta tesi ritiene che, anche successivamente alla l. n. 2002-303, la responsabilità del medico e della struttura continui ad avere natura contrattuale²⁰⁸. A tal proposito si osserva, in primo luogo, che la natura legale dei nuovi doveri introdotti per il medico non può costituire da sola indice della specie della responsabilità: quei doveri, a ben vedere, non sono altro che obbligazioni inserite nel contratto di cura da norme imperative, la cui violazione, dunque, comporta pur sempre responsabilità contrattuale. In secondo luogo si evidenzia che la qualificazione come legale della responsabilità si rivela insufficiente nella misura in cui prende in considerazione la semplice violazione dei doveri (*rectius*: obbligazioni) previsti dalla legge, lasciando insoluta la questione della disciplina di tutto ciò che la legge non regola ma che le parti, nella loro autonomia, possono prevedere all'interno del rapporto tra di esse instaurato.

²⁰⁶ MALAURIE – AYNÈS – STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, cit., 175-177, secondo i quali «la responsabilité du médecin paraît désormais devoir se fonder sur ces textes spéciaux et ne devrait plus se fonder sur un “contrat médical” relevant du droit commun, dont le caractère artificiel avait été relevé depuis longtemps. (...) La loi nouvelle semble ainsi avoir établi une responsabilité professionnelle autonome, en la soustrayant aux fluctuations de la frontière séparant obligations de moyens et de résultat, tout en unifiant le régime de responsabilité en droit privé et en droit public (hôpitaux)».

²⁰⁷ BERT, *Fene l'arrêt Mercier!*, cit., 1802. Queste le parole esatte dell'A.: «en ce qui concerne les activités professionnelles organisées, les obligations artificiellement rattachées au contrat par un procédé bien connu de “forçage” traduisent en réalité de véritables normes de comportement. Partant, elles ne peuvent tirer leur fondement que de la loi et non de l'accord des parties. Les responsabilités civiles notariale et médicale préfigurent l'émergence d'un nouvel ordre de responsabilité. Le temps n'est-il pas venu de consacrer *de lege ferenda* une responsabilité civile professionnelle autonome (...) détachée de l'opposition obsolète et inique entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle?».

²⁰⁸ BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, cit., 947 ss.

4.1. Segue. *Le posizioni della giurisprudenza. In particolare: la posizione che applica l'art. 1382 c.c. (ora art. 1240 c.c.) alla violazione del dovere d'informazione del paziente*

Guardando alle posizioni della giurisprudenza in punto di qualificazione della responsabilità del medico e della struttura successivamente alla riforma del 2002, è da constatare la persistenza di un atteggiamento di ambiguità nella motivazione delle sentenze che non contribuisce a fare chiarezza.

In alcune pronunce, infatti, la Corte di cassazione ha fondato la propria decisione richiamandosi all'art. L. 1142-1 c.s.p. anziché all'art. 1147 *code civil*²⁰⁹ che pure era stato invocato dai ricorrenti sul presupposto che sussistesse un rapporto contrattuale tra le parti²¹⁰. Sennonché la variazione della norma di riferimento ai fini della decisione non appare dirimente, perché la Corte non si pronuncia apertamente sulla sua portata in punto di qualificazione della responsabilità, limitandosi solo a indagare la presenza, nei casi di specie, della *faute* quale presupposto richiesto dalla disposizione per l'affermazione della responsabilità²¹¹. Non pare allora che il richiamo che la Corte fa all'art. L. 1142-1 c.s.p. possa essere interpretato come adesione dei giudici alla tesi della natura «legale» della responsabilità medica (ammesso che davvero si possa discorrere di un *tertium genus* di responsabilità)²¹².

²⁰⁹ Corrispondente all'art. 1218 del codice italiano e, dopo la riforma del 2016, all'art. 1231-1 *code civil*.

²¹⁰ V. Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2010, n. 09-10992, in *Rec. Dalloz*, 2010, 1522, *note* SARGOS; Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2010, n. 09-69195, in *Rec. Dalloz*, 2010, 2682, *note* SARGOS; in *RTD civ.*, 2011, 128, *obs.* JOURDAIN. Successivamente v. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n. 11-19265 in *Rec. Dalloz*, 2012, 1736.

²¹¹ Secondo Girer, invece (MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 362 ss.), tali sentenze testimonierebbero della tendenza della giurisprudenza a una progressiva messa in discussione del fondamento contrattuale della responsabilità medica.

²¹² La dottrina infatti ritiene che non sia possibile assimilare il modello della l. n. 2002-303 a quello della l. n. 85-677 del 5 luglio 1985 (che crea un regime speciale di indennizzo per le vittime di incidenti stradali): cfr. MÉMETEAU – GIRER, *Op. ult. cit.*, 602 e 613, nonché lo stesso DREIFUSS-NETTER, *Fene la responsabilité civile contractuelle du médecin?*, cit., 7, il quale pure qualifica «legale» la responsabilità derivante dalla l. n. 2002-303. Del resto, come si dirà oltre, la creazione di regimi particolari per l'indennizzo di determinati pregiudizi non incide sulla qualificazione del rapporto tra danneggiante e danneggiato; «de fait qu'ils appliquent aussi bien en présence qu'en l'absence de contrat entre l'auteur et la victime du dommage ne signifie pas qu'ils constituent un troisième ordre de responsabilité, "transcendant" les deux autres» (LE TOURNEAU – CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, Paris, 2002-2003, § 3309, citato da GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., 97).

Ad ogni modo, a fronte di sentenze che hanno invocato l'art. L. 1142-1 c.s.p., altre hanno continuato a invocare l'art. 1147 *code civil*²¹³; inoltre va dato atto di quell'orientamento che ha richiamato addirittura l'art. 1382 *code civil*²¹⁴ (ossia la responsabilità aquiliana), e che taluna dottrina ha innalzato a rappresentativo di una tendenza generale della giurisprudenza.

In particolare si tratta di quel filone di sentenze che, a partire dal 2010, ha dato vita a un vero e proprio *revirement* rispetto all'impostazione precedente, invocando l'art. 1382 *code civil* (anziché l'art. 1147) quale norma di disciplina in ipotesi di violazione del dovere d'informazione del paziente²¹⁵. Ciò sul presupposto che il diritto all'informazione non avrebbe più (come in passato) fonte in un'obbligazione contrattuale, bensì, tenuto conto anche degli artt. 16 e 16-3, *alinéa* 2, del *code civil* (che tutelano la persona umana sancendo la necessità del consenso per gli atti che incidono sull'integrità fisica²¹⁶), esso andrebbe considerato un diritto della personalità, la cui violazione, consistendo nella lesione di un diritto riconosciuto dalla legge a ogni individuo, va sanzionata indipendentemente dall'esistenza di un contratto, dando quindi luogo a responsabilità extracontrattuale²¹⁷.

Di conseguenza taluna dottrina, visto anche che a seguito della riforma del 2002 il diritto all'informazione è stato espressamente disciplinato dall'art. L. 1111-2 c.s.p., ha interpretato il *revirement* in parola come un primo segnale dell'adesione della giurisprudenza all'idea che la responsabilità medica tutta abbia natura

²¹³ Cass. 1^{re} civ., 1^{re} juillet 2010, n. 09-15404 (in www.legifrance.gouv.fr); Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2010, n. 09-68471 (in www.legifrance.gouv.fr); Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2013, in *JCP*, 2013, n. 762, *note* SARGOS.

²¹⁴ Ora art. 1240.

²¹⁵ La prima sentenza in tal senso è Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n. 09-13951, in *Rec. Dalloz*, 2010, 1522, *note* SARGOS; in *RTD civ.*, 2010, 571, *note* JOURDAIN. Nel caso di specie la Corte ha cassato la sentenza d'appello che aveva respinto la domanda di risarcimento dei danni avanzata, sul fondamento degli artt. 16-1, 16-2 e 1147 *code civil*, da un paziente per non essere stato informato dei rischi che l'intervento avrebbe comportato. A tale sentenza hanno fatto seguito Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2011, n. 10-21241, in www.legifrance.gouv.fr; Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2012, n. 10-24.447, in www.legifrance.gouv.fr, le quali per la verità si richiamano ai soli artt. 16 e 16-3 del *code civil*; Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012, n. 11-18.327, in *Bull. civ.*, 2012, I, n. 129.

²¹⁶ Tali disposizioni sono inserite nel capitolo dedicato al rispetto del corpo umano e prevedono rispettivamente che «la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie» (art. 16) e «le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir» (art. 16-3, *alinéa* 2)

²¹⁷ A dire il vero già in Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 2001, in *JCP G*, 2002, II, 10045, *note* CACHARD, la Corte aveva affermato che il dovere d'informazione «trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine».

extracontrattuale (in virtù della fonte legale dei doveri del medico)²¹⁸; altra, invece, l'ha inteso come prova dell'ormai avvenuta de-contrattualizzazione delle obbligazioni che connotano la relazione di cura²¹⁹. Tuttavia, come si dirà, nessuna di queste letture appare soddisfacente.

Quanto alla prima, in effetti, affermare che il diritto all'informazione è un diritto della personalità pare in contrasto con la circostanza che l'informazione presuppone necessariamente la sussistenza di una relazione: essa non è cioè un bene che può essere goduto a prescindere da una forma di collaborazione altrui²²⁰. Inoltre non dovrebbe rilevare, ai fini della qualificazione della responsabilità, il fatto che il diritto all'informazione sia espressamente riconosciuto dalla legge (attraverso il *code civil* e il *code de la santé publique*²²¹), posto che la previsione legale di un diritto e di un correlativo dovere, non è incompatibile con il loro innesto in una relazione contrattuale²²². Ancora, andrebbe pure osservato che in talune delle fattispecie in cui la Cassazione ha utilizzato l'art. 1382 *code civil* non era neppure applicabile, *ratione temporis*, la l. n. 2002-303²²³, il che smorza notevolmente il presunto legame tra la qualificazione come aquiliana della responsabilità del medico e l'introduzione della riforma. Così come quel legame è smorzato dal rilievo che l'orientamento giurisprudenziale in parola è stato affermato per il solo aspetto della violazione del dovere

²¹⁸ Proprio con riguardo alla prima sentenza che ha avviato il *revirement* si è detto che «une telle transformation pourrait d'ailleurs affecter la responsabilité médicale toute entière» (JOURDAIN, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, cit.).

²¹⁹ Questo è il pensiero di Girer (cfr. MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 362 ss.).

²²⁰ È vero che la lesione del diritto all'informazione produce la lesione di diritti della persona (*in primis* la salute), ma ciò non significa che anche il diritto all'informazione sia un bene da tutelare *erga omnes*. Inoltre, a essere precisi, affermare in generale la natura aquiliana della responsabilità da mancata informazione sul solo presupposto che il diritto all'informazione è un diritto della personalità significa, di fatto, determinare la natura della responsabilità in base alla natura del bene leso; per cui, ponendosi in tale ottica, dovrebbe dirsi che la responsabilità medica è sempre extracontrattuale in quanto il bene che quasi sempre viene offeso è l'integrità fisica, anch'essa tutelata a prescindere dall'esistenza di un contratto.

²²¹ Cfr. l'art. L. 1111-2 c.s.p.

²²² Si chiede Mémeteau (MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 334), a proposito dell'affermazione, contenuta in una sentenza della Corte d'appello di Poitiers, secondo cui la l. n. 2002-303 ha trasformato il dovere di informazione del medico in diritto del malato: «mais, l'obligation de l'un ne devient-elle pas la créance de l'autre, dans le contrat? Et, s'il y a créance du patient, il y a dette du praticien».

²²³ Primo tra tutti, il caso di Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, cit. Diversamente Girer (MÉMETEAU – GIRER, *Op. ult. cit.*, 358) afferma che proprio il fatto che la l. n. 2002-303 non fosse applicabile alla fattispecie oggetto di decisione rafforzerebbe la qualificazione come extracontrattuale della violazione delle regole sul consenso.

d'informazione²²⁴. Ma soprattutto, contro ogni tentativo di estensione della portata dell'orientamento in questione, va tenuto presente che l'idea di considerare la violazione dell'obbligo informativo come illecito extracontrattuale è stata dettata da motivazioni affatto peculiari, legate alla volontà di non lasciare priva di sanzione la mancata prospettazione al paziente dei rischi di un intervento o di una terapia pur quando (questo è il punto) non vi fossero alternative alla loro effettuazione²²⁵. Da tutto ciò si deduce, in definitiva, che non appare possibile obliterare del tutto il profilo relazionale dell'obbligazione, ossia il fatto che la prestazione terapeutica, per sua stessa natura, non può che svolgersi all'interno di un rapporto, sia esso stato instaurato dal paziente, sia esso nato per effetto di regole ordinamentali che impongono a medici o strutture di intervenire in determinate situazioni; e una tale relazione, evidentemente, non può rimanere irrilevante ai fini della qualificazione della responsabilità²²⁶.

²²⁴ In effetti SARGOS nella propria nota di commento alla pronuncia del 3 giugno 2010 (in *Rec. Dalloz*, 2010, 1522), qualifica «storica» la sentenza, ma avendo cura di precisare che il cambiamento di natura della responsabilità riguarda la sola violazione dell'obbligo di informazione.

²²⁵ Si legge infatti nel Rapporto annuale per l'anno 2014 della *Cour de cassation* (in www.legifrance.gouv.it) che, prima di tale *revirement*, ai fini del risarcimento del danno nei casi di mancata informazione (per perdita di *chance*) il giudice doveva effettuare una prognosi (postuma) sulla possibilità che il paziente, ove correttamente informato, avesse rifiutato l'intervento. Ciò però, si obiettava, comportava in primo luogo che il risarcimento che si riconosceva per l'eventuale danno (che il paziente avrebbe evitato se avesse rifiutato l'intervento) era necessariamente parziale, perché in sostanza veniva risarcita la sola perdita della *chance* di subire il danno, e non invece il danno *tout court* (a prescindere, ovviamente, dal fatto che esso fosse dovuto a colpa); e in secondo luogo che (specialmente ove si fosse ritenuto che il paziente avrebbe comunque consentito al trattamento per assenza di alternative) il medico, che pur non aveva informato il paziente, poteva andare esente da responsabilità, pur avendo violato un obbligo legale. Ecco che, si legge nel Rapporto, con la sentenza del 3 giugno 2010 si è considerato il diritto all'informazione come diritto autonomo che, ai sensi dell'art. 1382 *code civil* «le juge ne peut laisser sans réparation». Così, se non si fornisce al paziente l'informazione sui rischi fisiologici di un intervento impedendogli di «prepararsi» ad affrontarli, laddove il danno legato a tali rischi si verifici, il paziente verrà risarcito di un «préjudice d'impréparation». In questo senso v., più di recente, Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2014, n. 12-22.123, in *Bull. civ.*, 2014, I, n. 13, ove si legge che «indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation». Che il pregiudizio «que le juge ne peut laisser sans réparation» cui la sentenza del 2010 si riferiva fosse non già quello legato alla realizzazione dei rischi fisiologici, ma, più propriamente, quello morale («préjudice d'impréparation»), lo rilevava già JOURDAIN, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, cit., 573, richiamandosi al pensiero di PENNEAU, note sous CA. Angers, 11 septembre 1998, in *Rec. Dalloz*, 1999, 48.

²²⁶ L'unico caso in cui si potrebbe considerare il danno provocato dall'erronea prestazione di cure come danno extracontrattuale è quello del danno lamentato dai parenti della

Quanto alla lettura che vede nel *revirement* del 2010 la prova, se non dell'adesione *in toto* della giurisprudenza alla tesi della responsabilità aquiliana, quantomeno della de-contrattualizzazione della sola obbligazione d'informazione, si potrebbe obiettare che tale conclusione porterebbe all'assurdo risultato di smembrare il contratto. In effetti, se certamente l'obbligo d'informazione ha la sua base nella dignità e nei diritti fondamentali della persona, non per questo esso può essere artificiosamente scisso dall'obbligo di fornire cure conformi ai dati acquisiti dalla scienza, del quale costituisce l'ineliminabile prerequisite. In altre parole, gli obblighi come quello d'informare (o quello del segreto e gli altri simili), sono inscindibilmente connessi all'obbligo di cura, sì che non sarebbe pensabile affermarne l'estraneità rispetto al contratto. Tutt'al più si dirà che essi lo arricchiscono attraverso il fenomeno dell'integrazione contrattuale, ma non si potrà ridurre il contratto a un semplice appuntamento finalizzato al pagamento del compenso²²⁷.

In definitiva, anche a prescindere dalla bontà nel caso concreto della soluzione giurisprudenziale che applica l'art. 1382 *code civil* alla violazione del consenso informato, tale conclusione non dovrebbe ritenersi estensibile all'intero ambito della responsabilità conseguente a erronea prestazione di cure. In questo senso, del resto, militano quelle pronunce della Cassazione, richiamate in precedenza, che hanno continuato a richiamare, a fondamento della responsabilità, l'art. 1147 *code civil*²²⁸, dimostrando quindi che la relazione di cura,

vittima, per la lesione del loro rapporto con essa. Peraltro si tratterebbe di un danno la cui risarcibilità comporta, sul piano dogmatico, un'innegabile criticità (trascurata dalla giurisprudenza), dato che, come rilevato da Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372 (in *Foro it.*, 1995, I, 3297), «l'evento di danno ai familiari sarebbe messo in conto all'autore in base ad una valutazione "allargata" della colpa commessa nei confronti di un altro soggetto, titolare del bene (vita) protetto dalla regola di condotta violata». I congiunti, cioè, come osservato in dottrina, starebbero «oltre l'ambito di tutela che l'offesa subita dalla vittima è in grado di innescare», e ciò sul piano sia della colpa, sia della causalità (CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, cit., 300). In ogni caso, si tratta comunque di un pregiudizio che colpisce persone diverse dal destinatario della prestazione, le quali infatti non sono parti della relazione di cura.

²²⁷ Scrive Mémeteau (MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 334): «nous constatons que l'information, le choix du traitement, l'assentiment à son application sont indivisibles. C'est pour choisir en connaissance des chances et des risques du traitement que le patient est informé. Aussi peut-on se tenir sur le terrain contractuel tout en reconnaissant son enrichissement par les semences légales et déontologiques».

²²⁸ Cfr. Cass. 1^{re} civ., 1^{re} juillet 2010, n. 09-15404, cit., di poco successiva a Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, relativa alla responsabilità di un dentista. In tale occasione, pur essendo i fatti avvenuti nel 2003 (quindi in un momento in cui avrebbe dovuto applicarsi la l. n. 2002-303) i giudici censurano la decisione d'appello per violazione (non dell'art. 1382 *code civil*, né dell'art. L. 1142-1 c.s.p., ma) dell'art. 1147 *code civil*. V. altresì Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2010, n. 09-68471, cit., in cui i giudici hanno confermato la condanna d'appello di un medico fondata sull'art. 1147 *code civil*, nonché Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2013, n. 21-338, cit. Per la verità va detto che Girer (MÉMETEAU – GIRER, *Op. ult. cit.*, 359) riconosce l'indecisione della giurisprudenza sul

pur dopo la l. n. 2002-303, può continuare a essere regolata dal contratto e che la responsabilità in quest'ambito, di conseguenza, può continuare a essere contrattuale²²⁹.

5. *La faute come criterio ambivalente riferibile a entrambe le forme di responsabilità e la perdurante vitalità del contrat médical*

Giunti a questo punto, esaminati i contrasti della dottrina e rilevate le incertezze della giurisprudenza, ci si potrebbe chiedere quale sia il significato da dare al richiamo della *faute* quale unico criterio di responsabilità, e se sia effettivamente possibile parlare di unificazione delle specie di responsabilità²³⁰.

Si può iniziare dicendo che la risposta a tale ultimo quesito pare essere negativa. Invero la tesi per cui la *faute* potrebbe agglutinare le due forme di cui si compone la responsabilità civile sembra fondarsi sull'idea che, indipendentemente dal contesto in cui si trovano le parti (sia cioè esso contrattuale o extracontrattuale), la responsabilità del medico o della struttura deriva pur sempre dalla violazione delle regole dell'*ars medica* o comunque di quelle regole tecniche previste per l'esercizio dell'attività²³¹, di modo che se il medico (o la struttura) sbaglia e provoca un danno, di quest'ultimo deve rispondere senza che abbia importanza sapere se a monte della condotta c'è o non c'è un contratto²³². Sul

fondamento da dare alla responsabilità medica; tuttavia l'A. ritiene che il richiamo all'art. 1147 *code civil* sia destinato a sparire, almeno per quanto riguarda la responsabilità per mancata informazione del paziente.

²²⁹ Secondo BACACHE-GIBELLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, cit., 947 ss., se anche si dovesse ritenere che sia stata de-contrattualizzata l'obbligazione d'informazione (cosa che comunque a nostro avviso non è), ciò non metterebbe in discussione l'esistenza del contratto («la dé-contractualisation d'une obligation accessoire ne signifie pas la disparition même du rapport contractuel»). Invero l'obbligazione principale del *contrat médical* è quella di cura, e sulla natura della responsabilità per la sua violazione la sentenza del 2010 non si è espressa. Non condivide invece la possibilità di de-contrattualizzare l'obbligazione d'informazione Mémeteau (MÉMETEAU – GIRER, *Op. ult. cit.*, 335), secondo il quale «la transcendance de la dignité humaine inspirant l'information n'est pas exclusive du contrat entre deux hommes. Le contrat lui laisse l'affirmation juridique d'une identité humaine qu'un "statut" (lequel?) renverserait. Le contrat lui permet de dire "je"; il lui permet d'exercer son libre choix».

²³⁰ Si potrebbe ritenere che l'idea dell'unificazione sia stata in qualche modo suggerita anche dall'identità terminologica del criterio della *faute* con l'art. 1382 *code civil* (ora art. 1240), il quale, ricordiamo, recita «tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».

²³¹ Regole ora in gran parte previste dal *code de la santé publique*.

²³² L'idea, in fondo, riprende quella già espressa a suo tempo da J. SAVATIER, *Étude juridique de la profession libérale*, cit., 220 (citato da MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 327), e secondo la quale «est l'exercice même de la profession et non le contrat qui entraîne les principales obligations du professionnel».

medesimo assunto infatti si fondano anche le critiche mosse alle discriminazioni che si verrebbero a creare tra soggetti ugualmente danneggiati dall'attività medica (ad esempio il paziente e il terzo) a seconda che ad essi vengano applicate le regole della responsabilità contrattuale o quelle della responsabilità aquiliana.

Tuttavia un tale modo d'intendere la *faute* appare viziato all'origine da un equivoco, e precisamente da quello consistente nel confondere la violazione delle regole tecniche che connotano l'esercizio della professione o dell'attività con il fatto generatore della responsabilità. Quest'ultimo, infatti, è e resta ontologicamente diverso nelle due specie di responsabilità, indipendentemente dal fatto che possa scaturire da una condotta materialmente identica nei due casi (e precisamente dalla violazione delle regole tecniche). Un conto infatti è la mancata o inesatta esecuzione di un vincolo in precedenza assunto, altro è il danno provocato al di fuori di qualsiasi relazione (obbligatoria) con altri. Che alla base dell'inadempimento del vincolo vi sia un fatto (la violazione delle regole tecniche) che di per sé può produrre danno anche se realizzato fuori da una relazione obbligatoria²³³, non comporta amalgama delle forme di responsabilità. Invero la definizione di queste ultime poggia su un'ineliminabile diversità di atteggiamento della relazione tra i soggetti coinvolti. Né si potrebbe pensare a un accorpamento delle specie di responsabilità per il solo ambito sanitario, perché si tratterebbe di imprecisione, dato che la semplice circostanza che tanto l'inadempimento quanto il danno aquiliano derivino dalla violazione di norme tecniche rappresenta un mero fatto, che come tale lascia invariata la struttura delle responsabilità. Le medesime considerazioni varrebbero, poi, anche ove non di accorpamento ma di *tertium genus* di responsabilità si volesse discorrere. Insomma, nell'attività medica, così come in altre prestazioni professionali, si potrà anche affermare, semplicisticamente, che alla base del danno vi è (quasi) sempre la violazione delle regole tecniche; ma ciò, oltre a non unificare o creare alcunché²³⁴, rimane una constatazione di fatto. Nelle obbligazioni cc.dd. di comportamento (qual è quella di cura) infatti, la violazione della regola di comportamento costituisce già di per sé inadempimento, e non invece criterio di imputazione del fatto, come accade nella responsabilità aquiliana.

In definitiva, ritenere che la previsione dell'elemento della *faute* (intesa come violazione delle regole dell'*ars*) abbia prodotto un'unificazione delle due

²³³ Ammesso che ciò sia realmente ipotizzabile per l'attività medica.

²³⁴ È evidente che l'equivoco nasce perché le regole tecniche sono legate non al tipo di situazione esistente tra le parti (contrattuale o non contrattuale), ma alla persona di una di esse (il professionista), e ne connotato l'attività in qualunque contesto venga esercitata. Per questo, volendo, a confutare l'idea in parola basterebbe considerare quelle obbligazioni contrattuali non dettate dalle regole dell'*ars medica* e quindi non costituenti anche comportamenti da rispettare *erga omnes*.

aree di responsabilità è fuorviante²³⁵. Né, va aggiunto, potrebbero in contrario rilevare elementi quali l'introduzione di un termine di prescrizione specifico per la materia o la previsione che pone in capo al medico l'onere della prova di aver informato il paziente: si tratta, all'evidenza, di elementi di uniformazione del solo regime operativo della responsabilità, i quali non solo non incidono sul suo fondamento, ma sono applicabili qualunque sia di essa, nel caso concreto, la specie²³⁶.

Pare corretto ritenere, allora, che la ragione dell'introduzione del criterio della *faute* stia nella sola volontà di evitare che, attraverso il fenomeno delle *obligations de sécurité*, il medico o la struttura siano chiamati a rispondere in via oggettiva in ipotesi più numerose di quelle espressamente previste dalla legge²³⁷. Un tale obiettivo risponderebbe al duplice fine di non gravare tali soggetti di oneri risarcitori eccessivi e di rendere omogenea la valutazione della loro responsabilità tanto in ambito amministrativo (ove siano coinvolte le strutture pubbliche) quanto in ambito civile (ove siano coinvolte le strutture private). Una conferma in tal senso si potrebbe rinvenire nel fatto che la legge circoscrive la necessità della *faute* a quei soli danni che siano conseguenza di atti di prevenzione, diagnosi o cura, il che legherebbe la sussistenza della *faute* alla violazione delle regole poste

²³⁵ Per la critica alla possibilità di *reductio ad unum* delle specie di responsabilità di diritto civile nell'ordinamento italiano, v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 449 ss.

²³⁶ Un elemento ulteriore di ravvicinamento del regime operativo delle responsabilità è dato dal fatto che nel sistema francese è l'attore (dunque il paziente) che deve provare l'inadempimento del debitore, allo stesso modo in cui, in ambito extracontrattuale, è il danneggiato a dover provare la colpa del danneggiante. Con riguardo al fatto che uniformazione del regime non significa unificazione delle responsabilità v. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., 96, la quale, pur predicando l'abbandono del *contrat médical* (e tanto più a seguito della l. n. 2002-303), mette tuttavia in guardia dall'errore insito nel confondere la natura della relazione tra danneggiante e danneggiato con il regime d'indennizzo del pregiudizio; «ainsi», precisa, «il faut admettre que les lois d'indemnisations ne remettent pas en cause la qualification contractuelle ou délictuelle de la relation», anche se l'A. osserva che la loro moltiplicazione testimonia la crescente indifferenza del legislatore francese per la reale natura della relazione tra vittima e autore del danno, quando non addirittura la voluta ignoranza della *summa divisio* tra responsabilità aquiliana e contrattuale. V. inoltre, a sostegno dell'idea espressa nel testo, le parole (riportate da GIRER, *Op. ult. cit.*, 104) di LARROUMET, *Pour la responsabilité contractuelle*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 543 ss., spec. 553, secondo il quale «il ne faudrait pas croire que l'unification a pour objet de substituer une responsabilité légale, qui serait neutre du point de vue de la qualification, aux deux responsabilités contractuelle et délictuelle. En réalité, il n'y a pas d'unification quant à la nature de la responsabilité, il n'y a qu'une unification des régimes, ce qui, certes, atténue très considérablement les différences, mais ne les supprime pas complètement puisque, sauf unification internationale du droit applicable, il faudra bien qualifier la responsabilité pour déterminer la loi qui lui est applicable».

²³⁷ Casi che corrispondono infatti a ipotesi in cui la giurisprudenza riteneva sussistente una *obligation de sécurité*, come per esempio il danno da infezione nosocomiale.

dal *code de la santé publique* (anche se il riferimento ad esso non andrebbe inteso come esclusivo), per di più attribuendo in tal modo al risarcimento una valenza *latu sensu* sanzionatoria.

È dunque da condividere l'opinione secondo cui il riferimento alla *faute* va considerato neutro sotto il profilo della qualificazione della responsabilità, risultando compatibile sia con la responsabilità contrattuale che con quella extracontrattuale²³⁸. La riforma, cioè, non avrebbe operato alcuna rivoluzione sotto il profilo della distinzione tra le due specie di responsabilità²³⁹, potendosi parlare di *faute* in entrambi i casi²⁴⁰, pur mantenendo distinto il contenuto da assegnare all'espressione²⁴¹. In quest'ottica, la questione diverrebbe allora quella di

²³⁸ Cfr. MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 331, ove il primo degli Autori scrive che «la loi est neutre ou, plutôt, transcende les types de relation thérapeutique pour leur appliquer – pour confirmer – un principe de responsabilité pour faute sauf exception [salvo quelle espresse, diremmo] et, tel est son principal objet, instituer un système d'indemnisation solidaire en l'absence de cause de responsabilité». Di ciò l'A. trae conferma dai lavori preparatori della l. n. 2002-303, dai quali emerge che gli autori della riforma non hanno inteso prendere posizione *pro* o contro la responsabilità contrattuale (che in precedenza, a partire dall'*arrêt Mercier*, costituiva il modello di riferimento). Mémeteau ricorda come uno dei promotori della legge, l'ex Ministro Claude Évin («supposé tout de même connaître sa loi»), nella pubblicazione tratta dalla propria tesi di dottorato (relativa ai diritti degli utenti del sistema sanitario), confermi la permanenza del *contrat médical* e della responsabilità contrattuale, e che nemmeno il Ministro Kouchner aveva messo in discussione il principio del contratto davanti all'Assemblea nazionale. La previsione di una responsabilità per *faute*, osserva ancora l'A., non è quindi incompatibile con il contratto e con la responsabilità contrattuale, dal momento che «est évident que toute responsabilité professionnelle est "légale" en ce sens qu'elle procède d'un manquement à un devoir "professionnel" imposé par la loi, la déontologie, les usages». Le obbligazioni professionali (ossia le regole tecniche della professione) evidentemente preesistono a qualsiasi forma giuridica assuma la relazione terapeutica, per cui «on ne peut parler d'obligation "légale" que formellement, parce qu'un jour un législateur l'a confirmé». Sull'ambivalenza del termine *faute* v., in giurisprudenza, Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1989, in *Resp. civ. assur.*, 1/1990, 8, comm. 22, secondo la quale «la responsabilité délictuelle édictée par l'article 1382 du Code civil suppose la réunion des mêmes conditions que la responsabilité fondée sur un manquement à une obligation contractuelle de moyens», per cui «l'erreur commise par une Court d'appel (qui a condamné un médecin sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil) n'a donc aucune incidence sur la décision qu'elle a prononcée».

²³⁹ Scrive sempre Mémeteau (MÉMETEAU – GIRER, *Op. ult. cit.*, 331) che «s'appuyer sur l'article L. 1142-1 CSP n'ajoute-t-il rien aux principes de la responsabilité médicale, sauf pour permettre de recentrer la faute dès lors que l'on est assuré de la prise en charge des conséquences de la réalisation de l'aléa médical».

²⁴⁰ Utilizza il termine *faute* per riferirsi alla responsabilità contrattuale BACACHE-GIBEILL, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, cit., 1022; l'A., interrogandosi sulla perdurante ammissibilità, nel vigore della nuova legge, di una responsabilità contrattuale per fatto altrui, afferma che «la violation de l'obligation, qu'elle procède du fait personnel du débiteur ou du fait d'un tiers qu'il a introduit dans l'exécution du contrat, constitue une faute de nature à engager la responsabilité personnelle du professionnel de santé». Sul punto v., più in generale, FLOUR – AUBERT – SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, cit., § 198.

²⁴¹ Non è chiaro invece il pensiero di BACACHE-GIBEILL, *Op. ult. cit.*, 945, allorché afferma che la distinzione tra la *faute délictuelle* e la *faute contractuelle* starebbe nel fatto che «si la

capire come il criterio della *faute* vada inteso nei due ambiti in cui si trovi a operare²⁴².

In definitiva affermare che il medico o la struttura rispondono per *faute* non significa accantonare la necessità di qualificare il rapporto al cui interno il danno è stato provocato né, conseguentemente, accantonare la distinzione tra le due specie della responsabilità²⁴³. Di conseguenza è ben possibile, pur dopo la l. n. 2002-303, continuare a qualificare come contrattuale la relazione di cura²⁴⁴. Ciò perché, anche a voler porre l'accento sulla natura legale degli obblighi previsti per medico e struttura, resterebbe sempre il problema dell'inquadramento da dare all'eventuale contenuto della relazione diverso da quello strettamente terapeutico (si pensi a pattuizioni tra paziente e casa di cura – privata – relative a particolari modalità di degenza o di assistenza, per esempio nei casi di persone non del tutto

faute délictuelle représente l'écart de la conduite observé par rapport à un standard de référence, à savoir le médecin placé dans les mêmes circonstances et exerçant la même spécialité, la *faute contractuelle* est en revanche plus large, puisqu'elle s'étend à la violation de l'obligation contractuelle, que cette violation résulte du fait personnel du médecin ou du fait d'un tiers préposé, substitut ou auxiliaire», così che se in ambito contrattuale il debitore è responsabile anche ove l'inadempimento dipenda da un terzo di cui egli si avvalga, altrettanto non avverrebbe in ambito aquiliano, dato che «la qualification délictuelle ferait obstacle à la responsabilité médicale du fait d'autrui et constituerait un recul dans le droit des victimes». Probabilmente il presunto ostacolo deriva dalla difficoltà di considerare il medico, in virtù dell'autonomia che connota l'esercizio della sua professione, *préposé* della struttura.

²⁴² GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, cit., 103 ss., si interroga invece sull'autonomia del criterio posto dalla novella, dal momento che il legislatore non l'ha affermato chiaramente. L'A. allora osserva (richiamandosi a DREIFUSS-NETTER, *Faute la responsabilité civile contractuelle du médecin?*, cit., 7) che certamente le nuove disposizioni non potranno essere derogate da clausole contrarie, a pena di recare pregiudizio al nuovo statuto degli operatori sanitari. Inoltre, poiché in altre leggi che prevedono specifici regimi d'indennizzo è espressamente prevista la possibilità, per la vittima, di avvalersi delle disposizioni generali in tema di responsabilità, l'A. ritiene che, poiché lo stesso non è previsto nella l. n. 2002-303, ciò starebbe a indicare la volontà del legislatore di chiudere la strada all'operatività delle responsabilità contrattuale, extracontrattuale o amministrativa, ancorché più vantaggiose per il paziente. Tuttavia non si può nascondere che il criterio della *faute* è pur sempre un criterio della responsabilità civile (precisamente di quella extracontrattuale, pur se non l'unico). Il problema sembra essere piuttosto come far operare tale riferimento in entrambi gli ambiti di responsabilità. In effetti, a ulteriore conferma che l'intento dei proponenti la riforma non era di rivoluzionare le specie di responsabilità civile, Mémeteau riporta (MÉMETEAU – GIRER, *Cours de droit médical*, cit., 604) il passo in cui si afferma che «les principes généraux définis par la jurisprudence antérieure semblent dès lors, pour la plupart, devoir être maintenus sous l'empire de la nouvelle loi, notamment en ce qui concerne la nature de la responsabilité médicale et les règles communes à toute responsabilité»; v. ancora, sul punto, ID., *Op. ult. cit.*, 612 ss.

²⁴³ Senza dimenticare che ciò non risulterebbe incompatibile con la dottrina della *faute virtuelle* (cioè di una presunzione di colpa), posto essa serve solo a facilitare la prova della *faute*, la sussistenza della quale, teoricamente, resta necessaria.

²⁴⁴ BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, cit., 947 ss.

autosufficienti). È evidente infatti che la violazione di tali obbligazioni da parte della clinica non può che dar luogo a responsabilità contrattuale.

Più d'una sono dunque le conclusioni che si possono trarre al termine di questo lungo discorso. In primo luogo si può constatare la perdurante validità del *contrat médical* quale modello di regolazione della relazione di cura, anche successivamente all'emanazione della l. n. 2002-303. Allo stesso modo si può constatare, non essendoci stata alcuna unificazione delle responsabilità (o creazione di un *tertium genus*), che la responsabilità medica può continuare a essere considerata contrattuale. Da ultimo, si può rilevare che gli approdi in precedenza esposti relativi alle condizioni di responsabilità del medico che opera all'interno di una struttura di cura non appaiono essere stati scalfiti.

CAPITOLO QUARTO

La responsabilità del medico all'interno di una struttura sanitaria

SEZIONE I

Le diverse teorie sull'inquadramento della responsabilità del medico e della struttura

Premessa

Nelle pagine che seguono si prenderanno in esame le diverse ricostruzioni che nel tempo sono state utilizzate per inquadrare la responsabilità del medico e quella della struttura sanitaria. Si tenga presente che, per mera comodità espositiva, ci si riferirà spesso alla sola figura del medico quale soggetto responsabile, ma è evidente che in tale riferimento dev'essere ricompresa anche la posizione di tutti gli altri operatori sanitari (infermieri, ostetriche, tecnici di laboratorio ecc...).

1. La tesi della responsabilità contrattuale della struttura ed extracontrattuale del medico dipendente. Critica

La tesi con cui si può iniziare il percorso appena introdotto è quella secondo la quale, a fronte dell'erronea esecuzione della prestazione di cura, sorge una duplice responsabilità: contrattuale della struttura (privata o pubblica) e aquiliana dell'operatore sanitario. Si tratta di una tesi che in passato ha ricevuto una certa fortuna sia in dottrina che in giurisprudenza e che ora sembra essere stata adottata dalla riforma del 2017²⁴⁵.

Per la verità prima dell'istituzione del Servizio sanitario nazionale prevaleva in giurisprudenza l'orientamento secondo il quale entrambe le

²⁴⁵ Cfr. l'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 64, recante «disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», il cui comma 1 recita: «la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose». Il successivo comma 3, invece, prevede: «l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente (...)».

responsabilità avevano natura extracontrattuale e precisamente quella dell'ente derivava da quella del medico (secondo il meccanismo dell'art. 2049 c.c.)²⁴⁶.

La dottrina, però, aveva avuto modo di osservare che il rapporto tra paziente e struttura poteva essere qualificato come contrattuale ove fosse coinvolta una struttura privata²⁴⁷, o comunque come obbligatorio ove la struttura fosse pubblica²⁴⁸. Di conseguenza in entrambi i casi, poiché l'inesatta esecuzione degli atti di cura dava luogo a inadempimento, la responsabilità della struttura doveva qualificarsi come contrattuale. Tale ultima opinione, poi (soprattutto con riguardo alle strutture pubbliche), ha trovato un appiglio normativo nella legge 23 dicembre 1978, n. 833 (istitutiva del Servizio sanitario nazionale), la quale ha valorizzato la volontà dell'assistito nella scelta del medico di fiducia e del luogo di cura (v. art. 19, comma 2), nonché la necessità del consenso agli accertamenti e trattamenti sanitari (v. art. 33, comma 1).

Tuttavia, pur a seguito di tali riflessioni, la stessa dottrina che per prima le espresse e la giurisprudenza che in seguito sposò la tesi della natura contrattuale della responsabilità della struttura (pubblica o privata che fosse) continuarono ad affiancare a detta responsabilità quella, extracontrattuale, del singolo medico, 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 particolare²⁴⁹.

²⁴⁶ Cfr. SANNA, *Osservazioni critiche in tema di contratto di ospedalità*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/1998, 1554, nt. 1 e, in precedenza, COPPARI, *Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente*, in *Foro it.*, 1993, I, 265.

²⁴⁷ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 345, il quale, premesso che «tra l'ospedale privato o la casa di cura ed il cliente c'è di regola un rapporto contrattuale», afferma che «dal momento che qui esiste un rapporto obbligatorio avente per oggetto la prestazione di cure, ogni fatto colposo nell'esecuzione di tali cure costituisce per ciò stesso inadempimento dell'obbligazione».

²⁴⁸ Propende espressamente per l'esistenza di un'obbligazione *ex lege* CASETTA, *La responsabilità degli ospedali e dei sanitari ospedalieri*, in *Gli ospedali e le farmacie*, a cura di P. BODDA, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, *L'ordinamento sanitario*, 2, Neri Pozza, Vicenza, 1967, 46, fermo che ritiene l'atto da cui origina il rapporto tra paziente e struttura non un contratto ma un'ammissione di diritto amministrativo; più sfumata la posizione di CATTANEO, *Op. cit.*, 347, il quale si limita ad assimilare i diritti e gli obblighi derivanti da tale atto amministrativo a quelli contrattuali. In ogni caso per entrambi gli Autori la responsabilità cui dà luogo la violazione di tale rapporto è contrattuale.

²⁴⁹ V. CATTANEO, *Op. cit.*, 313 e 351; nel medesimo senso, ma senza fornire giustificazioni alla qualificazione come extracontrattuale della responsabilità del singolo operatore, PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 265. Più di recente, v. GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, *Responsabilità contrattuale*, vol. VI, UTET, Torino, 1998, 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. 1716, in *Giust. civ.*, 1979, I,

In realtà, però, l'affermazione di una responsabilità aquiliana dell'operatore sanitario all'interno del quadro ricostruttivo sopra delineato desta qualche perplessità. In effetti, il mero fatto che il medico non sia legato al paziente da alcun rapporto obbligatorio, se è certamente elemento che esclude la sussistenza di una responsabilità contrattuale in senso proprio di quest'ultimo²⁵⁰, non assume alcuna rilevanza nell'affermazione della responsabilità aquiliana. Né potrebbe assumere rilevanza, come pure invece s'è affermato, il richiamo al rispetto dei doveri professionali valevoli indipendentemente dal rapporto esistente tra il sanitario e il paziente, quasi si trattasse di doveri *erga omnes* la cui violazione dà luogo, in quanto tale, a responsabilità extracontrattuale²⁵¹. Dunque l'unico elemento su cui sembra basarsi l'affermazione di tale responsabilità pare essere la natura del diritto leso²⁵². Ma anche questo argomento non appare decisivo, e a rilevarlo, nel contesto però della responsabilità del medico libero professionista legato al paziente da autonomo contratto, è proprio quella dottrina che afferma la responsabilità aquiliana del sanitario allorché invece egli operi all'interno di una struttura organizzata²⁵³. Scrive infatti questa dottrina, al fine di contestare l'applicazione del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in capo al singolo medico, che il concorso non andrebbe ammesso «almeno 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

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, 1, 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 spedalità»); Trib. Verona, 4 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1992, 823; App. Venezia, 11 febbraio 1993, in *Giur. merito*, 1994, 37; Trib. Trieste, 14 aprile 1994, *Resp. civ. prev.*, 4-5/1994, 768.

²⁵⁰ Altro è il discorso, come si vedrà, per l'applicazione in via analogica della disciplina della responsabilità contrattuale proposta da taluna dottrina.

²⁵¹ Per un richiamo a tali doveri v. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 352, il quale, in relazione alla responsabilità del medico dipendente pubblico, osserva che «prima che come funzionario, un dovere di diligenza vige a carico di lui come medico. Qualunque sia il rapporto giuridico pubblico o privato che lo obbliga a curare un paziente, ed anche se non c'è un rapporto obbligatorio avente per soggetto attivo il paziente, un medico è sempre tenuto verso il paziente ad usare diligenza, per il solo fatto di avere intrapreso la cura. Sarebbe inammissibile che la nomina a funzionario costituisse un esonero dalla responsabilità di diritto comune».

²⁵² Cfr. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 673. Talora, come rileva criticamente CATTANEO, *Op. cit.*, 306, un valore era stato dato anche alla circostanza della rilevanza penale del fatto.

²⁵³ CATTANEO, *Op. cit.*, 306 ss.

cure mediche», precisando che il risultato non cambierebbe anche 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»²⁵⁴. Come poc'anzi accennato, appare singolare che quest'ultimo Autore escluda la responsabilità extracontrattuale del medico laddove questi operi in adempimento di una propria obbligazione e l'ammetta invece ove agisca in adempimento di un'obbligazione altrui. In effetti, se non vi è posto per la responsabilità aquiliana allorché il contratto di cure mediche sia concluso dal singolo professionista, non si comprende perché, allorché parte del medesimo contratto (o del rapporto obbligatorio, in caso di ente pubblico) sia una struttura, il singolo medico debba rispondere in via extracontrattuale. Così facendo, se pur si esclude il concorso "proprio" di responsabilità, si finisce con l'ammettere (contraddittoriamente) quello "improprio".

Per di più la tesi che afferma la sussistenza di una responsabilità aquiliana in capo al medico ha dato luogo a storture applicative. Invero predicare la responsabilità extracontrattuale del sanitario significa presupporre che quest'ultimo debba rispondere solo allorché la sua condotta abbia cagionato un danno al paziente, e non invece anche nell'ipotesi di mero insuccesso delle cure cui non sia seguito alcun pregiudizio (ossia nel caso in cui il paziente non sia peggiorato ma neppure migliorato). Solo che, se ciò è vero, va pure rilevato che 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 aquiliana²⁵⁵.

È forse allora proprio per la constatazione dell'inadeguatezza del regime extracontrattuale di responsabilità, unitamente alla considerazione dei maggiori vantaggi garantiti al paziente dal regime contrattuale, che l'idea del concorso

²⁵⁴ CATTANEO, *Op. cit.*, 312 ss.

²⁵⁵ V. FREDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, cit., 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, DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 4/1999, 447.

“improprio” di responsabilità è stata abbandonata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ciò però è avvenuto, va detto, a vantaggio di ricostruzioni non a loro volta scevre di aspetti problematici.

2. La tesi della responsabilità «di tipo professionale». Critica

Onde ovviare agli inconvenienti (sul piano dogmatico, ma soprattutto, s'è detto, pratico) della tesi in precedenza esposta, la giurisprudenza ha ricercato un modo per affermare la natura contrattuale anche della responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria. Una soluzione è stata fornita da Cass., 1° marzo 1988, n. 2144²⁵⁶, che ha inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale²⁵⁷.

In questa pronuncia la Corte tratta sia della responsabilità della struttura (pubblica, in quel caso), sia della responsabilità del medico da essa dipendente.

Quanto alla prima i giudici affermano che poiché lo svolgimento dell'attività finalizzata all'erogazione di un servizio pubblico (quale è quello sanitario) non è connotata dall'esercizio di un potere pubblicistico (a differenza delle attività amministrative finalizzate alla realizzazione di interessi generali), il privato ha un diritto soggettivo alla prestazione del servizio, al quale è correlato il dovere dell'ente pubblico preposto all'erogazione della prestazione. Di conseguenza tra i due soggetti nasce un rapporto giuridico che impedisce di qualificare come extracontrattuale la responsabilità dell'ente, sicché quest'ultima dovrà necessariamente dirsi contrattuale²⁵⁸. Inoltre, scrivono i giudici, poiché l'attività oggetto del servizio pubblico sanitario è «di tipo professionale medico» (simile cioè a quella svolta da un medico libero professionista), tale responsabilità non può che essere «analoga a quella del professionista medico privato», con la conseguenza che le andranno applicate, analogicamente, «le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione d'un contratto d'opera professionale». Così facendo, però, si riduce la prestazione della

²⁵⁶ Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604 con nota di PUCCELLA.

²⁵⁷ V. infatti nello stesso senso: Cass., 16 novembre 1988 n. 6220, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, II, 1490; Cass., 1° febbraio 1991, n. 977, in *Giur. it.*, 1991, I, I, 1379 ss.; Cass., 27 maggio 1993, n. 5939, in *Rep. Foro it.*, 1993, 2495, voce *Professioni intellettuali*, n. 114; Cass., 11 aprile 1995, n. 4152, in *Rep. Foro it.*, 1996, 1606, voce *Professioni intellettuali*, n. 171; Cass., 27 luglio 1998, n. 7336, in *Rep. Foro it.*, 1998, 1696, voce *Professioni intellettuali: Responsabilità del professionista*, n. 154; Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, 3520; Cass., 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Giust. civ.*, 1999, I, 672; Cass., 2 dicembre 1998, n. 12233, in *Danno e resp.*, 1999, 777 ss.

²⁵⁸ «Per esclusione», si legge nella sentenza, «la responsabilità dell'ente pubblico, gestore del servizio pubblico, va qualificata contrattuale, intesa, in tal senso, come responsabilità insorta nel compimento di una attività dovuta nell'ambito di un preesistente rapporto giuridico, privato o pubblico, tra i due soggetti».

struttura alla sola attività professionale medica, ignorando il complesso delle attività a essa complementari²⁵⁹ (il quale porterà infatti poco più tardi la giurisprudenza a discorrere di «contratto atipico di speditività»). Ma a parte questo aspetto, la qualificazione come contrattuale della responsabilità dell'ente è certamente coerente con la sua posizione di obbligato alla prestazione di un servizio²⁶⁰.

Più problematica è invece l'argomentazione svolta dalla Corte per giustificare la natura contrattuale anche della responsabilità del medico dipendente.

Scrivono i giudici che «per l'art. 28 cost., accanto alla responsabilità dell'ente esiste la responsabilità del medico dipendente». Dunque il fondamento della responsabilità del singolo operatore sembra doversi rinvenire direttamente nel precetto costituzionale. Mentre la natura di tale responsabilità (che il precetto fondamentale in sé non definisce) viene individuata dai giudici sulla base della circostanza che alla base di essa vi è il medesimo elemento fattuale che genera la responsabilità della struttura, e cioè l'inesatta esecuzione dell'attività professionale. In altre parole secondo questa lettura le due responsabilità non avrebbero il medesimo fondamento, scaturendo l'una dall'inesatto adempimento dell'obbligo di prestare il servizio e l'altra direttamente dalla Costituzione²⁶¹; tuttavia la circostanza di avere in comune il fatto generatore (consistente nella condotta del sanitario irrispettosa dei propri doveri professionali) fa sì che la qualificazione di responsabilità «di tipo professionale» data all'una (la responsabilità della struttura) venga estesa anche all'altra (la responsabilità del medico), con la conseguente applicazione anche a quest'ultima, seppur per analogia, del regime della responsabilità contrattuale²⁶².

²⁵⁹ In questo senso v. la nota di commento di PUCCELLA, 610.

²⁶⁰ E ciò si ritiene nonostante i giudici facciano riferimento alla teoria dell'immedesimazione organica quale strumento d'imputazione dell'operato del medico all'ente. Critico sull'operazione di avvicinamento della relazione tra ente e paziente al contratto d'opera professionale e sull'applicabilità dell'art. 2236 c.c. alla struttura, PUCCELLA, nella nota di commento citata, spec. 611 ss. L'A. comunque concorda con la natura contrattuale della responsabilità dell'ente.

²⁶¹ In tal senso sembra porsi anche NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2/2000, 517, nt. 11, laddove afferma che nella sentenza in esame «il richiamo all'art. 28 Cost. funge da supporto alla tesi della comune radice – si direbbe fenomenologica ancora prima che giuridica – della responsabilità dell'ente e della responsabilità del medico dipendente nella esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, ma se ne esclude in modo abbastanza esplicito la sua diretta applicabilità», nel senso cioè che il richiamo all'art. 28 Cost. non determina il regime della responsabilità, ma serve solo ad affermarne l'esistenza.

²⁶² Scrivono i giudici che le due responsabilità «hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito

Senonché con riguardo a tale prospettazione va osservato che l'espressione «responsabilità di tipo professionale», lungi dal delineare un *tertium genus* di responsabilità rispetto a quelle aquiliana e contrattuale, indica, piuttosto, un'ipotesi particolare di responsabilità contrattuale, e precisamente quella che deriva dall'inadempimento di una prestazione d'opera professionale. Ciò che l'espressione significa, quindi, è che, in quel tipo di prestazioni, l'inadempimento (e dunque la responsabilità) deriva dalla violazione di regole proprie della professione coinvolta nell'obbligazione e che, in ragione di ciò, può venire in applicazione una disciplina particolare (tipicamente l'art. 2236 c.c.). Non si deve dunque cadere nell'equivoco di ritenere che la violazione delle regole professionali identifichi un regime autonomo di responsabilità. La responsabilità, in tali casi, è pur sempre contrattuale, per cui, secondo la struttura di quest'ultima, anche in quella che si voglia chiamare responsabilità «di tipo professionale» è comunque necessaria la presenza di un'obbligazione al cui adempimento sia tenuto chi si definisca responsabile. Senonché una tale obbligazione, nel caso del medico dipendente, manca, perché l'unico soggetto gravato da un obbligo (pubblicistico) è la struttura²⁶³. Ecco allora perché non è possibile qualificare come contrattuale la responsabilità del sanitario fondandosi sulla sola circostanza, meramente fattuale, della violazione da parte sua dei doveri professionali²⁶⁴. Né, sia chiaro, l'*impasse* potrebbe essere risolta attraverso la creazione (ma non si saprebbe in che modo) di un autonomo vincolo obbligatorio in capo al medico: invero un siffatto vincolo non rivestirebbe alcuna utilità, rivelandosi al contrario pleonastico, dato che per effetto della sua creazione ci si ritroverebbe con due soggetti obbligati alla medesima prestazione²⁶⁵, uno dei quali adempie per mezzo dell'adempimento dell'altro.

dell'organizzazione sanitaria. Pertanto, stante questa comune radice, la responsabilità del medico dipendente è, come quella dell'ente pubblico, di tipo professionale; e vanno applicate anche ad essa, analogicamente, le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale».

²⁶³ Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA. VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, 194 ss., secondo il quale «si potrà ben parlare di responsabilità da opera professionale sia con riguardo alla struttura sanitaria o all'ente pubblico che risponde per essa sia con riguardo al medico dipendente, purché sia ben chiaro che quest'ultimo non può rispondere dell'inadempimento di un'obbligazione che non ha mai assunto».

²⁶⁴ Osserva FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, cit., 192, che «il criterio sulla base del quale determinare la natura della responsabilità per il danno cagionato non può rinvenirsi nella condotta tenuta dal soggetto, poiché né la condotta, né, tanto meno, la qualifica professionale del soggetto che la tiene, possono essere considerate alla stregua di fonti dell'obbligazione».

²⁶⁵ Per la verità s'è detto più volte che il contenuto della prestazione della struttura è più ampio della sola attività professionale medica; tuttavia s'è pure detto che la sentenza in parola

2.1. Segue. *Il ruolo dell'art. 28 Cost.*

Se la qualificazione come contrattuale della responsabilità del medico dipendente (in quanto responsabilità partecipe della stessa «comune radice» con la responsabilità della struttura) risulta inappagante, merita tuttavia soffermarsi sulla portata del richiamo, operato dal filone giurisprudenziale che ha seguito la sentenza del 1988, all'art. 28 Cost., e sul problema dell'introduzione di limiti alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

In particolare, con riguardo al problema della responsabilità dell'operatore sanitario pubblico, ci si potrebbe chiedere se l'art. 28 Cost. stabilisca una necessaria responsabilità personale (per quel che qui interessa: civile) del dipendente a fronte della mera circostanza che, nell'adempimento del suo incarico, siano risultati violati diritti altrui. Successivamente, chiarito di che tipo di responsabilità si tratti, ci si potrebbe chiedere in quale misura siano ammissibili per essa delle limitazioni.

Ebbene, la comprensione dell'esatta portata dell'art. 28 Cost. è operazione assai complessa. Basti osservare che autorevole dottrina ha rilevato come sia «diffusa l'opinione che l'art. 28 sia un articolo confuso, sostanzialmente inutile e, se non pleonastico, certamente disatteso dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale», aggiungendo che, quanto al suo significato, «a tutt'oggi esiste un problema di che cosa i costituenti abbiano voluto dire con le due proposizioni contenute nell'articolo e del perché nella prassi, siano stati riconosciuti all'articolo effetti innovativi estremamente modesti»²⁶⁶.

In effetti l'art. 28 Cost. pone diverse questioni di non facile soluzione²⁶⁷. Tra di esse, al fine di rispondere al primo interrogativo, in questa sede interessa particolarmente quella che attiene al significato da attribuire al richiamo delle leggi civili nella più generale previsione della responsabilità diretta dei funzionari e

riduce quel contenuto a questa sola ultima, per cui è in quest'ottica che è stato condotto il ragionamento.

²⁶⁶ MERUSI – CLARICH, *Commento sub art. 28*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 1991, 356.

²⁶⁷ V. CRISAFULLI – PALADIN, *Commento sub art. 28*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 199, ove si indicano, quali quesiti posti dalla disposizione: «a) se l'introduzione della responsabilità personale dei pubblici funzionari abbia in qualche modo modificato la natura della parallela responsabilità civile della P.A.; b) se l'art. 28 (od altra norma ad esso collegata della Costituzione: artt. 24, 103, 113) abbia fissato il fondamento o consacrato la disciplina di tale responsabilità dell'ente; c) quale sia poi – con riguardo invece alla responsabilità dei pubblici dipendenti – il significato ed il valore del rinvio alle leggi penali civili e amministrative e se questo comporti, sotto il profilo considerato, il carattere meramente programmatico (e non precettivo) della disposizione costituzionale; d) quale, infine, il rapporto che intercorre tra le due menzionate forme di responsabilità pubblica, dell'amministrazione e del funzionario».

dipendenti pubblici per gli atti compiuti «in violazione di diritti»²⁶⁸. A questo riguardo, nonostante non sia del tutto chiaro a quale categoria di diritti rimandi l'art. 28 Cost.²⁶⁹, è da ritenere preferibile l'interpretazione che intende la disposizione costituzionale come riferita alla sola responsabilità extracontrattuale²⁷⁰. Secondo questa impostazione non sarebbe quindi possibile

²⁶⁸ È pur vero, comunque, che il significato della disposizione andrebbe ricercato coordinando tutte le proposizioni che essa contiene, come sostengono MERUSI – CLARICH, *Commento sub art. 28*, cit., 361 ss. Tali Autori, quanto alla sola questione della responsabilità del funzionario, individuano, quali elementi che in essa concorrono: «1) la responsabilità *diretta* del funzionario o dipendente pubblico; 2) la responsabilità penale, civile e amministrativa, “secondo le leggi”; 3) la violazione di diritti del cittadino; 4) la *estensione* della responsabilità civile alla Pubblica Amministrazione “in tali casi”».

²⁶⁹ V. infatti MERUSI – CLARICH, *Op. ult. cit.*, 362 ss., secondo i quali se si vuol dare (come sarebbe necessario) un'interpretazione «totalizzante» della disposizione, riferita cioè a tutte le tre responsabilità (civile, penale e amministrativa), sarebbe impensabile che i diritti alla cui violazione la norma si riferisce comprendano qualunque diritto soggettivo del cittadino, se non altro perché «non si potrebbe certo pensare di sanzionare penalmente ogni lesione di diritto soggettivamente imputabile ad un pubblico dipendente». Gli Autori propongono quindi di riferire l'espressione «diritti» ai soli diritti costituzionali, in quanto in tal modo la tutela (specialmente penale) sarebbe limitata ai soli diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

²⁷⁰ Così CASETTA, *La responsabilità degli ospedali e dei sanitari ospedalieri*, cit., 40, il quale sottolinea che sul punto concorda la dottrina maggioritaria. Secondo tale A. l'espressione «secondo le leggi (...) civili», utilizzata dall'art. 28, indicherebbe che i dipendenti pubblici rispondono (soprattutto sotto il profilo civile) come qualsiasi autore di un fatto illecito, cioè secondo la disciplina comune; in altre parole il rinvio alla legge civile rappresenterebbe un divieto all'introduzione di privilegi in favore dei dipendenti pubblici. Sennonché, come rileva altra dottrina (MERUSI – CLARICH, *Op. ult. cit.*, 371), tale opzione, che pure avrebbe garantito all'art. 28 Cost. un effetto innovativo, è stata ripudiata dalla giurisprudenza costituzionale. Allorché infatti la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità di talune disposizioni che prevedevano limitazioni alla responsabilità dei pubblici impiegati (tra le quali gli artt. 22 e 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), essa ha interpretato il rinvio dell'art. 28 Cost. alle leggi civili come un mero rinvio alle leggi ordinarie, ritenendo pertanto che nulla impedisse che la responsabilità dei pubblici dipendenti fosse disciplinata «variamente per categorie e per situazioni» (v. Corte cost., 14 marzo 1968, n. 2, in *Giur. cost.*, 1968, I, 288 ss., con nota di CASETTA, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del costituente?*). Di conseguenza la Corte ha ritenuto legittime le limitazioni alla responsabilità degli agenti pubblici con la sola eccezione del caso in cui la legge escluda del tutto la responsabilità (come già affermato nella precedente sentenza del 30 gennaio 1962, n. 1, in *Foro amm.*, 1962, IV, 65). Da tale esegesi è scaturita, però, una (ulteriore?) forzatura del disposto dell'art. 28 Cost.: la Corte infatti, nella medesima pronuncia, ha ritenuto che le limitazioni alla responsabilità dell'impiegato non si estendono all'amministrazione, la cui responsabilità è invece autonoma (ancorché la disposizione costituzionale sembri configurare la responsabilità degli enti proprio come un'estensione di quella dei loro dipendenti). Tuttavia, com'è stato evidenziato in dottrina (MERUSI – CLARICH, *Op. ult. cit.*, 374), una tale soluzione (che pure complica ulteriormente il quadro interpretativo dell'art. 28 Cost.) era «politicamente necessitata» dal momento che «se, dopo aver ammesso che le leggi possono limitare la responsabilità dei pubblici funzionari e dipendenti, la Corte avesse anche stabilito che la responsabilità si estende alla Pubblica Amministrazione nella stessa misura della responsabilità prevista per il pubblico dipendente, il nostro ordinamento sarebbe ritornato a forme di privilegio per la Pubblica Amministrazione da tempo superate anche nell'ordinamento precostituzionale». Da ultimo, circa il significato da dare in via generale alla previsione della responsabilità diretta

invocare, come invece ha fatto la giurisprudenza, la disposizione costituzionale al fine di suffragare l'affermazione della responsabilità contrattuale del singolo dipendente pubblico²⁷¹. La responsabilità contrattuale, infatti, presuppone, tra danneggiante e danneggiato, la presenza di una relazione obbligatoria, la quale manca tra medico dipendente e paziente. Sarebbe dunque illogico ritenere che l'art. 28 Cost. imponga una responsabilità del singolo agente pubblico anche laddove il diritto di cui il terzo subisce la lesione sia il diritto di credito verso l'amministrazione. In quest'ultimo caso l'unica responsabilità contrattuale sarà quella dell'ente (e non in virtù dell'art. 28 Cost., bensì delle disposizioni generali del codice civile).

Naturalmente ciò non significa che la mera sussistenza di un vincolo obbligatorio di cui sia parte l'ente garantisca al singolo l'immunità a fronte di qualsiasi condotta rivolta nei confronti del terzo. È certamente possibile, invero, che il fatto del dipendente (al di là che dia luogo anche a inadempimento dell'ente) costituisca illecito aquiliano. Ciò posto, allora, si potrebbe pensare che l'erronea prestazione di cure da parte del medico dipendente pubblico cui segua un danno per il paziente costituisca un fatto idoneo a dar vita a responsabilità aquiliana, dal momento che provoca la lesione di un diritto assoluto. Tuttavia tale conclusione poteva dirsi valida fin tanto che il criterio distintivo tra le due specie di responsabilità era individuato nella natura del diritto leso²⁷². A seguito però della rimodulazione della linea di demarcazione tra le due aree della responsabilità, la conclusione potrebbe ora essere diversa. È preferibile infatti l'opinione secondo la quale si ha responsabilità contrattuale all'esito della violazione di un preesistente obbligo funzionale alla realizzazione di un diritto, mentre si ha

degli impiegati pubblici, si può pure osservare, a riprova di quanto sia intricato il quadro al cui interno va cercata l'interpretazione della disposizione costituzionale, che, se è vero che la previsione della diretta responsabilità dei dipendenti pubblici potrebbe trovare una spiegazione nel fatto che essa, mettendo in primo piano l'illecito e la responsabilità del singolo, si sarebbe contrapposta alla teoria, prima imperante, della responsabilità diretta dell'ente fondata sull'immedesimazione organica in esso dei propri dipendenti (in tal senso v. CASETTA, *La responsabilità degli ospedali e dei sanitari ospedalieri*, cit., 38), è altrettanto vero, come osserva BENVENUTI, *Commento sub art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, UTET, Torino, 2006, 583, che già nel periodo prerепublicano si era affermato, in giurisprudenza e nella legislazione (fatte salve talune specifiche previsioni), il principio della diretta responsabilità dei pubblici agenti (responsabilità tra l'altro affiancata a quella dell'amministrazione).

²⁷¹ V. a tal proposito Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, cit.

²⁷² Operativamente poi, la qualificazione come aquiliana della responsabilità del singolo operatore si traduceva nell'affermazione del concorso "improprio" tra questa e la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

responsabilità extracontrattuale a fronte della lesione *tout court* di un diritto²⁷³. Inoltre si è già visto come tratto caratterizzante dell'obbligazione di cura sia il fatto che l'interesse alla prestazione già racchiude in sé l'interesse alla tutela della propria persona, non solo perché la persona è il sostrato su cui la prestazione si svolge, ma anche perché la protezione della salute sorregge causalmente l'obbligazione. Di conseguenza in quest'ottica l'unica responsabilità che potrebbe venire in rilievo è quella della struttura (per inadempimento), e non anche quella dei suoi dipendenti. Trattandosi infatti di responsabilità contrattuale e riconosciuto che nel contratto di cure essa già protegge quegli interessi la cui tutela era un tempo ritenuta appannaggio esclusivo della responsabilità aquiliana, quest'ultima verrebbe messa fuori gioco, e di conseguenza non vi sarebbe più spazio per un'autonoma responsabilità del dipendente pubblico ai sensi dell'art. 28 Cost.²⁷⁴

²⁷³ In questo senso MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss. ora anche in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, cit., 299 ss. e CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 455. Per l'affermazione della diversità tra i due tipi di responsabilità per fondamento e funzione v. SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, UTET, Torino, 1968, 671 ss.

²⁷⁴ Solo apparentemente questa sembra essere la linea di CASETTA, *La responsabilità degli ospedali e dei sanitari ospedalieri*, cit., 43 ss., spec. 46, successivamente ribadita in ID., voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1997, spec. 221 ss. L'A., infatti, dopo aver respinto talune diverse ricostruzioni del rapporto tra infermi ed enti pubblici di cura (in particolare quella privatistica, non ritenendo che l'atto con il quale l'infermo viene accettato sia un contratto, bensì ritenendolo un'ammissione), desume da svariati disposti normativi dell'epoca la sussistenza di un vero e proprio obbligo imposto *ex lege* agli enti pubblici di curare i pazienti che ne facciano richiesta (con un ragionamento che peraltro oggi potrebbe essere riproposto pur nel mutato quadro normativo). E, di conseguenza, qualificando come contrattuale la responsabilità degli enti sanitari, l'A. afferma che non vi può essere anche responsabilità diretta dei dipendenti dell'ente («terzi rispetto al rapporto di prestazione») per i fatti che costituiscono inadempimento dell'obbligazione della struttura. Tuttavia va messo in luce che, secondo il medesimo A., il contenuto dell'obbligazione assunta dagli enti sanitari «consiste nella prestazione dell'assistenza medico-chirurgica necessaria in conformità con la organizzazione dell'istituto discrezionalmente predisposta». In altre parole l'*ubi consistam* dell'obbligazione è dato dalla sola offerta dell'apparato organizzativo, cioè dalla sola *organizzazione* delle cure, e non anche dall'esecuzione degli atti di cura in senso stretto, come risulta dall'esemplificazione che l'A. fa dei casi in cui l'ente, in quanto inadempiente, deve rispondere in via contrattuale. Si richiamano infatti i casi in cui il malato non venga visitato o non venga curato tempestivamente e quelli in cui non siano messi a sua disposizione le attrezzature e i presidi di cui l'ospedale è fornito, oppure non siano osservate le regole dell'igiene nel vitto o nella degenza: casi, appunto, di mancata messa a disposizione dell'apparato organizzativo, secondo ciò che l'A. ritiene essere il contenuto dell'obbligazione dell'ente. Di conseguenza l'esclusione da responsabilità che l'A. propone per i dipendenti della struttura riguarda solo tale ultimo tipo di attività, e non anche l'attività di cura in senso stretto. Infatti l'A. ammette esplicitamente la possibilità che, al di fuori del rapporto obbligatorio dell'ente (che riguarda la sola prestazione dell'apparato organizzativo), sia comunque commesso un illecito da parte del personale medico. Illecito che, poiché qualificato come extracontrattuale, sembra proprio consistere nell'errata esecuzione dell'attività di cura (che infatti non è ritenuta parte dell'obbligazione dell'ente), com'è dimostrato dall'argomentazione svolta sull'inapplicabilità dell'art. 2236 c.c. all'ambito aquiliano, e del quale devono rispondere sia il

Chiarito dunque quale sia il significato preferibile da attribuire alla disposizione costituzionale e quale possa essere nel momento attuale la sua portata nel campo della responsabilità degli operatori sanitari, è possibile ricostruire anche il significato da attribuire, sempre con riguardo a quest'ultimo ambito, alle disposizioni amministrative che, in attuazione dell'art. 28 Cost., hanno regolamentato in via generale la responsabilità degli agenti pubblici.

2.2. Segue. *Le limitazioni di responsabilità dei dipendenti pubblici*

Il d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, ha introdotto, agli artt. 22 e 23, la responsabilità personale dei dipendenti dello Stato che abbiano provocato a terzi, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, un danno ingiusto, da intendersi nel senso di qualsiasi violazione di diritti commessa con dolo o colpa grave. La finalità di tali disposizioni era evidentemente sia quella di dare attuazione alla previsione dell'art. 28 Cost., sancendo la sussistenza della responsabilità personale dell'agente pubblico, sia, al contempo, quella di arginare detta responsabilità, onde non inibire l'attività dei funzionari²⁷⁵. Ma va subito detto che tali previsioni non hanno

singolo sia l'ente (quest'ultimo ai sensi dell'art. 28 Cost.), ma senza che si abbia concorso delle due responsabilità, perché quel fatto non può essere considerato anche inadempimento. In questo caso, infatti, come l'A. aveva in precedenza affermato, vi sarebbe piuttosto «coesistenza» di illeciti (del singolo – diretto – e dell'ente – *ex* art. 28 Cost. –, entrambi aquiliani), non concorso di essi; «giustapposizione, non sovrapposizione». In conclusione, dunque, nel pensiero dell'A., che pure afferma l'assenza di diretta responsabilità dei dipendenti pubblici allorché la loro attività dia luogo a inadempimento di un'obbligazione gravante sull'ente, permane una sfera di responsabilità diretta di questi ultimi per effetto del ristretto perimetro entro il quale è circoscritta l'obbligazione della struttura. Ebbene, con riguardo a tale opinione si può osservare, in senso critico, che il risultato cui essa giunge appare irragionevole, poiché è il risultato dell'artificiosa limitazione del contenuto dell'obbligazione degli enti sanitari alla sola attività di apprestamento delle cure, laddove invece è certamente più ragionevole ricomprendere nel contenuto di quell'obbligazione anche la concreta loro effettuazione. Sia chiaro: non si ignora che certa giurisprudenza assai risalente riteneva che la modalità di concreta esecuzione delle cure costituiva attività discrezionale insindacabile dell'amministrazione sanitaria; tuttavia è evidente che ritenere che il diritto alla salute si riduca a diritto alla mera organizzazione di una cura qualsiasi, frustra inesorabilmente la garanzia offerta dalla previsione (costituzionale) che lo contempla.

²⁷⁵ Si tenga presente infatti che la limitazione in parola non vale per la responsabilità della struttura. Di conseguenza, osserva CLARICH, *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, 179, se prima del d.P.R. n. 761/1979 la responsabilità della struttura era legata a doppio filo con quella del singolo medico (per cui, in applicazione dell'art. 2236 c.c., ove il medico non fosse responsabile non lo era nemmeno la struttura), a seguito dell'introduzione di tale normativa (e in particolare del comma 2 dell'art. 28 dal quale si può desumere che la limitazione di responsabilità vale solo per il singolo) il paziente potrà agire contro l'amministrazione sanitaria «anche nell'ipotesi in cui, secondo il sistema precedente, scattavano le limitazioni della responsabilità di cui all'art. 2236 cod. civ.». Tuttavia tale conclusione pare muovere dall'assunto che la disciplina del d.P.R. n. 761/1979 si sostituisca, quale *lex specialis*, alla disciplina codicistica; ma invero un tale assunto non appare fondato, dal momento che l'art. 2236 c.c. è norma che riguarda il rapporto obbligatorio e in

innovato la situazione dei medici dipendenti pubblici: da un lato perché, quanto alla previsione della responsabilità diretta, quest'ultima di fatto già sussisteva, dato che si riteneva pacifico che la lesione della salute del paziente desse luogo a responsabilità aquiliana dell'operatore sanitario. D'altro lato perché, quanto alla limitazione della responsabilità, essa non poteva operare, non essendo i medici pubblici dipendenti dello Stato.

Un problema interpretativo concernente l'anzidetta normativa si è però posto quando, all'indomani della creazione del Servizio sanitario nazionale e delle unità sanitarie locali (a quell'epoca: UU.SS.LL.) è stato emanato il d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, recante la definizione dello stato giuridico del personale di tali nuovi enti. Ebbene, l'art. 28 di detto provvedimento ha disposto che ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicassero le norme in tema di responsabilità del d.P.R. n. 3/1957²⁷⁶. Ciò significava dunque che il medico dipendente pubblico avrebbe dovuto rispondere verso terzi solo in caso di dolo o colpa grave²⁷⁷. Sennonché, in un sistema abituato a vedere affermata la responsabilità personale del medico senza limitazioni dettate dall'elemento soggettivo (e cioè secondo le regole tradizionali della responsabilità aquiliana), tale innovazione è stata evidentemente guardata con grande perplessità²⁷⁸. In

quanto tale va applicata anche all'obbligazione della struttura (in questo senso, pur con gli adattamenti richiesti dal fatto che la prestazione dell'ente ha contenuto più ampio della pura prestazione medica, v. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 196, nt. 102 e, in giurisprudenza, Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 11/2001, 1045 ss., con nota di BREDA, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, cit.), mentre invece la disposizione del d.P.R. n. 761/1979 è norma eccezionale che riguarda la responsabilità del singolo agente.

²⁷⁶ Il secondo comma dell'art. 28 recita: «le unità sanitarie locali possono garantire anche il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile, dalle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, ivi comprese le spese di giudizio, relativamente alla loro attività, senza diritto di rivalsa, salvo i casi di colpa grave o di dolo». La previsione dell'azione di rivalsa limitata ai soli casi di dolo o colpa grave fa ritenere che la limitazione della responsabilità del dipendente non si estenda anche all'amministrazione (come invece vorrebbe la lettera dell'art. 28 Cost., secondo la quale la responsabilità dell'ente costituisce un'estensione di quella del singolo); v. sul punto CLARICH, *Op. ult. cit.*, 178. In ogni caso la conclusione che, pur a fronte di una limitazione di responsabilità del singolo, permanga la responsabilità dell'ente si potrebbe trarre dalla considerazione che con l'ente intercorre pur sempre un rapporto obbligatorio (anche se, come visto in precedenza, bisogna intendersi su quale ne sia il contenuto) del quale va quindi valutato l'adempimento.

²⁷⁷ Ritiene invece che la disposizione riguardi la rivalsa dell'ente nei confronti del dipendente e non tocchi quindi la responsabilità di quest'ultimo e dell'ente verso il danneggiato, BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2012, 35, nt. 75. In contrario si può tuttavia osservare che l'art. 22 del d.P.R. n. 3/1957 cui l'art. 28 del d.P.R. n. 761/1979 (tra gli altri articoli) rinvia, è rubricato «responsabilità verso i terzi».

²⁷⁸ V. le osservazioni critiche di CLARICH, *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, cit., 175 ss.

particolare l'aspetto che più destava preoccupazione nella dottrina riguardava la disparità di trattamento che si veniva a creare tra medici dipendenti pubblici, la cui responsabilità personale veniva limitata ai casi di dolo e colpa grave, e medici dipendenti privati, che non godevano invece di tale limitazione. L'importanza di questo profilo è stata percepita a tal punto che la giurisprudenza, con un'operazione interpretativa assai discutibile, è pervenuta addirittura a ritenere inapplicabile ai medici dipendenti pubblici la limitazione di responsabilità prevista dagli artt. 22 e 23 del predetto d.P.R. n. 3/1957 (in contrasto quindi con l'espressa dizione del d.P.R. n. 761/1979)²⁷⁹.

Volendo tentare di fornire una giustificazione alle disposizioni ora richiamate, si potrebbe osservare che una spiegazione della diversità di disciplina tra la posizione del medico pubblico e quella del medico privato in punto di responsabilità potrebbe rinvenirsi nel fatto che il medico privato, a differenza di quello pubblico, può pur sempre scegliere se e in che limiti accettare l'incarico, valutando cioè se affrontare il rischio derivante dalla prestazione della propria attività. Così non è, invece, per le strutture pubbliche, le quali sono obbligate *ex lege* a erogare la prestazione, non potendo scegliere quali rischi assumersi e quali declinare²⁸⁰. È pur vero, tuttavia, che se la possibilità di scelta certamente connota la posizione del medico libero professionista, altrettanto non può dirsi per la posizione del personale (medico o sanitario in generale) dipendente privato, il che lascia indubbiamente emergere un profilo di disparità²⁸¹.

Ad ogni modo, al di là della sua giustificazione, una limitazione di responsabilità come quella in discorso aveva senso in un contesto, come quello dell'epoca in cui le disposizioni commentate sono state introdotte, in cui si dava

²⁷⁹ V. Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, cit., 608, la quale ritiene che la limitazione prevista da tale normativa riguardi i soli danni arrecati da comportamenti «tenuti nell'ambito dell'esercizio dei poteri pubblicistici che strutturano l'amministrazione pubblica quale attività concreta svolta dallo Stato o da altro ente pubblico per la realizzazione di interessi generali», ossia riguardi i soli danni scaturenti dall'esercizio di funzioni amministrative e non quelli derivanti da attività professionale. In senso adesivo v. il commento alla sentenza di PUCCELLA, 613.

²⁸⁰ Salvo casi marginali nei quali il paziente venga inviato (e sempre che i tempi lo consentano) ad altre strutture pubbliche specializzate in particolari terapie. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 301, giustifica la diversità di regime in base al «diverso contesto» in cui operano i medici ospedalieri (pubblici) rispetto ai colleghi privati: per i primi, a detta dell'A., «il lavoro di gruppo e la conseguente spersonalizzazione del rapporto con il paziente sono elementi già di per sé sufficienti per disciplinare diversamente la responsabilità dei singoli operatori». Ma è pur vero che una simile condizione di lavoro ben può connotare anche l'attività di complesse strutture private.

²⁸¹ Tale disparità poteva forse risultare mitigata dal fatto che, all'epoca dell'emanazione del d.P.R. n. 761/1979, si riteneva, in base alla l. n. 1815/1939, che in ambito privato il rapporto intercorresse sempre con il singolo medico e mai direttamente con la struttura. Ma, in ogni caso, tale considerazione non poteva riguardare il personale sanitario non medico delle strutture private, che comunque non può in alcun modo scegliere i pazienti da curare.

per assodata la responsabilità aquiliana del singolo operatore sanitario. Se invece si qualifica come contrattuale la responsabilità derivante da erronea prestazione di cura (secondo quanto accennato in precedenza) e se, per di più, si mette in discussione la sussistenza di un'autonoma responsabilità dei singoli operatori sanitari, la limitazione in parola perde di significato. Né, è da credere, essa potrebbe mantenere un ambito di operatività relativamente a quelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale che comunque possono realizzarsi pur all'interno di un rapporto obbligatorio, e cioè le ipotesi relative alla commissione di atti estranei a quelli che costituiscono adempimento dell'obbligazione dell'ente. In effetti gli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 3/1957 fanno espresso riferimento ai soli danni cagionati nell'esercizio delle attribuzioni conferite al dipendente, per cui alle situazioni cui s'è appena accennato non sarebbe applicabile (com'è logico che sia) alcuna limitazione di responsabilità.

Da ultimo va tuttavia segnalato che la novella del 2017 in tema di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie sembra riabilitare *ex lege* la qualificazione come aquiliana della responsabilità di questi ultimi allorquando operano all'interno di una struttura sanitaria²⁸². Rinviando per il momento al prosieguo della trattazione le considerazioni sulla effettiva natura di tale responsabilità, è solo il caso di osservare, per il momento, che se si dovesse ritenere che si tratti di vera responsabilità aquiliana, sarebbe quantomeno opportuno, laddove ci si trovi in presenza di medico pubblico dipendente, riaprire il discorso sull'operatività delle limitazioni di responsabilità di cui s'è discusso.

3. Le tesi del contratto a favore di terzo e del contratto con effetti protettivi verso un terzo. Critica

Al fine di individuare una ricostruzione teorica che potesse efficacemente fondare la responsabilità contrattuale del medico dipendente, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di ricorrere alla figura del contratto a favore di terzo e a quella del contratto con effetti protettivi verso un terzo. Si tratta, va premesso, di ricostruzioni distinte, nonostante l'assonanza lessicale²⁸³.

Secondo la tesi che richiama il contratto a favore di terzo, la struttura sanitaria, nel momento in cui conclude il contratto di lavoro con il medico, dispone che beneficiario della prestazione cui quest'ultimo è tenuto sia il paziente,

²⁸² L'art. 7 della l. n. 24/2017 fa esplicito riferimento all'art. 2043 c.c.

²⁸³ Nel dare conto della giurisprudenza che ha adottato la ricostruzione fondata sul contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, cit., 192, nt. 105, si esprime in termini di «contratto a favore di terzi (e, cioè, tra ospedale e medico, rispetto cui il terzo è il paziente)».

terzo appunto rispetto al contratto di lavoro tra ente e sanitario²⁸⁴. Di conseguenza, per effetto della stipulazione, il paziente acquista un diritto di credito direttamente nei confronti del medico, potendo quindi agire in via contrattuale verso quest'ultimo in caso d'inadempimento.

Tuttavia è agevole notare come tale ricostruzione ponga al centro del ragionamento il contratto di lavoro del medico (e cioè la relazione tra questi e l'ente) finendo per tralasciare la relazione tra paziente e struttura, quasi che l'utente non entri in rapporto alcuno con essa, rimanendo mero beneficiario passivo di effetti unilateralmente disposti dall'ente nei suoi confronti. Secondo questa prospettiva, insomma, dovrebbe dirsi che è dal rapporto di lavoro del medico che scaturisce la relazione tra il paziente e la struttura, cosa che però appare come un'evidente mistificazione della realtà. Onde dunque evitare una tale conseguenza, bisogna riconoscere che la relazione su cui impernare la ricostruzione teorica della fattispecie non può essere quella, secondaria, tra medico e struttura, bensì quella, primaria, tra quest'ultima e paziente: è cioè questa relazione (contrattuale, o comunque obbligatoria) che giustifica la creazione di quella tra medico ed ente (la quale si concretizza nel contratto di lavoro) e non l'inverso. Per di più ricostruendo la fattispecie a partire dalla relazione tra paziente e struttura, si potrebbe seriamente dubitare della giustificazione, sotto il profilo causale, della creazione, a fronte dell'obbligo assunto dalla struttura verso il paziente, dell'ulteriore obbligo verso quest'ultimo in capo al medico (creato dalla struttura attraverso il contratto a favore di terzo²⁸⁵). Ciò perché il contratto di lavoro (del medico) è già causalmente orientato ad assicurarsi la prestazione necessaria all'esecuzione delle obbligazioni assunte e, diversamente, si dovrebbe ritenere che molti dei contratti di lavoro con cui l'impresa si procura i mezzi per l'esecuzione dei servizi che offre vadano considerati come contratti a favore di terzi, obliterando così la relazione principale in funzione della quale essi sono stati conclusi. Né, da ultimo, si può ignorare la difficoltà concettuale data dal fatto che il paziente, per poter contestare l'erronea prestazione del medico, dovrebbe azionare non già il

²⁸⁴ V. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, cit., 675 ss. Per la giurisprudenza, v. quella citata da DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. mer.*, 1999, 1152.

²⁸⁵ Per la verità la struttura assume l'obbligo verso il paziente nel momento in cui questi, entrando con essa in relazione, viene anche individuato come terzo rispetto al contratto di lavoro del medico. Nel contesto di una già instaurata relazione tra paziente e struttura, ritiene privo di causa un atto negoziale che leghi il sanitario al paziente DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, 335.

rapporto obbligatorio tra sé e la struttura (che pure sussiste), bensì il contratto di lavoro tra questa e il dipendente²⁸⁶.

Parzialmente diverso è invece lo scenario se lo si guarda attraverso la lente del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo²⁸⁷. Infatti secondo questa lettura, su ciascuna parte di un rapporto contrattuale gravano, nei confronti di quei soggetti che pure sono terzi rispetto ad esso, ma che si trovano coinvolti «in misura da correre gli stessi rischi di una parte o dell'altra» nella sua attuazione, dei doveri di protezione identici a quelli che valgono nei confronti del soggetto che sia parte effettiva della relazione²⁸⁸. Il terzo (che nel nostro caso sarebbe il paziente) non è quindi titolare di un vero e proprio diritto alla prestazione, ma può vantare solamente un interesse alla protezione: ciò, evidentemente, già riduce l'ambito della sua protezione al solo interesse alla conservazione dello *status quo*, escludendo la tutela per la mancata realizzazione dell'interesse positivo²⁸⁹. Ma a parte tale aspetto, occorre soprattutto osservare che applicare la teoria in parola al caso della relazione di cura intercorrente tra

²⁸⁶ Aspetto evidenziato da Cass., 22 gennaio 1999, n. 589 (in *Corr. giur.*, 4/1999, 441 ss. con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*) e sottolineato da FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, cit., 676. Rifiuta il riferimento al contratto a favore di terzo anche PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2001, 336.

²⁸⁷ Sul *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* v. diffusamente, nella dottrina italiana, CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., spec. 132 ss.

²⁸⁸ Cfr. CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 168, secondo il quale tali obblighi servono a tutelare solamente «quei terzi la cui posizione nell'attuazione del rapporto obbligatorio non possa essere apprezzata diversamente, sotto il profilo dell'interesse di protezione, da quella dell'una o dell'altra parte del rapporto stesso».

²⁸⁹ Ambigua appare la posizione di FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, cit., 192, nt. 105, a detta della quale nel contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo «il medico assumerebbe nei confronti dell'ospedale l'obbligo di assumere obblighi verso soggetti terzi determinati». In realtà, s'è detto, secondo la ricostruzione in parola il medico non assume alcun obbligo di obbligarsi verso terzi: piuttosto nei confronti di questi ultimi (purché si trovino nelle condizioni indicate) egli è tenuto al rispetto di quei medesimi doveri di protezione cui è tenuto verso la controparte. Non vi è quindi alcuna assunzione di obblighi (né verso l'ospedale a obbligarsi successivamente, né verso il terzo alla protezione di quest'ultimo), ma la mera trasposizione di obblighi che già esistono in quanto connessi alla prestazione principale. L'ambiguità, inoltre, persiste allorché l'A. utilizza subito dopo l'espressione «contratto a favore di terzi (e, cioè, tra ospedale e medico, rispetto cui il terzo è il paziente)», per dire che la ricostruzione esposta non appare inadeguata, dal momento che «attesa (...) la riconosciuta complessità della relazione tra struttura ospedaliera e paziente, non è così lontano dalla realtà lo schema secondo cui il rapporto tra l'ospedale e il medico comprenda anche l'assunzione, in capo al medico, di obblighi di assistenza sanitaria verso determinati pazienti, che si siano rivolti alla struttura». In effetti lo schema del contratto a favore di terzi è cosa diversa da quello del contratto con effetti protettivi verso il terzo, e comunque, come detto nel testo, si potrebbe dubitare della giustificazione causale di autonomi obblighi di cura in capo al medico a fronte del complessivo obbligo di cura già assunto dalla struttura.

paziente e struttura, significherebbe affermare che il medico deve osservare verso il paziente (terzo rispetto al contratto di lavoro) dei doveri di protezione analoghi a quelli ai quali è tenuto verso la propria controparte (la struttura). Solo che non essendo ipotizzabili in capo al medico obblighi di protezione nei confronti della struttura, tali obblighi non sono nemmeno estensibili verso il terzo²⁹⁰. Inoltre resta valida l'osservazione svolta poc'anzi con riferimento alla ricostruzione che utilizza lo schema del contratto a favore di terzi, ossia quella per cui, ponendosi al centro della produzione di effetti il contratto di lavoro del medico, si finisce per ignorare la relazione tra paziente e struttura, in virtù della quale quest'ultima ha un obbligo non solo verso il medico (in considerazione del contratto di lavoro), ma anche direttamente verso il paziente²⁹¹.

4. *La tesi del contratto di assistenza sanitaria e del «doppio binario» di responsabilità. Critica*

Un'altra ricostruzione proposta per disciplinare la responsabilità del medico e della struttura sanitaria è quella che promuove una rielaborazione dell'impostazione che già in passato predicava la responsabilità contrattuale della struttura e aquiliana del medico, secondo la logica che si può definire del «doppio binario»²⁹².

La dottrina che propone tale rielaborazione muove dal presupposto che la ricerca, da parte della giurisprudenza, di un modello unitario di responsabilità sia per i medici che per le strutture sanitarie (da ultimo sfociato, lo si vedrà, nel

²⁹⁰ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 481. Critico verso la ricostruzione in parola, pur se per motivi in parte diversi, è anche PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 333.

²⁹¹ Diverso è il discorso, come evidenziano lo stesso CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 198, nt. 106 e FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, cit., 676, nt. 52, allorché terzo venga considerato non già il paziente che si rivolge alla struttura sanitaria, ma un soggetto effettivamente diverso, come avviene tipicamente nel caso di danni subiti dal neonato a seguito dell'erronea esecuzione dei trattamenti medici in occasione del parto. In questo caso, in effetti, il nascituro si trova esattamente nella condizione di correre i medesimi rischi della madre, parte della relazione con l'ente. Per cui, come osservano gli Autori citati, in queste situazioni è condivisibile il richiamo, da parte della giurisprudenza, della categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo. Tuttavia è importante sottolineare che qui il contratto a cui vengono ricollegati gli effetti protettivi non è quello di lavoro tra medico e struttura sanitaria, ma, più correttamente, quello tra gestante e struttura, opportunamente, dunque, (ri-)messo al centro della fattispecie.

²⁹² Il riferimento è a DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., 253 ss., nonché ID., *La responsabilità in ambito sanitario*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, vol. II, Cedam, Padova, 2009, 558 ss.

considerare anche il medico debitore della prestazione dovuta dalla struttura) ha inevitabilmente frenato l'individuazione di una sfera di responsabilità della struttura distinta da quella del singolo operatore; mentre invece, si afferma, i cambiamenti della realtà socio-sanitaria imporrebbero di spostare l'attenzione dal fare «individuale» all'agire «collettivo» racchiuso nell'attività d'assistenza sanitaria erogata dalla struttura, valorizzando così il momento organizzativo dell'attività stessa²⁹³. Del resto, si fa notare, la pretesa che il cittadino fa valere nei confronti dello Stato nell'ambito del rapporto obbligatorio che esso instaura con le singole strutture (pubbliche o private) «si specifica nella esigibilità di uno *standard organizzativo* in grado di assicurare il perseguimento dell'obiettivo di tutela della salute *secondo quelli che sono i parametri imposti dalla legge*»²⁹⁴. Ciò, dunque, dovrebbe portare a ricercare una «uniformità di regime per la responsabilità di qualsivoglia struttura sanitaria, sia essa struttura pubblica o privata, ente *profit* o ente *no profit*». Tuttavia tale uniformità di regime dovrebbe valere per la sola responsabilità della struttura e non anche, (come ha voluto la giurisprudenza con la creazione del «modello unitario»), per la responsabilità del singolo medico. La dottrina in parola (ri-)propone quindi, guardando anche alle soluzioni elaborate in altri Paesi europei (che distinguono la responsabilità della struttura da quella del professionista ivi operante ²⁹⁵), il meccanismo della doppia responsabilità diretta, ossia della responsabilità contrattuale per la struttura e aquiliana per il medico²⁹⁶.

Si tratta, però, di una formula in parte riadattata, per cui è opportuno esaminare distintamente i due ambiti di responsabilità.

²⁹³ Cfr. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., 559.

²⁹⁴ DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 561 (corsivi propri).

²⁹⁵ Il riferimento è ai modelli francese e tedesco. Nel primo vi è addirittura una diversità di giurisdizione ai fini del giudizio sulla responsabilità extracontrattuale delle strutture pubbliche (giudice amministrativo) da un lato, e sulla responsabilità extracontrattuale del medico e contrattuale della struttura privata (giudice ordinario) dall'altro; nel secondo vi è una tripartizione delle alternative contrattuali che il paziente può concludere, che comporta una distinta ripartizione delle responsabilità (il contratto può essere concluso rispettivamente: a) con la sola struttura, b) separatamente con medico e struttura, c) con la struttura insieme a un contratto «aggiuntivo» con il medico).

²⁹⁶ Secondo DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 563, le due responsabilità scaturiscono non già da un unico fatto a rilevanza plurima, bensì «da due fatti distinti, ogniqualvolta l'agire organizzato si confronta con l'agire individuale e quest'ultimo acquista autonomo rilievo come fatto illecito del singolo». Più in particolare, poi, la responsabilità della struttura «origina dalla inesatta attuazione di un servizio (di assistenza sanitaria) che si presenta come prodotto di sinergie integrate in cui le singole componenti (strutturali, assistenziali, sanitarie, alberghiere) vengono tra loro a saldarsi, acquisendo rilievo come espressione unitaria di un agire organizzato a differenti livelli di competenza e professionalità»; mentre la responsabilità del singolo sanitario si fonda «sull'accertamento di un illecito aquiliano imputabile al medico stesso che, come responsabilità da *status*, impone al medico la prova della corretta osservanza degli obblighi su di esso gravanti come medico professionista».

Quanto alla responsabilità della struttura, essa è configurata secondo quello che, per la dottrina in parola, è ritenuto essere il modello comune dell'assistenza prestata dalle strutture sanitarie sia pubbliche che private²⁹⁷, e che viene definito «contratto di assistenza sanitaria». In tale modello è preponderante la dimensione organizzativa preordinata all'erogazione di servizi di cura delle persone, la quale dunque, penetrando nel rilievo causale del contratto, inevitabilmente condiziona la ricerca delle regole di responsabilità. Di conseguenza la disciplina applicabile a tale schema contrattuale viene ricavata guardando a quei contratti che in qualche modo siano «conformati alle esigenze di tutela delle persone nell'ambito della erogazione di un servizio» e, nello specifico, al contratto di trasporto di persone, all'interno della cui disciplina l'art. 1681 c.c., nel riferimento all'adozione di «misure idonee» quale esimente della responsabilità, conferisce implicitamente rilievo all'organizzazione dell'attività in funzione della prestazione del servizio²⁹⁸. In definitiva la proposta è quella di disciplinare la responsabilità della struttura sanitaria sul modello dell'art. 1681 c.c., applicato per analogia²⁹⁹.

Tuttavia è lecito osservare che al fine dell'affermazione della responsabilità contrattuale dell'ente che eroga la prestazione, il richiamo dell'art. 1681 c.c. se per un verso non appare necessario, per altro verso rischia di aggravare oltremodo la posizione della struttura. Quanto al primo profilo va detto che la tutela offerta alla persona del viaggiatore dalla norma citata si pone, nel contesto della disposizione, come riferita a un interesse effettivamente *altro* (seppur connesso)

²⁹⁷ Per la verità l'A. muove da una presunta contrapposizione di modelli di responsabilità elaborati, rispettivamente, per le strutture pubbliche e private (cfr. DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 568): per quest'ultime infatti il modello andrebbe inquadrato nella responsabilità d'impresa, mentre per le strutture pubbliche esso sarebbe quello della responsabilità professionale, in base al rinvio che la giurisprudenza operava alla disciplina del contratto d'opera intellettuale. Tuttavia va osservato che a fondamento di tale contrapposizione si richiama (quanto al modello di responsabilità per le strutture private) un sentenza rimasta isolata (ossia Cass., 8 gennaio 1999, n. 103) e la giurisprudenza relativa alle prestazioni richieste a strutture private ma rese da un medico prescelto dal paziente (cioè "di fiducia"). Invero quanto alla prima sentenza va ricordato che il principio da essa affermato (ossia che la responsabilità *ex art.* 1228 c.c. prescinde dalla colpa dell'ausiliario e pertanto sarebbe una responsabilità "per rischio") è stato smentito dalla giurisprudenza successiva (v. Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, cit., cui *infra* si farà riferimento); quanto all'ulteriore giurisprudenza richiamata va osservato che essa, più che configurare una responsabilità d'impresa, pretenderebbe di estendere la relazione contrattuale instaurata dal paziente con il sanitario di fiducia anche alla struttura presso la quale quest'ultimo ha eseguito la prestazione richiesta, così da poter affermare (oltre alla responsabilità del singolo) anche la responsabilità della struttura; ma ciò tale filone giurisprudenziale fa senza dimostrare il fondamento dell'affermata relazione paziente-struttura, limitandosi solo a richiamare il «collegamento» tra la prestazione del singolo e l'organizzazione della struttura.

²⁹⁸ DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 572, rifacendosi al pensiero di Galgano.

²⁹⁹ DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 573.

rispetto a quello all'esecuzione della prestazione (secondo il modello dei c.d. obblighi di protezione). Diversamente nella relazione di cura si è visto che non vi è spazio per la configurazione di autonomi obblighi di protezione che abbiano ad oggetto la persona del paziente, dal momento che essi vengono assorbiti nell'interesse alla prestazione; pertanto, al fine di affermare la responsabilità contrattuale della struttura per il danno alla persona del paziente in conseguenza delle cure sarebbe sufficiente richiamarsi alla disciplina dell'inadempimento. Quanto poi al fatto che il richiamo dell'art. 1681 c.c. rischia di aggravare la posizione della struttura sanitaria, va solo osservato che la necessità di adottare, secondo il testo della disposizione, «tutte le misure idonee a evitare il danno» finisce per dar corpo a una responsabilità oggettiva, alla quale, del resto, pare alludere la stessa dottrina che propone il criterio in questione nel momento in cui afferma che la prova liberatoria dovuta dalla struttura «non si ferma a quella delle misure imposte per legge ma esige la dimostrazione della mancanza di collegamento causale tra l'organizzazione e il danno»³⁰⁰.

Per quanto attiene invece alla responsabilità del singolo operatore sanitario, la tesi qui riportata ne individua il fondamento in maniera ambigua, poiché seppur afferma che esso va rinvenuto in un illecito aquiliano, aggiunge però che quest'ultimo andrebbe imputato al medico in base alla violazione degli obblighi su di lui gravanti in virtù del proprio *status* professionale. A tal riguardo va solo evidenziato come appaia contraddittorio qualificare come extracontrattuale una responsabilità che si suppone derivare dalla violazione di obblighi verso un soggetto determinato, e tanto più ove tali obblighi siano quelli inerenti a una prestazione professionale che per sua natura non può svolgersi se non all'interno di una relazione obbligatoria/contrattuale. Sintomatico è in effetti, sotto questo profilo, il criterio d'imputazione che viene proposto per l'accertamento della responsabilità in questione, e cioè quello dello «standard di diligenza e perizia esigibile dal medico sulla base del suo *status* professionale»: un criterio che invero disciplina l'adempimento di un rapporto obbligatorio, e che nulla avrebbe a che vedere con la responsabilità extracontrattuale. Non è chiaro, in definitiva, quale sia il fondamento della responsabilità del medico, qualificata sì come aquiliana, ma disciplinata sulla falsariga della responsabilità contrattuale³⁰¹,

³⁰⁰ DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 575.

³⁰¹ Ne è un esempio la disciplina dell'onere della prova, perché secondo la tesi in esame, a fronte dell'azione del paziente danneggiato, sarebbe il sanitario a dover dimostrare l'assenza di colpa (v. infatti DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 583, ove si afferma che un tale cambiamento dell'onere della prova sarebbe sostenibile «ogniquale volta venga in gioco la professionalità dell'agire del soggetto/autore dell'illecito in quanto – nel passaggio dall'anonimato del “chiunque” allo *status* professionale dell'autore dell'illecito – si potrà da esso esigere di dare conto al destinatario dell'opera prestata – a prescindere dal suo collocarsi o meno nell'ambito di una relazione contrattuale – della conformità alle regole specifiche del settore professionale»).

si da creare una sorta di *tertium genus* di responsabilità in realtà sconosciuto all'ordinamento³⁰². Per di più non possono che riproporsi, rispetto alla ricostruzione qui descritta, le perplessità già esposte in precedenza nei confronti dell'impostazione giurisprudenziale che già in passato aveva sposato la linea del «doppio binario».

5. *La tesi della fattispecie contrattuale a struttura complessa. Critica*

Secondo taluno, la relazione che si instaura tra paziente e medico dipendente di una struttura sanitaria darebbe luogo a un vero e proprio rapporto contrattuale³⁰³. Per giustificare tale conclusione si dà rilievo al collegamento che sussiste tra tale relazione e i diversi rapporti instaurati dal medico con l'ente da un lato e da quest'ultimo con il paziente dall'altro; rapporti che «(in punto di fatto) preparano e (sul piano giuridico) rivelano la volontà delle parti di assumere un impegno e dar vita a un regolamento privato di interessi». In altri termini «attraverso i due contratti conclusi con l'ente [quello del medico e quello del paziente] si arriv[a] a veicolare la domanda e l'offerta del servizio medico, ragioni per cui i primi rappresentano una sorta di canale di accesso rispetto alla conclusione del contratto tra medico e paziente»³⁰⁴. La fonte del contratto tra sanitario e assistito sarebbe poi da rinvenirsi nel «contatto sociale», in cui si radica l'affidamento (che a sua volta avrebbe il ruolo di vera e propria fonte di obbligazioni *ex art. 1173 c.c.*) il quale ultimo non ha però ad oggetto una mera protezione, bensì una vera e propria prestazione. Il risultato dell'intreccio delle diverse relazioni viene dunque descritto come «una fattispecie contrattuale a struttura complessa, dominata dalla presenza di un collegamento negoziale tra tre rapporti *ex contractu*: quello tra ente e medico, quello tra ente e paziente, quello tra paziente e medico»³⁰⁵. In questo contesto, mentre alcune prestazioni (ad esempio quelle pecuniarie) sono regolate dai primi due rapporti, la prestazione

³⁰² Ciò emerge anche dall'affermazione (priva invero di supporto normativo) della possibilità per il medico che sia convenuto in giudizio unitamente all'ente sanitario di valersi del beneficio di preventiva escussione laddove sia in grado di dare prova di una «non grave violazione» delle «regole desumibili da protocolli scientifici, linee guida, raccomandazioni» (DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 585).

³⁰³ IAMICELI, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 3/2000, 381 ss.

³⁰⁴ IAMICELI, *Op. ult. cit.*, 382; per cui, si aggiunge, un tale rapporto così instaurato tra medico e paziente «non è dunque una forma *deminuta* del rapporto tra paziente e medico autonomo, ma solo un diverso tipo di rapporto contrattuale, in un certo senso «indirizzato», per volontà delle parti, dai precedenti contratti conclusi con l'ente».

³⁰⁵ IAMICELI, *Op. ult. cit.*, 381.

professionale è oggetto, a diverso titolo, di entrambi i rapporti che fanno capo al paziente³⁰⁶.

Tuttavia una siffatta ricostruzione non risulta appagante. In effetti pur a fronte della «disarticolazione» della fattispecie (e dei rapporti) che essa propone, la struttura continua a rispondere anche per l'operato del professionista: si afferma infatti che sulla stessa grava non solo il rischio legato agli aspetti organizzativi dell'erogazione del servizio, ma anche quello legato agli aspetti strettamente medici (proprio perché il medico «non è che uno dei fattori che integrano la prestazione dell'ente; di qui la responsabilità di quest'ultimo per l'operato del professionista»³⁰⁷). Sennonché, stando alle premesse della tesi in parola, verrebbe da chiedersi perché l'ente di cura dovrebbe rispondere di un fatto che, a rigore, dovrebbe dirsi costituire inadempimento di una distinta obbligazione. Invero, riconoscere la responsabilità della struttura per l'operato del medico significa riconoscere che l'attività di quest'ultimo costituisce, più propriamente, adempimento dell'obbligazione dell'ente; e ciò dovrebbe bastare a impedire che tale attività possa essere qualificata anche come adempimento di un distinto contratto con il paziente (già essendosi fatto cenno ai dubbi sulla giustificazione causale di un'ulteriore obbligazione di cura del sanitario a fronte di quella già assunta dalla struttura)³⁰⁸.

In definitiva l'individuazione, all'interno di una relazione di cura con un ente organizzato, di un autonomo contratto che disciplini il rapporto medico-paziente appare quantomeno eccessiva (tanto è vero che si è costretti a limitarne l'oggetto alla sola prestazione professionale³⁰⁹), o comunque una superfetazione che nulla aggiunge alle tutele di cui già il paziente godrebbe.

³⁰⁶ Più precisamente si afferma (IAMICELI, *Op. ult. cit.*, 381) che la prestazione professionale è oggetto del rapporto tra paziente ed ente (che l'ente assicura la disponibilità di un personale qualificato a cui rivolgersi, peraltro riservandosi la facoltà di condizionare la scelta del medico da parte del paziente in ragione di tale disponibilità); nonché è oggetto del rapporto tra paziente e medico «nel momento in cui il paziente decide di avvalersi di quella disponibilità, in quanto è in questo preciso ambito che il rapporto di cura si sviluppa e la prestazione viene definita ed eseguita».

³⁰⁷ Tra l'altro si predica pure la diversità dei criteri d'imputazione delle responsabilità di medico e struttura (a motivo, si dice, della distinzione dei rapporti contrattuali): oggettivo il criterio per l'ente, responsabilità per colpa, quello per il medico.

³⁰⁸ Nel senso che la qualificazione dell'attività del medico come adempimento dell'ente esclude, in quanto tale, una sua qualificazione anche come adempimento di un distinto contratto con il paziente v. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 336, il quale, per lo stesso motivo, esclude anche la qualificazione dell'attività del medico «come prestazione autonoma dell'agente, quale ipotesi cioè di adempimento del terzo».

³⁰⁹ Se così non fosse si dovrebbe da un lato accordare al paziente l'intero apparato di tutele contrattuali (dall'azione di esatto adempimento a quelle di invalidità del contratto, ecc.) che invece semmai andranno indirizzate verso la struttura, e dall'altro ammettere che anche il medico possa far valere le pretese di tale contratto verso il paziente.

6. *La tesi dell'obbligazione di fonte legale. Critica*

La dottrina che si è mostrata critica rispetto alla tesi della fattispecie contrattuale a struttura complessa ha proposto, a sua volta, di individuare la fonte del rapporto tra medico (pubblico) e paziente nella legge, la quale verrebbe così a configurarsi come regolamentazione distinta da quella (il contratto) che disciplina le altre due relazioni³¹⁰. In quest'ottica il collegamento tra i diversi rapporti «rileva (...) nel senso che il rapporto medico-paziente mutua o deriva il suo contenuto concreto dal contratto di cura con la struttura sanitaria». Ma in ogni caso, si precisa, la natura del rapporto medico-paziente è «schiettamente *contrattuale*», posto che esso «si articola in una serie di prestazioni e di obblighi specifici: lealtà reciproca, diligenza e perizia professionali, informazioni prima e durante il trattamento sanitario e perfino dopo la risoluzione del contratto di cura ospedaliero, e così via»³¹¹. In altre parole la ricostruzione in esame mantiene ferma l'idea che tra medico e paziente si crei una vera e propria relazione obbligatoria, solo che ne individua la fonte nella legge. La necessità di mantenere un connotato “forte” alla relazione tra soggetto curante e curato deriva dalla considerazione che il rapporto medico-paziente non è diretto a soddisfare il generico interesse a non subire lesioni nella sfera dei propri diritti, bensì a soddisfare un interesse predefinito, quello di cura. Per cui è solo affermando la natura obbligatoria del rapporto particolare che «il quadro ricostruttivo riflette l'effettivo atteggiarsi del rapporto e dà poi ragione delle regole elaborate dalla giurisprudenza (...)»³¹² (qui riferendosi alla tesi giurisprudenziale che ritiene anche il medico debitore della prestazione di cura), poiché diversamente esse rischierebbero di apparire una «arbitraria e posticcia» estensione al medico della responsabilità propria della struttura.

Tuttavia è altrettanto vero che la tesi in parola parrebbe non approfondire l'analisi sull'effettivo contenuto dell'obbligazione *ex lege* che legherebbe medico e paziente: non appare sufficiente infatti a tal fine dire che il rapporto tra i due mutua il proprio contenuto dalla relazione del paziente con la struttura sanitaria, non essendo il contenuto di quest'ultima limitato alla sola prestazione strettamente medica, risultando anzi ben più ampio. Ma soprattutto (ed è forse l'osservazione decisiva) non si rinvengono nella legislazione in materia sanitaria

³¹⁰ PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 325 ss. La tesi è stata ribadita successivamente anche in *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 7/2009, 703 ss.

³¹¹ PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 337.

³¹² PARADISO, *Op. ult. cit.*, 338.

disposizioni che possano giustificare la nascita direttamente in capo al singolo medico di un'obbligazione di cura verso il paziente³¹³.

7. *La tesi dell'esercizio «a destinazione multipla» di un diritto potestativo. Critica*

Una prospettiva non dissimile da quella appena descritta è quella di chi, per giustificare la responsabilità del singolo medico dipendente pubblico, fa leva sull'esercizio «a destinazione multipla» del diritto potestativo di accesso al servizio sanitario da parte del paziente, esercizio dalla cui pluralità di effetti scaturirebbe il fascio di rapporti tra paziente, ente e medico³¹⁴.

A tal proposito, però, si può osservare che il diritto potestativo del paziente ha come controparte la sola struttura, e non anche il singolo professionista che in essa opera³¹⁵; infatti, come già osservato rispetto alla tesi in precedenza esposta, non vi sono disposizioni che impongono obblighi di cura direttamente in capo al medico dipendente (pubblico).

³¹³ Ciò è messo in luce anche da Trib. Milano, 17 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 1/2015, 47 ss., con nota di MATTINA, “*Legge Balduzzi*”: *diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*, ove si legge che «la legge 833/1978 non consente di ravvisare un'obbligazione legale (ex art. 1173 c.c.) in capo al singolo medico “ospedaliero”, il quale si trova normalmente ad eseguire la sua prestazione in virtù del solo rapporto giuridico che lo lega alla struttura sanitaria nella quale è inserito (...)». La normativa in parola costituisce tutt'al più la fonte di un'obbligazione per le strutture (pubbliche o private convenzionate), ma non per il personale al loro interno operante.

³¹⁴ MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., 501 ss., spec. 507. Per la verità secondo l'A. la soluzione migliore (ma non possibile *de iure condito*) per veicolare verso il paziente/cliente la costellazione di elementi che costituiscono l'intreccio della relazione paziente-medico-struttura (senza rinunciare alla possibilità dell'azione diretta contro il medico) sarebbe «la postulazione di un vincolo di responsabilità in solido tra l'Ente ed il professionista per ciò che concerne la prestazione professionale di quest'ultimo». «Tale vincolo», prosegue l'A., «renderebbe infatti rilevante all'esterno il rapporto interno (pubblicistico o privatistico) che lega il medico alla struttura, demanderebbe a tale rapporto interno l'eventuale rivalsa e la concreta operatività del diverso atteggiarsi della colpa tra i due soggetti (medico e struttura), assegnerebbe una sede unitaria alla quantificazione del danno evitando duplicazioni fastidiose, sancirebbe in modo chiaro la natura contrattuale della responsabilità del medico e dell'Ente e, quanto alla fonte dell'obbligazione medica, renderebbe del tutto praticabile, grazie alla piena postulata responsabilità solidale dell'Ente, una revisione concettuale ed un adattamento persino dello schema della promessa del fatto del terzo o della cooperazione ausiliaria». Tuttavia pare lecito osservare che la mera previsione di una responsabilità solidale del medico non chiarisce a cosa ed entro quali limiti questi sia obbligato verso il paziente.

³¹⁵ V. art. 19, comma 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833, secondo il quale «le unità sanitarie locali [costituite in aziende dopo la riforma del 1992] provvedono ad erogare le prestazioni di prevenzione, di cura, di riabilitazione e di medicina legale, assicurando a tutta la popolazione i livelli di prestazioni sanitarie stabiliti ai sensi del secondo comma dell'articolo 3», ossia i livelli delle prestazioni, stabiliti per legge, «che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini».

8. La tesi della prestazione del medico dipendente come negotiorum gestio. Critica

In dottrina v'è stato anche chi, nel tentativo di individuare un fondamento alternativo alla responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria, ha ricondotto l'attività che quest'ultimo svolge verso il paziente allo schema della *negotiorum gestio*³¹⁶. A tal proposito, si osserva, il requisito della spontaneità della gestione non potrebbe dirsi escluso dall'obbligazione che il medico assume nei confronti della struttura (attraverso il contratto di lavoro), poiché tale ultimo rapporto intercorre con un soggetto terzo rispetto al paziente, il quale non ha alcun diritto alla prestazione verso il sanitario³¹⁷. Né, specularmente, sarebbe d'impedimento l'obbligazione sussistente tra il paziente e l'ospedale, dal momento che anche in tal caso essa coinvolge un soggetto diverso rispetto alla coppia paziente-medico³¹⁸. Quanto poi al requisito dell'*absentia domini*, cioè dell'impossibilità per l'interessato di intervenire sulla situazione che lo riguarda, esso, nel caso della prestazione di cura erogata all'interno di una struttura sanitaria, andrebbe rinvenuto nella circostanza che...«la persona ricoverata in ospedale non è tipicamente in grado di provvedere direttamente alla sua salute»³¹⁹, ossia, pare lecito dedurre, nel fatto che il paziente non è in grado di curarsi da solo.

La ricostruzione esposta non è convincente. Essa infatti in tanto può predicare la spontaneità dell'intervento del medico in quanto l'attività di quest'ultimo si distingue da quella cui è tenuta la struttura; ma in realtà è evidente che l'opera del medico è la prestazione della struttura (pur se non la esaurisce). Il medico, invero, è lo “strumento” del quale la struttura si serve per eseguire la propria prestazione verso il paziente, il che priva inevitabilmente l'opera del sanitario nei confronti di quest'ultimo dei caratteri dell'autonomia e della spontaneità. Ipotizzare, come fa la dottrina citata, che l'obbligazione della struttura e quella del medico siano distinte³²⁰, significherebbe ammettere che la

³¹⁶ PISANI, *La prestazione del medico ospedaliero nel sistema delle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2012, 498 ss.

³¹⁷ Scrive PISANI, *Op. ult. cit.*, 499: «l'obbligazione è un rapporto giuridico che lega il creditore ed il debitore: non si capisce perché su di esso possa influire il rapporto tra il debitore ed un terzo: il paziente è il mero destinatario fisico della prestazione medica alla quale il sanitario si è obbligato nei confronti dell'ospedale che rimane il soggetto attivo della situazione giuridica».

³¹⁸ «Non vi è motivo per il quale l'obbligazione *ex lege* in testa all'ospedale debba “sterilizzare” l'obbligazione gestoria del medico. Siamo in presenza di una pluralità di obbligazioni in testa a soggetti diversi» (PISANI, *Op. ult. cit.*, 500).

³¹⁹ PISANI, *Op. ult. cit.*, 503.

³²⁰ Scrive PISANI, *Op. ult. cit.*, 500, di una «pluralità di obbligazioni in testa a soggetti diversi».

struttura possa adempiere alla propria obbligazione senza che il medico scelga “spontaneamente” di curare il paziente: cosa assai difficile da immaginare. Infine, perplessità non dissimili desta la lettura del requisito dell'*absentia domini* che la predetta dottrina propone. Che il paziente possa non essere in grado di curarsi da solo (quand'anche fosse egli stesso medico) è ovvio: ma è appena il caso di rilevare che la modalità con cui egli provvede ai propri interessi è esattamente quella di recarsi presso una struttura sanitaria, instaurando così il rapporto obbligatorio finalizzato alla cura. In altre parole l'impossibilità di provvedere al proprio interesse (in cui consiste l'*absentia domini*) potrebbe rinvenirsi semmai nell'impossibilità per la persona di entrare in relazione con il medico (o con la struttura), cioè nell'impossibilità di procurarsi la prestazione dell'attività sanitaria, ma non già nell'incapacità di curarsi autonomamente³²¹.

9. *La tesi della responsabilità oggettiva e in particolare l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. all'attività medica. Critica*

Specialmente nel periodo in cui era in voga la qualificazione della responsabilità del medico come aquiliana, certa dottrina si è posta la questione dell'applicabilità al sanitario (anche dipendente) dei criteri di responsabilità oggettiva. Al loro interno, un profilo di particolare attenzione merita, in primo luogo, il vaglio della possibilità di ricondurre l'attività medica entro le attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c.³²² A questo riguardo inizialmente non vi è stata univocità di vedute tra gli studiosi: la tesi tradizionale escludeva la possibilità di applicare tale norma all'esercizio di attività liberali. In particolare, la prima dottrina formatasi sotto il vigore del Codice del 1942, partendo dal presupposto che nella logica dell'art. 2050 c.c. il rischio dell'attività dovrebbe gravare su chi dall'attività trae un vantaggio (piuttosto che su terzi estranei all'attività e ai suoi risultati), osservava che, nel caso del medico, se pur è indubbio che quest'ultimo tragga vantaggio dalla propria attività, è altrettanto indubbio che il rischio «riguard[*i*] non i terzi estranei, ma quella persona, ed anzi proprio quei determinati beni, per il cui vantaggio l'attività è svolta»³²³, ossia il paziente. In altri termini si

³²¹ Un'ipotesi di *negotiorum gestio* potrebbe allora rinvenirsi nel caso in cui il medico presti le cure urgenti e indifferibili ad un paziente incosciente.

³²² In tal senso v. PONTRELLI, *Danno alla persona da responsabilità professionale medica: nuovi indirizzi (colpa lieve? no fault?)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 478 ss., spec. 481 e RUFFOLO, *Sull'applicazione dell'art. 2050 c.c. all'attività sanitaria*, in *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, 89 ss.

³²³ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 314. Diverso è stato il percorso della responsabilità da emotrasfusioni, il cui inquadramento, inizialmente, era stato proprio nell'ambito dell'art. 2050 c.c. Tuttavia, più recentemente, tale responsabilità è stata ricondotta all'alveo contrattuale (v. Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., nonché Cass., 20 aprile 2010, n.

faceva notare che la pericolosità presa in considerazione dall'art. 2050 c.c. doveva necessariamente riguardare beni di persone *diverse* da quelle che ricevono diretto vantaggio dall'attività; di conseguenza non poteva essere considerata pericolosa un'attività «nei riguardi del bene determinato alla cui tutela essa è preordinata»³²⁴.

La dottrina successiva ha invece ritenuto superabili i timori legati all'applicazione di un regime più rigoroso di responsabilità per il professionista. In particolare sono stati evidenziati³²⁵: la valenza meramente descrittiva del brocardo *cuius commoda eius et incommoda*; il fatto che molti dei trattamenti medici sono eseguiti presso strutture complesse, nelle quali quindi prevale l'elemento dell'organizzazione (per cui la singola prestazione intellettuale – cui l'art. 2236 c.c. fa riferimento – sarebbe solo uno degli elementi del più ampio fascio di prestazioni cui l'ente è tenuto); infine, il fatto che la nozione di pericolosità non andrebbe vista in rapporto al soggetto che può subire danno, bensì in rapporto alla natura dell'attività stessa e ai mezzi adoperati. Si è dunque proposto di applicare alla responsabilità medica la regola dell'art. 2050 c.c., limitandone tuttavia l'operatività solo ad alcune prestazioni eseguite negli ospedali (e quindi nel contesto di un'organizzazione) «escludendo i singoli operatori per i quali rimarrebbero ferme le regole della responsabilità basata sulla colpa»³²⁶. Tuttavia, a proposito di tale limitazione, si potrebbe osservare che essa appare arbitraria in mancanza di criteri utili a individuare a quali prestazioni dovrebbe applicarsi il regime anzidetto.

Ad ogni modo sulla linea del riconoscimento di un ruolo all'art. 2050 c.c. nell'ambito qui in esame si pone anche uno studio successivo, secondo il quale le perplessità legate all'applicazione di tale disposizione sarebbero superabili, dal

9315, in *Resp. civ.*, 11/2010, 732 ss., con nota di GRONDONA, *La responsabilità del medico per emotrasfusione infetta*).

³²⁴ CATTANEO, *Op. ult. cit.*, 314. Per la giurisprudenza, anch'essa orientata sin da subito ad escludere l'applicazione dell'art. 2050 c.c., v. Cass., 28 settembre 1968, n. 3011 (citata in PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 179, nt. 184) secondo la cui massima «l'art. 2050 concerne genericamente le attività pericolose e non si applica a quelle per le quali il legislatore ha provveduto specificamente, sicché l'attività che formi oggetto della prestazione dovuta dal professionista (medico chirurgo) al proprio cliente ricade esclusivamente nell'ambito dell'art. 2236 cod. civ. cui è estranea ogni presunzione di colpa». Nello steso senso Cass., 10 luglio 1979, n. 3978, in *Mass. giust. civ.*, 1979. A tal proposito va però osservato da un lato che tale giurisprudenza si esprime in un contesto nel quale l'art. 2050 c.c. era interpretato come norma fondante una presunzione di colpa (pur se tale opinione, inizialmente radicata in giurisprudenza, non era già all'epoca pacifica in dottrina, come rileva PRINCIGALLI, *Op. ult. cit.*, 178, nt. 183); dall'altro che appare apodittica l'affermazione per cui la norma regolatrice di tali fattispecie dovrebbe essere l'art. 2236 c.c. (cosa che, come si rileverà *infra*, la dottrina ha successivamente posto in evidenza).

³²⁵ PRINCIGALLI, *Op. ult. cit.*, 180 ss.

³²⁶ PRINCIGALLI, *Op. ult. cit.*, 181.

momento che spesso esse sono state giustificate sulla sola base della tradizione³²⁷. Si evidenzia dunque, quanto alla perplessità la relativa alla possibilità di riferire all'operatore sanitario una disposizione che avrebbe come destinatario naturale l'imprenditore, che «né la lettera della norma né le dichiarate intenzioni del legislatore autorizzano l'interprete a circoscriverne l'ambito di applicazione all'attività d'impresa»; quanto invece alle resistenze a qualificare come «pericolosa» l'attività medica «di regola apportatrice più di *chances* di guarigione che di probabilità di danno»³²⁸, si afferma che «la potenziale dannosità dell'atto medico si evidenzia da sé, se solo si consideri il suo carattere invasivo sui delicati equilibri nell'organismo». Si giunge così a proporre l'applicazione dell'art. 2050 c.c. quale disciplina della responsabilità anche del singolo operatore sanitario. Ma, si precisa, l'utilizzo della disposizione andrebbe circoscritto a quei soli casi in cui effettivamente il rischio per il paziente risulti (in seguito ad un giudizio di pericolosità *ex ante*) superiore alle probabilità di esito favorevole del trattamento, rimanendo gli altri casi regolati dall'art. 2043 c.c.; e ai fini dell'individuazione della prima casistica si propone di far riferimento alle condizioni del paziente e alle circostanze oggettivamente riscontrabili, posto che solo in tal modo sarebbe possibile «distinguere le ipotesi di obiettiva "pericolosità" da quelle in cui tale connotazione è il risultato del comportamento colposo dell'operatore, da valutare secondo i criteri *ex art. 2043 cod. civ.*»³²⁹.

Ebbene, con riguardo a una tale soluzione va osservato che essa comporta un artificioso frazionamento dell'attività medica, il quale finisce per porsi contro la logica insita nello stesso criterio della pericolosità dell'attività. In effetti è fuor di dubbio che la pericolosità vada accertata, per così dire, "al netto" della colpa/errore dei soggetti che esercitano l'attività (diversamente tale più rigoroso criterio non servirebbe, essendo sufficiente quello dell'imputazione per colpa), perché ciò che va apprezzato è se, nello svolgimento di un'attività unitaria, si verifichi la commissione di danni *indipendentemente* dalla possibilità di accertare le singole colpe di coloro che quell'attività svolgono. Il criterio serve insomma ad agevolare la riconduzione del danno (e quindi il risarcimento) entro la sfera di questi ultimi. Pertanto il fatto che, pur nell'ambito di un'attività qualificata come «pericolosa», alcuni danni siano riconducibili a colpa, nulla toglie alla qualificazione dell'attività, né alla conseguente operatività del criterio di

³²⁷V. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, Milano, 1993, 80, nt. 37, il quale richiama le apodittiche affermazioni della già citata Cass., 10 luglio 1979, n. 3978 (in *Mass. giust. civ.*, 1979) secondo la quale l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2050 c.c. sarebbe dovuta all'assorbente funzione regolatrice (in materia di responsabilità medica) dell'art. 2236 c.c.

³²⁸ CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, 17.

³²⁹ ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., 82, nt. 46.

responsabilità per essa previsto. Se ciò è vero, è facile allora obiettare che la soluzione della dottrina da ultimo citata finisce per comportare non tanto l'applicazione di due regimi di responsabilità (oggettivo e per colpa) alla medesima attività (medica), bensì l'artificiosa creazione di più "attività mediche", alle quali, a seconda che vengano qualificate come pericolose oppure no, si applicheranno i rispettivi regimi di responsabilità. Un tale esito, evidentemente, è da escludere, risultando impraticabile la distinzione dei diversi trattamenti medici in pericolosi e non pericolosi, se non altro perché sarebbe poi sempre possibile, con lo stesso meccanismo, individuare al loro interno condotte nuovamente qualificabili come pericolose e altre che non lo siano, procedendo così all'infinito.

A parere di altra dottrina che, più recentemente, si è occupata dell'applicazione dei criteri di responsabilità oggettiva all'attività medica, detta applicazione andrebbe invece, in generale, esclusa per diverse ragioni³³⁰. In primo luogo perché nel nostro ordinamento la responsabilità oggettiva è ammessa solo in casi eccezionali e, comunque, anche a voler estendere le fattispecie previste, non vi si potrebbe includere la responsabilità medica; in secondo luogo perché la responsabilità oggettiva è, tradizionalmente, responsabilità d'impresa, che mal si adatta all'attività del medico³³¹; in terzo luogo perché «all'attività liberale e "nobile" (...) ripugna l'accollo di obbligazioni risarcitorie non determinate da dolo o colpa, cioè da un fatto dipendente dalla volontà del soggetto o da un suo errore di comportamento»; da ultimo (e si tratta di una ragione di politica del diritto) «in quanto l'attribuzione di una responsabilità oggettiva scoraggerebbe l'esercizio di una attività che è strettamente necessaria, e quindi sommamente utile, all'organizzazione sociale»³³². Quanto poi all'art. 2050 c.c. la medesima dottrina ritiene che non sia possibile qualificare come «pericolosa» l'attività medica «sia perché, secondo l'orientamento tradizionale, sono tali solo le attività che per loro natura o per i mezzi adoperati comportano un grave rischio alla salute e sono contemplate specificamente nel testo unico di pubblica sicurezza, sia perché le professioni liberali, per quanto possano comportare il rischio, non sono mai state considerate di per sé pericolose per i danni che possano derivarne al consorzio sociale»³³³.

³³⁰ Cfr. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2/1999, spec. 322 ss.

³³¹ Salvo il medico risponda quale responsabile, appunto, di un'organizzazione (quale può essere una clinica privata), ma ciò, allora, non già per effetto dell'esercizio dell'*ars medica*; responsabilità oggettiva potrà invece esservi *ex art.* 2051 c.c. in conseguenza dell'uso di macchinari, siano essi di proprietà del medico oppure operino sotto la sua custodia.

³³² ALPA, *La responsabilità medica*, cit., 322.

³³³ ALPA, *Op. ult. cit.*, 322.

Pur a fronte di tali argomenti, però, altri Autori hanno (nuovamente) suggerito l'applicazione della responsabilità oggettiva unicamente alla struttura, la cui vocazione a divenire centro d'imputazione per responsabilità per rischio sarebbe addirittura *in re ipsa*³³⁴. Ma va detto che quest'opinione non è accettabile per una ragione di fondo. Invero discorrere di responsabilità oggettiva per un ente sanitario significa applicare questo concetto a una relazione obbligatoria (quale certamente è quella tra utente/cliente e struttura), e cioè alla responsabilità contrattuale, con l'evidente difficoltà, nel far ciò, derivante dalla diversità strutturale tra questa e la responsabilità aquiliana. Solo in quest'ultima infatti il danno è la fonte della responsabilità (le conseguenze del quale possono essere imputate oggettivamente), mentre nella responsabilità contrattuale alla base del risarcimento vi è pur sempre l'inadempimento, al quale solo in un secondo momento segue il danno. E tanto più la difficoltà si aggrava dal momento che la prestazione medica, anche laddove fornita da una struttura organizzata, è pur sempre, per la componente strettamente professionale, un'obbligazione di comportamento, nella quale un risultato, la cui mancanza possa essere oggettivamente imputata, non è certo facilmente individuabile³³⁵ (se pur è ipotizzabile un risultato «intermedio»³³⁶). Il rischio di una tale operazione, insomma, è quello di accollare in via oggettiva alla struttura non già qualsiasi inadempimento, ma qualsiasi danno (anche cioè non legato a un effettivo inadempimento), con l'effetto di trasformare la responsabilità in un sistema indennitario. Peraltro la qualificazione come oggettiva della responsabilità della struttura non risolve la questione della natura dell'eventuale responsabilità del singolo sanitario: invero l'ipotetica permanenza in capo a quest'ultimo di una responsabilità che richiami in qualche modo la colpa (anche solo come esimente, se utilizzi il modello della responsabilità contrattuale) risulterebbe decisamente contraddittoria, per cui, scelta la via della responsabilità oggettiva per la struttura, meglio sarebbe prevedere un'immunità per l'operatore sanitario³³⁷.

³³⁴ Così si esprime, ma senza spiegarne la ragione, MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., 502, cui si richiama, in senso adesivo, NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 875, secondo il quale la struttura potrebbe essere considerata «come un'impresa cui possono essere imputate le scelte organizzative e quindi i rischi tipici connessi alle attività che si svolgono all'interno di essa».

³³⁵ Scrive infatti NICOLUSSI, *Op. ult. cit.*, 877, che nei casi di attività medica priva di finalità estetiche si dovrebbe «far corrispondere il più possibile il risultato dovuto alla perizia dovuta nel caso concreto e (...) spostare in avanti, al buon esito, il risultato dovuto solo quando la probabilità della sua derivazione dal trattamento sia molto alta».

³³⁶ Cfr. NICOLUSSI, *Op. ult. cit.*, 874.

³³⁷ Proprio nel senso di una doppia e diversa responsabilità si esprime invece NICOLUSSI, *Op. ult. cit.*, 877, secondo il quale se, per quanto riguarda il medico, sarebbe opportuno avvicinare

Ad ogni modo, e in conclusione, pare lecito ritenere, in base alle osservazioni svolte, che sia difficilmente praticabile la via della responsabilità oggettiva, sia per la struttura sia per il singolo operatore. Soprattutto con riguardo a quest'ultimo, infatti, dal momento che l'applicazione di un regime oggettivo presuppone la qualificazione della responsabilità del singolo come aquiliana, non si potrebbe ignorare la disparità che si verrebbe a creare tra medico la cui responsabilità venga qualificata in tal modo (a motivo dell'assenza di un contratto con il paziente – come accade per il medico ospedaliero –) e medico che abbia invece stipulato con il paziente un contratto di prestazione d'opera intellettuale: al primo si potrebbe applicare l'art. 2050 c.c. mentre al secondo, no³³⁸.

SEZIONE II

Gli obblighi di protezione e la teoria dell'obbligazione senza prestazione

1. *Cenni introduttivi*

Giunti a questo punto della trattazione, onde meglio comprendere la ricostruzione teorica più recentemente sposata dalla giurisprudenza³³⁹ per inquadrare la responsabilità del medico dipendente (ma talora, estendendone impropriamente la portata, anche quella della struttura), è ineludibile dar conto, sia pur brevemente, della teoria e del dibattito relativo ai c.d. obblighi di protezione.

Tali obblighi fanno capo all'idea, sviluppatasi originariamente in seno alla dottrina tedesca e successivamente importata anche in Italia³⁴⁰, secondo cui

il più possibile il «risultato dovuto» (*sic*) alla perizia del caso concreto (salvo che per gli interventi con finalità estetica e per quelli che si potrebbero definire di *routine*), per la responsabilità dell'ente sarebbe invece possibile far ricorso a criteri oggettivi d'imputazione. Tuttavia non sembra fuori luogo evidenziare i problemi che una tale impostazione produrrebbe, sia in relazione all'individuazione del risultato (finale, ove possibile, o intermedio) da imputare (in via oggettiva alla struttura e come indizio d'inadempimento al medico, salva quindi la sua prova contraria), sia per la non remota eventualità della verifica di contrasti teorici tra giudicati.

³³⁸ Iniquità, questa, della quale ben si avvede (pur se in relazione all'art. 2051 c.c.) CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 341, il quale però, con riguardo ai medici non legati al paziente da un rapporto contrattuale, risolve il problema ritenendo, quanto all'art. 2050 c.c., che la norma non sia applicabile, essendo l'attività medica (e nella specie la cura radioterapica) pur sempre un atto vantaggioso per il malato, in quanto i rischi sono accompagnati dalle probabilità di giovamento, di tal che si dovrà applicare il solo art. 2043 c.c.

³³⁹ Almeno fino alla riforma contenuta nella l. n. 24/2017, sulla quale ci si soffermerà *infra*.

³⁴⁰ A dire il vero l'idea per cui solo in tempi relativamente recenti l'obbligazione sia stata ritenuta in grado di tutelare anche l'integrità del creditore e delle cose che gli appartengono è stata

l'obbligazione non è un rapporto a struttura lineare ai cui poli si situano da un lato il debito e dall'altro il credito, bensì «una struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali o accessori (*Nebenpflichten*) la cui funzione complessiva è di “pilotare” il rapporto obbligatorio verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare»³⁴¹. Tra gli obblighi in parola l'attenzione della dottrina si è soffermata maggiormente su quelli, appunto, di protezione (o di conservazione), ossia quelli finalizzati a preservare la persona e il patrimonio di ciascuna parte di un rapporto obbligatorio dal rischio specifico di danno che quella particolare relazione crea³⁴². Si tratta dunque di obblighi gravanti su entrambe le parti del rapporto e che hanno uno scopo negativo, ossia di mera conservazione della sfera giuridica altrui, diversamente dagli obblighi di prestazione, i quali hanno uno scopo positivo (cioè mirano a procurare un vantaggio al creditore)³⁴³. Ebbene, la principale conseguenza del riconoscimento degli obblighi di protezione è che la lesione alla persona o al patrimonio di una parte commessa in violazione di essi darà luogo, a carico dell'altra, non già a responsabilità extracontrattuale (come sarebbe altrimenti), bensì a responsabilità contrattuale. Un tanto esposto, non essendo opportuno, ai fini di quanto qui occorre, ripercorrere compiutamente lo sviluppo

recentemente messa in dubbio. In effetti si affermava (CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 2) che nel modello di obbligazione di stampo romanistico «la responsabilità *ex contractu* era esclusivamente dedicata a sanzionare l'inadempimento dell'obbligazione intesa come puro obbligo di prestazione». In contrario si sono però portati esempi nel diritto romano (LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, 20 ss.) in cui poteva dirsi tutelato in via contrattuale un interesse altro da quello alla sola prestazione, pur nell'ambito di un pensiero giuridico che considerava il rapporto obbligatorio come relazione semplice, per cui la tutela dello *status quo* era concepita ancora come obbligo di prestazione.

³⁴¹ CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 1, ma v. anche ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 123.

³⁴² V. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, 99; MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (studio critico)*, cit., 368 ss.; BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1349 ss. Scrive MENGONI, *Op. cit.*, 368: «si chiamano obblighi di sicurezza o, come dicono i tedeschi, “di protezione” [*Schutzpflichten*] oppure – giusta la terminologia del nostro art. 1175 – obblighi “di correttezza”, gli obblighi che, in virtù del principio della buona fede, accedono al rapporto obbligatorio in vista dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose dalla specifica possibilità di danno, derivante dalla particolare relazione costituitasi fra i due soggetti (interesse negativo di protezione). Sono obblighi essenzialmente reciproci, in contrapposto agli obblighi “di prestazione”, tipici della posizione giuridica del debitore».

³⁴³ Tuttavia ciò non significa che il contenuto degli obblighi di protezione sia necessariamente negativo: v. in proposito MENGONI, *Op. ult. cit.*, 368, nt. 12, il quale richiama varie ipotesi di obblighi di protezione aventi per oggetto un *facere* positivo (obblighi di custodia, di salvataggio, di protezione dell'altrui integrità fisica). D'altra parte l'obbligo di prestazione (che pure ha scopo positivo) può avere contenuto negativo.

degli obblighi di protezione in seno alla dottrina tedesca³⁴⁴, si darà cenno nel prosieguo, solamente del dibattito svoltosi in Italia, e della possibilità di giustificare l'esistenza di tali doveri alla luce dell'ordinamento nazionale³⁴⁵.

³⁴⁴ Volendo tentare una sintesi, si può dire che la teoria degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) costituisce lo sviluppo di quella delle c.d. violazioni contrattuali positive (*positiven Vertragsverletzungen*), elaborata da Hermann Staub (STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen* in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902, recentemente tradotta in italiano da VARANESI, *Le violazioni positive del contratto*, ESI, Napoli, 2001). Si trattava di una teoria volta a colmare una lacuna nel BGB: in effetti quest'ultimo, nel testo precedente la riforma del diritto delle obbligazioni (entrata in vigore il 1° gennaio 2002), non conteneva una clausola di esatto adempimento (analoga a quella dell'art. 1218 del codice italiano), ma considerava soltanto, quali categoria di inadempimento, l'impossibilità (*Unmöglichkeit*) e il ritardo (*Verzug*). Ebbene, al fine di risolvere il problema nei casi di inesatto adempimento, Staub affermò che il debitore è tenuto (oltre che ad adempiere e a farlo senza ritardo) anche ad "adempiere bene" alla prestazione, coniando quindi le c.d. violazioni contrattuali positive, con lo scopo di estendere ad esse, in via analogica, i rimedi contrattuali (altrimenti riservati ai soli casi di impossibilità della prestazione o di ritardo). Tuttavia, sin da subito la figura delle violazioni contrattuali positive è stata utilizzata non solo in funzione di tutela dell'interesse alla prestazione, ma anche in funzione di protezione della sfera giuridica del contraente (in tal senso v. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1990, 207 ss. il quale sottolinea la palese correlazione che la teoria delle violazioni contrattuali positive individua «fra i danni ulteriori (*Folgeschäden*) cagionati dall'inesatto adempimento e la violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridico-patrimoniale di cui siffatti danni sono conseguenza ed espressione»). La teoria di Staub venne successivamente ripresa da Heinrich Stoll (STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. Pr.* 136, 1932), il quale, a partire da essa, formulò una sistemazione generale che considerava (oltre alla posizione del debitore) anche la posizione del creditore. Stoll individuò dunque all'interno della struttura obbligatoria da un lato l'interesse alla prestazione, soddisfatto attraverso gli obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*) e dall'altro l'interesse (si noti: di entrambe le parti) a non subire danno alla propria persona o ai propri beni (*Schutzinteresse*), soddisfatto attraverso obblighi di protezione, scaturenti dalla regola di buona fede (*Treu und Glauben*) dettata dal § 242 del BGB. I doveri di protezione, secondo Stoll, potevano essere poi distinti in doveri di avviso (*Anzeige*) e di conservazione (*Erhaltungspflichten*) e loro connotato era proprio la reciprocità, posto che ciascuna parte ha interesse a preservare la propria sfera giuridica da fatti lesivi. Nasce in questa fase, dunque, la teoria dei doveri di protezione (*Schutzpflichten*), che considera il rapporto obbligatorio non più come rapporto semplice (qual era l'obbligazione romana) ma quale rapporto complesso, all'interno del quale accanto all'obbligo principale di prestazione si affiancano obblighi accessori di protezione, orientati a fa sì che l'effettuazione della prestazione avvenga senza danni per le parti del rapporto. In particolare va osservato che il fondamento dell'inclusione, all'interno del rapporto obbligatorio, della protezione di interessi di per sé tipicamente appannaggio della responsabilità extracontrattuale, sta nel fatto che tra le parti si crea, per effetto dell'instaurazione del vincolo, una relazione particolare (*Sonderbeziehung*) che le espone al pericolo di quei danni che possono originare per effetto della condotta dovuta da ciascuna in base al rapporto obbligatorio. A tal proposito, di «contatto sociale» (*sozialer Kontakt*) scrive DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, 67, approfondendo in tema di *Schutzpflichten* il concetto di HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für F. Siber*, II, Leipzig, 1943, 23, opera oggi tradotta in italiano da G. Varanese, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Giappichelli, Torino, 2012. Ad ogni modo la conseguenza di individuare tali doveri di protezione all'interno del fenomeno obbligatorio, comporta l'attrazione alla tutela contrattuale di quei beni (altrimenti protetti in via aquiliana) la cui esigenza di protezione è sorta *a causa* dell'instaurazione del vincolo obbligatorio, e indipendentemente dal contestuale inadempimento dell'obbligo di prestazione. La teoria delle *Schutzpflichten* è stata oggetto di notevole sviluppo in Germania, la cui dottrina si è prodigata a

individuare i diversi contenuti in maniera fin troppo minuziosa, aggiungendo ai doveri di avviso e conservazione di cui scriveva Stoll anche quelli di custodia, segreto, cooperazione, fedeltà e assistenza e adottando una nuova terminologia basata sulla diversa funzione dei doveri e secondo la quale l'espressione «doveri di protezione» va limitata a quelli di conservazione (v. sul punto BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, UTET, Torino, 1991, 222). Ad ogni modo la grande diffusione che la teoria ha avuto nell'ordinamento tedesco può dirsi dovuta alle peculiarità del sistema di responsabilità extracontrattuale del BGB. L'impianto di quest'ultimo si mostrava infatti particolarmente rigido nel riconoscimento di pretese risarcitorie, improntato com'era a un'ottica liberale. Più precisamente si può dire che il sistema risarcitorio del codice germanico si esaurisce nei due commi del § 823 e nel § 826. Il primo comma del § 823 contiene il c.d. *Enumerationprinzip*, secondo il quale sono risarcibili solo i danni cagionati ai beni in esso indicati (vita, integrità fisica, salute, libertà, proprietà o altro diritto, inteso però come assoluto); il secondo comma fa riferimento alla violazione di una disposizione (di diritto pubblico o privato) avente di mira la tutela di un terzo, ma ha dato luogo a notevoli difficoltà nell'individuazione di tali disposizioni, posto che, quanto alle norme di diritto pubblico, tutte hanno, almeno in termini generali, uno scopo di tutela dei cittadini (v. a tal proposito CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione* (Monaco, 1983), trad. it. a cura di A. di Majo e M. R. Marella, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/1983, 567 ss. e 4/1983, 803 ss., spec. 569) e comunque, anche annoverata una norma all'interno della previsione, resta il problema di individuare con precisione quale sia l'interesse da essa protetto e dunque risarcibile. Quanto al § 826, esso prevede il risarcimento del danno provocato da un'azione contraria ai buoni costumi: si tratta però di una previsione applicata solo in casi eccezionali, ritenendosi necessaria una trasgressione grave del buon costume. Un tale impianto orientato al principio della libertà d'azione si ritrova anche nelle disposizioni sulla responsabilità per fatto altrui e in particolare in quella relativa alla responsabilità dei padroni e committenti. Il § 831 infatti dispone che «chi assume una persona come commesso è obbligato al risarcimento del danno da questo illecitamente causato a terzi nell'esercizio delle proprie incombenze», tuttavia «l'obbligo al risarcimento del danno non sussiste se il committente, nella misura in cui deve procurare commissioni o affari ovvero nella misura in cui deve dirigere l'esecuzione delle commissioni, ha osservato la diligenza necessaria secondo gli usi nella scelta del dipendente, oppure se i danni si sarebbero prodotti anche con l'osservanza di tale diligenza». È dunque evidente che, a differenza delle corrispondenti previsioni di altri ordinamenti (art. 2049 c.c. e art. 1384 *code civil* – corrispondente, dopo la riforma del 2016, all'art. 1242 –) che prevedono una responsabilità oggettiva (nonostante una certa ritrosia della giurisprudenza), nel BGB la responsabilità dei padroni o committenti è fortemente improntata al principio della colpa. Diversamente invece il § 278, in tema di responsabilità contrattuale, secondo il quale «il debitore deve rispondere della condotta dolosa o colposa del suo rappresentante legale o delle persone delle quali si avvale per adempiere alle proprie obbligazioni nella stessa misura in cui risponde di una propria condotta dolosa o colposa». Una tale diversità di disciplina può dunque spiegare il grande successo che gli obblighi di protezione hanno avuto in Germania; non appare corretto invece, stante quanto s'è messo in luce circa la loro origine, ritenere che le deficienze del sistema tedesco di responsabilità siano alla base della stessa creazione di tali obblighi (come sembra invece ritenere RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, 159 ss.). In conclusione la necessità di superare le rigidità della disciplina in tema di responsabilità extracontrattuale ha semplicemente favorito l'applicazione da parte della giurisprudenza della teoria dei doveri di protezione, stante la possibilità di applicare in tal modo le più severe norme sulla responsabilità contrattuale a fattispecie (integranti la violazione di obblighi di protezione) che altrimenti sarebbero state sottoposte alle norme extracontrattuali, consentendo in pratica al danneggiante di andare esente da responsabilità fornendo la prova liberatoria dell'assenza di colpa (v. in tal senso le sentenze riportate da BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, cit., 1343 ss.). Infine gli obblighi di protezione sono stati richiamati dalla giurisprudenza tedesca anche in fase precontrattuale, allargando così l'ambito della *culpa in contrahendo* (per tale aspetto v. TURCO, *Op. cit.*, 62 ss.). Tale quadro, però, è ora mutato per effetto della riforma del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur*

Modernisierung des Schuldrechts) entrata in vigore il 1° gennaio 2002 (sulla quale v. la nota successiva).

³⁴⁵ Nell'ordinamento tedesco, invero, la teoria dei doveri di protezione è stata espressamente recepita a livello normativo. La legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) ha introdotto in quell'ordinamento importanti novità, e precisamente: a) ha introdotto una nuova disciplina in materia di prescrizione (§§ 194 ss. BGB); b) ha incorporato nel BGB molte leggi speciali (anche di recepimento di direttive europee: ad esempio in materia di credito al consumo e di multiproprietà); c) ha espressamente codificato i doveri di protezione (anche in materia di *culpa in contrahendo*); d) ha riformato interamente la disciplina dell'inadempimento. In particolare, per quanto riguarda questi ultimi due punti, a fondamento della responsabilità contrattuale è stata posta la «violazione dell'obbligo» (*Pflichtverletzung*) di cui al nuovo § 280 BGB, abbandonandosi così la tecnica della fattispecie (impossibilità e mora) e ponendo alla base della responsabilità una «clausola generale» «che ha al suo baricentro la deviazione del comportamento dell'obligato dal “programma insito nel rapporto obbligatorio” (*Pflichtenprogramm*)» (ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, ed. italiana a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2011, 274), con la conseguenza di ricondurre a detta clausola tutte le violazioni degli obblighi precedentemente individuati dalla dottrina e di assorbire in essa (e nelle ulteriori regole di cui ai §§ 281-283 BGB) la teorica delle *positiven Vertragverletzungen* (v. a tal proposito CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Cedam, Padova, 2003, 21). Insomma, la clausola di violazione riguarda tutti gli obblighi, sia precontrattuali, sia contrattuali (di fonte propriamente contrattuale o legale), primari o accessori. Ciò va connesso alla modifica del § 241 BGB, al quale è stato aggiunto il comma 2 secondo il quale «il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte». In tal modo si è recepita a livello normativo la teoria degli obblighi di protezione, i quali fino a prima della riforma trovavano fondamento nella clausola generale di buona fede del § 242 BGB. Di conseguenza i doveri di protezione (*Schutzpflichten*) vengono posti sullo stesso piano degli obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*) e la violazione di entrambi comporta responsabilità contrattuale secondo la clausola della *Pflichtverletzung*, così consacrando anche a livello normativo la concezione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso, nel quale convivono il bene-prestazione (*Leistungsebene*) e il bene-protezione (*Schutzebene*), oppure anche solo il secondo (dato che nel 2002 è stata introdotta nel BGB, al § 311 una espressa disciplina, prima assente, della *culpa in contrahendo*, fondata sulla sussistenza autonoma dei doveri di protezione di cui al § 242, e quindi, in sostanza, costruita sull'idea di mera protezione senza prestazione). Inoltre, attraverso tale recepimento normativo dei doveri di protezione viene cristallizzata la loro origine legale (anche se già CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, cit., 807 ss. la affermava). Tuttavia sono state individuate alcune distinzioni tra le due categorie di obblighi. In tema di loro violazione s'è detto infatti che se la violazione dei doveri di protezione non è grave il creditore potrà chiedere il solo risarcimento del danno ai sensi del § 280 BGB, mentre invece se la violazione è grave saranno applicabili i §§ 282 e 324, ai sensi dei quali è possibile lo scioglimento del contratto (cfr. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, cit., 19; il § 324 infatti prevede la possibilità per il creditore di recedere da un contratto a prestazioni corrispettive qualora il debitore violi un obbligo di cui al § 241 comma 2, quando non si possa più pretendere dal creditore l'osservanza del contratto). Quanto al profilo dell'attuazione s'è detto che gli obblighi di protezione, a differenza di quelli di prestazione «lunghi dal divenire esigibili (...) non possono essere *adempiti* bensì soltanto violati» (CANARIS, *Op. ult. cit.*, 20); tuttavia tale aspetto non è condiviso da altra dottrina, posto che non sarebbe valido per tutti gli obblighi di protezione, ma solo per alcuni (ad esempio gli obblighi di avviso) e non per altri, la cui esecuzione può essere pretesa (v. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 66, che cita MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 2003, 206 ss. e SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2003, 72 ss.; l'esempio che il secondo

2. La categoria degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano la dottrina iniziò a occuparsi degli obblighi di protezione a partire dagli anni '50 del secolo scorso, rifacendosi al pensiero di Stoll³⁴⁶. In particolare si è affermato che, pur se nell'ordinamento italiano non si riscontravano ragioni analoghe a quelle che in Germania avevano determinato la nascita e poi il successo degli obblighi di protezione, cionondimeno la teoria che ne affermava l'esistenza conservava la propria validità e, anzi, poteva trovare nel nostro ordinamento un fondamento normativo (che invece all'epoca mancava nel BGB)³⁴⁷: l'art. 1175 c.c. In effetti tale disposizione non aveva un precedente nel codice civile del 1865, il quale conteneva un richiamo alla buona fede solo nell'ambito delle disposizioni sul contratto (art. 1124). L'art. 1175 c.c. ha quindi costituito un elemento di novità rispetto al precedente diritto delle obbligazioni³⁴⁸. Ebbene, il dovere di correttezza è stato ritenuto la fonte di quegli obblighi accessori preordinati a tutelare la sfera giuridica di entrambe le parti contro il pericolo dei danni che esse possono subire nell'ambito della relazione negoziale. In effetti, alla tutela delle situazioni di *spettanza* (il *suum cuique tribuere*) è da sempre stata preposta la diligenza, prevista nell'art. 1176 c.c.; il nuovo dovere di correttezza, invece, proprio perché gravante non solo sul debitore, ma anche sul creditore, non può riguardare l'obbligo di prestazione. Di conseguenza, se esso non tutela le situazioni di *spettanza*, deve dirsi che esso è previsto a tutela di quelle di *appartenenza* (cioè l'*alterum non laedere*), attraverso l'imposizione di obblighi a tutela della persona o dei beni altrui³⁴⁹.

Ciò premesso quanto alla fonte dei doveri in parola, va evidenziato, quanto al loro contenuto, che se per taluno dall'art. 1175 c.c. scaturirebbero soli obblighi «che si sostanziano nell'astenersi da ogni indebita ingerenza nell'altrui sfera giuridica»³⁵⁰ (ossia obblighi di contenuto negativo), per talaltro gli obblighi

degli Autori richiamati propone è quello degli obblighi di protezione che incombono sul creditore di una prestazione di servizi in favore del prestatore e che riguardino i rischi per la vita e l'incolumità fisica di quest'ultimo. In particolare si afferma che in caso di inesecuzione di detti obblighi il prestatore può rifiutare la prestazione fin tanto che essi non vengano adempiuti).

³⁴⁶ Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 99 e MENGONI, *Op. ult. cit.*, 368 ss.

³⁴⁷ S'è ricordato infatti che il riconoscimento a livello normativo degli obblighi di protezione è avvenuta solo a partire dal 2002, con il *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*.

³⁴⁸ V. a tal proposito DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Zanichelli, Bologna, 1988, 284.

³⁴⁹ Cfr. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 4.

³⁵⁰ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 68. L'A. individua (*Op. cit.*, 66) nei rapporti tra i soggetti di una comunione sociale una «esigenza etico-sociale» che si compone di un dovere di rispetto dell'altrui personalità e di un dovere di collaborazione con gli altri consociati, volta a promuovere il loro interesse. «Ora», scrive l'A., «codesto differente orientamento delle due

in esame hanno solamente uno *scopo* negativo (cioè di mera conservazione della sfera giuridica altrui) ma non per questo il loro contenuto è necessariamente negativo, potendosi individuare anche obblighi di protezione che hanno ad oggetto un *facere* positivo³⁵¹.

In effetti, non appare convincente l'idea, alla base della prima opinione e della presunta distinzione tra gli artt. 1175 e 1375 c.c., secondo la quale dalla correttezza sorgerebbero solo doveri di contenuto negativo, mentre dalla buona fede obblighi di contenuto positivo³⁵². In realtà tale criterio non appare idoneo a fondare una distinzione certa³⁵³: basti invero osservare che esso non si addice alla regola dell'art. 1337 c.c., posto che la correttezza in fase di trattative non può estrinsecarsi in soli doveri di astensione, ma deve comprendere anche obblighi positivi. Inoltre è stato osservato, in generale, che un siffatto criterio non potrebbe fornire spiegazione a tutta una serie di norme (gli artt. 1681, 1686, 1710, 1712, 1747 e 2087 c.c.) che impongono comportamenti sia positivi che negativi. Di conseguenza va piuttosto affermato che la distinzione in parola «non esprime tanto una diversità di contenuto, quanto piuttosto il diverso atteggiarsi della medesima regola in relazione a momenti o punti di vista diversi»³⁵⁴.

diverse esigenze, di reciproco rispetto e di attiva cooperazione fra i partecipanti ad una stessa comunione, si può osservare anche nell'ambito degli stessi rapporti di obbligazione. Perché questi rapporti, non soltanto portano ad esigere da coloro che ne sono soggetti un contegno di cooperazione (...); ma inoltre portano, questi rapporti, anche a mettere in giuoco un interesse della controparte, un interesse che potremmo designare come interesse alla integrità della propria sfera giuridica; interesse, quest'ultimo, che viene non tanto appagato con un comportamento positivo, quanto fatto salvo con un contegno negativo per cui ci si astiene dal ledere la sfera di interessi della controparte contraente nella misura in cui essa sia soggetta alla nostra ingerenza» (*Op. cit.*, 67).

³⁵¹ MENGONI, *Op. ult. cit.*, 368, nt. 12, il quale a tal proposito richiama gli obblighi di comunicazione, quelli di custodia (artt. 1586, 1686, 1690, 1710 comma 2, 1712, 1718, 1727, 1747, 1770 comma 2, 1780, 1913 c.c.), quelli di salvataggio (artt. 1227 comma 2., 1914 c.c.) e gli obblighi di provvedere alla tutela dell'integrità fisica della persona del creditore o del debitore (artt. 1681, 2087 c.c.), ossia gli obblighi di conservazione. Si ricordi che solo in un momento successivo la dottrina tedesca restringerà solo a questi ultimi l'espressione «doveri di protezione» (cfr. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, cit., 222). D'altra parte, osserva Mengoni, gli obblighi di prestazione hanno uno scopo positivo, ma possono avere un contenuto negativo. Invece secondo BETTI, *Op. ult. cit.*, 68, la distinzione tra doveri positivi e negativi sarebbe rispecchiata nella distinzione tra correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.), posto che «la correttezza impone normalmente solo doveri di carattere negativo; la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo». *Contra*, in punto di distinzione tra buona fede e correttezza, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 290, nonché BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 86, nt. 28, secondo il quale «correttezza e buona fede oggettiva sono termini equivalenti».

³⁵² BETTI, *Op. ult. cit.*, 68.

³⁵³ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 147 ss.

³⁵⁴ RODOTÀ, *Op. ult. cit.*, 148.

Secondo la dottrina dominante, dunque, gli artt. 1175 e 1375 c.c. esprimono il medesimo concetto³⁵⁵, seppur taluno ha posto in luce una diversa portata delle due disposizioni, nel senso che quella dell'art. 1175 c.c. sarebbe più ampia di quella dell'art. 1375 c.c. Più precisamente s'è osservato che la collocazione del principio di correttezza all'inizio della disciplina del rapporto obbligatorio «fa sì che l'interpretazione del contratto secondo buona fede [art. 1366] e l'esecuzione del contratto secondo buona fede [art. 1375] vadano considerate pure specificazioni attraverso le quali viene operata una prima *Konkretisierung* di quel principio»³⁵⁶. Ma al di là di tali sfumature, è possibile affermare che l'art. 1175 c.c. rappresenta l'appiglio normativo in base al quale giustificare, anche per l'ordinamento italiano, l'affermazione del rapporto obbligatorio come struttura complessa. Tale norma generale trova poi eco nelle disposizioni che richiamano il dovere di buona fede nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.) e in quella dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), nonché nella norma che, attraverso la buona fede, accresce il contenuto di quest'ultimo (art. 1366 c.c.). Si tratta di disposizioni che dunque confermano l'idea che «l'obbligazione, sia generata da un contratto o da altra fonte, non viene avulsa dall'universo delle altre situazioni soggettive facenti capo alle parti, sicché gli interessi, che il rapporto debito-credito pur non è di per sé volto a soddisfare, non vengono tagliati fuori *a priori*, ma al contrario implicati in esso e perciò provveduti della forma giuridica ad esso propria»³⁵⁷, con la conseguenza che la loro lesione, venendo a integrare la violazione di un obbligo, assumerà la forma della responsabilità contrattuale.

Quanto rilevato circa il ruolo dell'art. 1175 c.c. rispetto all'art. 1375 c.c., permette, infine, un'ultima precisazione. Inizialmente si era affermato, da parte di certa dottrina, che allorché fonte del rapporto obbligatorio fosse il contratto, gli obblighi di protezione derivavano «al pari degli obblighi di prestazione, dal rapporto fondamentale creato dal contratto, come effetti integrativi di questo (arg. ex articoli 1374-1375)»³⁵⁸. Tuttavia la constatazione che la buona fede contrattuale (art. 1375 c.c.) non è che un'applicazione del principio generale di

³⁵⁵ RODOTÀ, *Op. ult. cit.*, 150, nonché DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 290 ss.

³⁵⁶ CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 4.

³⁵⁷ CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 3.

³⁵⁸ MENGONI, *Op. ult. cit.*, 369, nt. 17, il quale non ritiene accettabile, *de iure condito*, il tentativo della dottrina tedesca (Herholz) di configurare gli obblighi di protezione come un prolungamento dell'autonomo rapporto obbligatorio che si costituisce *ex lege* all'atto in cui si instaura la relazione diretta alla conclusione del contratto. Sulla stessa linea di Mengoni, inizialmente, anche CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 136, nt. 48.

correttezza (art. 1175 c.c.)³⁵⁹, ha permesso di affermare che anche quando l'obbligazione nasca dal contratto, fonte dei doveri di protezione sarà pur sempre il principio di cui all'art. 1175 c.c. Tutt'al più in ambito contrattuale si potranno riscontrare obblighi contenutisticamente diversi in relazione al tipo contrattuale che viene in rilievo; ma in ogni caso si tratterebbe di obblighi fondati, come per il rapporto obbligatorio in generale, direttamente nella legge³⁶⁰.

3. *Il problema dell'individuazione dei doveri di protezione e della delimitazione del loro ambito di operatività*

Sin qui si sono messi in luce il fondamento e la funzione dei doveri di protezione. S'è detto che fondamento è l'art. 1175 c.c. e che la funzione di tali doveri è quella di proteggere beni diversi da quelli espressamente dedotti in obbligazione, quali la persona o i beni dell'altra parte del rapporto obbligatorio. Inoltre s'è evidenziato che, seppur la funzione dei doveri in questione si sovrapponga a quella tipica dell'art. 2043 c.c., la responsabilità cui la loro violazione dà luogo è contrattuale. Occorre ora individuare quali dei doveri astrattamente rientranti tra quelli di cui all'art. 2043 c.c. siano suscettibili di assurgere al rango di obblighi per effetto dell'art. 1175 c.c. e di dar luogo quindi a responsabilità contrattuale. In altri termini occorre individuare, nel contesto di un rapporto obbligatorio, quali beni delle parti vengono protetti attraverso i doveri di conservazione e quali invece continuano a restare sotto l'ambito dell'art. 2043 c.c.; da altro punto di vista si tratta cioè di capire verso quali beni sorgono veri e propri obblighi e verso quali invece permangono dei generici doveri.

Il problema è stato sollevato già da Mengoni il quale, come visto, è stato tra i primi a occuparsi in Italia dei doveri di protezione. Egli ha affermato che affinché sia configurabile la responsabilità contrattuale per il danno arrecato all'interno di un rapporto contrattuale è necessario che l'attività produttiva del danno sia «essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto»³⁶¹, in ciò criticando il pensiero di Stoll, secondo il quale per aversi responsabilità contrattuale sarebbe sufficiente accertare che il danno non avrebbe potuto verificarsi senza il contratto. In effetti, seguendo il pensiero di quest'ultimo autore, la responsabilità contrattuale finisce per coprire anche i danni cagionati

³⁵⁹ Cfr. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 4.

³⁶⁰ CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 4.

³⁶¹ MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, cit., 369, nt. 15.

semplicemente *in occasione* del contratto³⁶². Il criterio che invece Mengoni afferma è quello della causalità, e non della semplice occasionalità. Sennonché va osservato che il criterio della causalità muove dal presupposto della verifica di un danno, e non invece dalla previa individuazione del perimetro dei doveri di protezione. In altri termini, affermare che affinché vi sia responsabilità contrattuale è necessario che l'attività produttiva di danno sia essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto non individua *ex ante* l'ambito dei doveri di protezione, ma piuttosto lo ricostruisce *ex post*, riconducendo *a posteriori* alla loro violazione un danno, il quale, però, non è elemento necessario della violazione di tali doveri, ben potendo essa realizzarsi anche senza dar vita a conseguenze dannose³⁶³. Inoltre, il criterio dell'esclusiva connessione causale con l'adempimento è stato ritenuto da taluni «troppo restrittivo, poiché gli interessi di protezione possono esser lesi anche da altre attività, che non hanno nulla a vedere con la specie e il modo dell'adempimento»³⁶⁴. Infine, non si può ignorare che la valutazione sulla sussistenza di un nesso di causalità può apparire in molti casi incerta, se solo si pone mente al fatto che l'instaurazione di qualsiasi rapporto

³⁶² Scrive MENGONI, *Op. ult. cit.*, 369, nt. 15: «adottando il criterio dello Stoll, si dovrebbe arrivare a costruire una responsabilità contrattuale anche nell'ipotesi dell'artigiano che, lavorando in casa del committente, ruba una cosa di quest'ultimo (...), oppure del locatario che ferisce il locatore nel corso di una discussione sul canone di affitto (...), mentre non è dubbio che l'artigiano o il locatario rispondono di tali fatti esclusivamente a titolo di responsabilità extracontrattuale». Il problema dell'applicazione generalizzata della responsabilità contrattuale a danni cagionati all'interno di un contratto è stato evidenziato anche da quella dottrina tedesca che prospettava, tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, un superamento della teoria delle *Schutzpflichten* in favore di quella delle *Verkehrspflichten* (obblighi del traffico), con la conseguente applicazione della responsabilità extracontrattuale. Del rilievo di tale problema all'interno della dottrina tedesca dà conto lo stesso MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507 ss., ora anche in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, cit., 283 ss. (da cui d'ora in poi si cita), il quale riporta la critica di HUBER, *Leistungsstörungen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* (a cura del Ministro federale della giustizia), I, Köln, 1981, 775, ed evidenzia come la teoria dei doveri di protezione sia stata allargata in seno alla dottrina tedesca «ben al di là del limite segnato dal concetto di integrazione del contratto, fino ad assoggettare al regime della responsabilità contrattuale anche i danni cagionati alla persona o ai beni di una delle parti da comportamenti colposi dell'altra, dei quali il rapporto contrattuale è stato una semplice occasione». Secondo MENGONI, *Op. ult. cit.*, 286, invece, è pur sempre necessaria una *connessione causale* con l'esecuzione del contratto affinché la lesione possa essere assoggettata alla responsabilità contrattuale. Aderisce al criterio della connessione causale con l'esecuzione del contratto anche CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 298, ribadendo l'assunto secondo cui ove invece l'esecuzione del contratto sia solo l'occasione del danno la responsabilità dovrà dirsi aquiliana.

³⁶³ Cfr. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, cit., 1360, il quale mette in luce come l'osservanza di doveri di protezione può assumere rilievo all'interno di un rapporto obbligatorio indipendentemente dal prodursi di un danno, e ciò anche laddove non possa dirsi che la tutela dell'integrità della persona della controparte rientri nel contenuto dell'obbligazione principale (ed esempio di quando ciò non avviene è l'art. 2087 c.c.).

³⁶⁴ CARUSI, voce *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 714.

obbligatorio finisce sempre per incidere, direttamente o indirettamente, sulla persona o sui beni dell'altra parte, per cui può diventare assai arduo individuare quando la connessione tra la lesione e l'esecuzione del rapporto sia «essenziale».

Va comunque certamente condivisa la finalità alla base della necessaria individuazione di un qualche nesso tra l'obbligazione e il danno, è cioè quella di escludere dalla tutela contrattuale (e quindi dall'ambito di ciò che è connesso all'obbligazione) quei comportamenti *totalmente estranei* al contenuto del rapporto obbligatorio. Gli esempi portati dalla dottrina sono infatti quelli del furto e delle lesioni semplicemente occasionati da quest'ultimo.

Si potrebbe allora pensare che un criterio idoneo a separare ciò che rientra da ciò che è estraneo al contenuto dell'obbligazione, sia quello dell'elemento soggettivo che connota il fatto produttivo di danno. Ciò perché, trattandosi di individuare dei fatti totalmente estranei all'obbligazione, essi, se realizzati, non potrebbero che essere commessi volontariamente. Il dolo allora romperebbe la relazione con il rapporto obbligatorio, degradando l'esecuzione della prestazione a mera occasione di lesione della sfera giuridica altrui³⁶⁵. Ma invero nemmeno questo criterio appare convincente, posto che l'estraneità di una condotta rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio non può dipendere dall'elemento soggettivo che la connota. Se in generale è vero che l'attuazione di condotte estranee a quelle dedotte in obbligazione è spesso dolosa (dando luogo magari a fattispecie di reato, delle quali l'obbligazione è mera occasione), non può ritenersi vero l'inverso, ossia che ogni condotta dolosa sia per ciò solo estranea al contenuto del rapporto: il dolo può connotare infatti anche la condotta di inadempimento o di inesatto adempimento, che evidentemente non sono estranee al rapporto obbligatorio. Pertanto si deve concludere che l'elemento soggettivo non appare un *discrimen* decisivo per la delimitazione di ciò che è oggetto di obbligo (di protezione) rispetto a ciò che non lo è, in quanto detto elemento non riguarda, per sua natura, il contenuto dell'attività.

Un altro criterio proposto in dottrina per circoscrivere il perimetro del rapporto obbligatorio (e quindi la responsabilità contrattuale) è quello della funzionalizzazione degli atti all'adempimento dell'obbligazione³⁶⁶. In breve, ove la

³⁶⁵ È quello che sembra suggerire CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2003, 25, nt. 43, allorquando scrive che «la specifica volontà di ledere l'altrui patrimonio (dolo) nulla ha in comune con l'adempimento». Il criterio suggerito da tale A. è tuttavia un altro e su di esso, come sul complessivo pensiero di tale dottrina, ci si soffermerà *infra*.

³⁶⁶ CORSARO, *Op. ult. cit.*, 25, nt. 43. Va detto, però, che il pensiero di tale A. risulta ambiguo. Egli scrive, inizialmente, che «la responsabilità che nasce (...) per l'inadempimento è sempre di natura contrattuale, anche se la lesione riguarda un bene diverso da quello dedotto in obbligazione» (*Op. cit.*, 21), e ciò sul presupposto che l'adempimento di un'obbligazione pone sempre in gioco l'integrità della persona o dei beni del creditore, e che talvolta oltre all'interesse specificamente dedotto in obbligazione possono essere lesi anche questi ultimi (come nella

lesione provenga da un atto non funzionalizzato all'attuazione del rapporto, la responsabilità sarebbe extracontrattuale. Tuttavia verso tale opinione può essere mossa la medesima obiezione sollevata verso il criterio della connessione causale, posto che anche il parametro della funzionalizzazione non riesce a indicare *a priori* l'ambito di operatività degli obblighi di protezione, bensì, sempre muovendo dalla verifica di un danno, esamina il tipo di condotta che l'ha preceduto al fine di individuare il regime di tutela. Inoltre, contro tale tesi, si è pure osservato che essa avrebbe senso solo rispetto agli atti positivi del debitore e che potrebbe essere applicata solo per l'attività effettuata durante l'esecuzione della prestazione, mentre non potrebbe operare per l'attività successiva alla realizzazione dell'interesse cui l'obbligazione è finalizzata (non esistendo a quel punto atti funzionalmente rivolti all'adempimento)³⁶⁷, e ciò nonostante la permanenza,

responsabilità del medico). Tuttavia, a parte il fatto che qualificare come «inadempimento» la lesione di interessi altri da quello alla prestazione è proprio la questione da risolvere, va già qui osservato che nel caso della responsabilità del medico la lesione dell'integrità non si aggiunge alla frustrazione dell'interesse dell'obbligazione, ma coincide con essa. Ad ogni modo la giustificazione che l'A. dà all'applicazione della responsabilità contrattuale sembra essere quella che laddove il contratto (o la legge) disciplinano un determinato rapporto, il dovere di astensione (*alterum non laedere*) sarebbe «assorbito dall'obbligazione di adempiere correttamente la prestazione: obbligazione, questa, che acquisisce come contenuto anche il dovere di rispetto dell'altrui integrità, così come testimoniano i cc.dd. doveri di protezione che oramai pacificamente vengono chiamati a far parte, dalla dottrina e dalla giurisprudenza e dalla legge (...) del contenuto del contratto» (*Op. cit.*, 24). Il riferimento all'obbligo di «adempiere correttamente la prestazione», però, sembra porsi in contrasto con l'ammissione dei doveri di protezione, in quanto sembrerebbe far credere che secondo l'A. la protezione di determinati beni discenda già dal dovere di diligenza. Più oltre invece (*Op. cit.*, 25) sembra che la giustificazione dell'applicabilità della sola responsabilità contrattuale sia l'unicità dell'interesse tutelato, concetto smentito poco dopo allorché si ribadisce che «quando vi è un rapporto obbligatorio, l'attività del debitore rivolta all'adempimento dell'obbligazione darà sempre luogo a responsabilità contrattuale, quale che sia la lesione realizzata: sia che essa riguardi *lo specifico interesse dedotto in obbligazione*, sia che riguardi *altri beni del creditore (integrità)*» (*Op. cit.*, 25, corsivi aggiunti), dato che in tal modo si afferma implicitamente la diversità degli interessi che vengono in rilievo. Infine l'A. precisa che tale ultima conclusione vale solo per gli atti «rivolti funzionalmente all'adempimento», mentre per quelli non a esso funzionalizzati, la responsabilità sarà extracontrattuale, come accade laddove «l'adempimento dell'obbligazione è solo occasione per ledere l'altrui integrità», in tal modo sottintendendo che allora vi sono pur sempre danni ai quali (pur se causati nell'ambito di un rapporto obbligatorio) si applica il regime della responsabilità aquiliana. Il fatto è, però, che tale funzionalizzazione, in assenza di un criterio (che l'A. non enuncia) utile a capire laddove sussista, non fa che riproporre, diversamente espressa, la questione iniziale, ossia quella di individuare per quali comportamenti (ed eventualmente per quali danni) si possa applicare la responsabilità contrattuale (perché considerati in violazione di doveri di protezione) e per quali altri ciò non sia possibile. Questione che emerge dal pensiero dell'A. (ove scrive che «chi disciplina l'interesse attraverso il rapporto obbligatorio, non disciplina né rinuncia in alcun modo alla propria integrità per quegli aspetti che non sono chiamati in gioco dall'attività di adempimento», e per i quali varrà quindi la tutela aquiliana), ma alla quale non pare dare risposta soddisfacente.

³⁶⁷ LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 139.

anche nel momento successivo alla soddisfazione del credito, di un interesse di protezione³⁶⁸.

Pare allora corretto prendere in considerazione (non l'elemento soggettivo della condotta, né le modalità d'esecuzione di quest'ultima, ma) le particolari esigenze di protezione che sorgono in relazione a un determinato rapporto. Tuttavia ciò non può essere fatto facendo genericamente riferimento al pericolo che, per effetto del contatto creato dall'instaurazione della relazione obbligatoria, il comportamento di una parte arrechi pregiudizio alla sfera giuridica dell'altra. Il semplice fatto che tale contatto intensifichi il rischio di danno, non sembra costituire un criterio utile che permetta di uscire dall'*occasionalità*, ossia dalla situazione in cui il rapporto obbligatorio è il mero contesto all'interno del quale avviene la lesione degli obblighi di protezione. Né si dimostra decisiva la precisazione, pur opportuna, che il contatto che rileva è solo quello negoziale³⁶⁹, posto che un contatto, pur negoziale, è in fondo *occasione* per qualsiasi danno. Su un piano non dissimile si pone poi l'opinione di chi ritiene che per verificare se vi sia o no connessione del pregiudizio arrecato con l'obbligazione (e quindi se possa operare la responsabilità contrattuale) si debba far ricorso alle teorie sulla causalità in fatto «in quanto ciò che rileva non è la semplice causalità, ma quella che ragionevolmente fonda il nesso tra l'evento e il rapporto obbligatorio»³⁷⁰ e, nello specifico, afferma che la teoria causale da utilizzare a tal fine è quella della c.d. causalità adeguata. Ora, con riguardo a tale opinione va osservato che il nesso di causalità può intercorrere solamente tra fatti, che sono altra cosa rispetto a un rapporto obbligatorio. Per cui quando si afferma la necessità di appurare l'esistenza di un nesso causale tra quest'ultimo e un evento, il reale termine di riferimento sarà pur sempre la condotta esecutiva attuata da una parte³⁷¹. Diversamente il rapporto obbligatorio non potrà mai essere considerato causa di un evento lesivo, ma sempre e solo la sua occasione. E invero lo stesso è a dirsi con riguardo all'attività esecutiva della prestazione: a stretto rigore, infatti,

³⁶⁸ MAJELLO, *Custodia e deposito*, Jovene, Napoli, 1958, 65.

³⁶⁹ CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, cit., 828.

³⁷⁰ LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 140.

³⁷¹ In effetti poco dopo LAMBO, *Op. ult. cit.*, 141, scrive che ciò che deve avere incidenza eziologica nella produzione della lesione è la prestazione; e se tale incidenza (secondo la teoria della causalità adeguata) manca, la responsabilità dovrà dirsi di natura extracontrattuale. A sostegno di tale tesi l'A. richiama (v. nt. 392) Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, 3520, in cui si afferma che «perché possa sorgere (...) una responsabilità di natura aquiliana (per fatto proprio o per fatto dei propri dipendenti), in luogo dell'esclusiva responsabilità di natura contrattuale, occorre che il fatto prospettato come generatore del danno sia completamente estraneo all'esecuzione della prestazione richiesta». Tuttavia il problema è proprio quello di capire quando il fatto possa dirsi estraneo, e il riferimento alla causalità non pare risolutivo.

l'attività propriamente esecutiva non potrà mai essere causa del danno (*rectius*: della violazione di obblighi di protezione), ma solo la sua occasione. La lesione sarà piuttosto cagionata da altre attività, che (questo è il punto) violano obblighi che si affiancano a quello di prestazione. Il problema, allora, non è accertare un nesso di causalità tra prestazione ed evento dannoso, quanto piuttosto individuare quali sono i beni protetti dai predetti obblighi, ossia, come enunciato all'inizio, individuare quando essi sussistono.

Ecco che, a tal fine, appare allora più appropriato guardare, all'interno del rapporto, al «rischio specifico della relazione»³⁷², inteso però non già quale generico pericolo di lesione occasionato dall'esistenza del contatto, bensì come esigenza di protezione verso quei determinati beni che l'attuazione di un certo rapporto potenzialmente può ledere, per effetto della «specifica possibilità di ingerenza» che esso crea³⁷³. Risulta allora fondata l'osservazione secondo cui i doveri di conservazione sussistono «*solo* nei contratti la cui esecuzione comporta la esposizione della persona o delle cose di un contraente a rischi in conseguenza dell'attività dell'altro», mentre non vi è ragione di configurarli «quando il comportamento mirante alla protezione dell'altrui sfera giuridica si manifesta completamente estraneo al contenuto del contratto»³⁷⁴. Tale ultima lettura, dunque, non prende come riferimento la condotta esecutiva, bensì quella protettiva, valutando cioè se essa è richiesta dalla particolare relazione che intercorre tra le parti³⁷⁵. Ciò perché è a partire dalla necessità di tutela di determinati interessi che va ricavata la sussistenza di un obbligo di protezione, e non in base al tipo di condotte realizzate da una parte. È pur vero che forse una tale affermazione potrebbe risultare non ancora esaustiva; tuttavia si crede che essa potrebbe essere affinata precisando che il riferimento al contenuto del contratto va fatto guardando alla sua causa in concreto. Una simile indicazione sembra in effetti desumibile dall'esempio che la dottrina cui ci si è riferiti utilizza per giustificare la propria tesi: «se ad un commerciante cade di mano l'oggetto appena venduto, ferendo il compratore, non v'è alcun dubbio che la sua responsabilità sia di natura extracontrattuale, in quanto *nella compravendita non si profilano per la persona dell'acquirente pericoli più gravi di quelli cui egli va normalmente*

³⁷² CARUSI, voce *Correttezza (Obblighi di)*, cit., 715, secondo il quale, però, esso andrebbe valutato «secondo un criterio di normalità e di tipicità (prevedibile secondo l'esperienza del decorso normale dei fatti)».

³⁷³ CARUSI, *Op. ult. cit.*, 715.

³⁷⁴ BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, cit., 1363.

³⁷⁵ L'estraneità cui si fa riferimento, infatti, non è quella della condotta produttiva di danno rispetto alla prestazione, bensì quella della condotta protettiva rispetto al contenuto del contratto.

incontro nello svolgimento della normale vita di relazione: non sarebbe giustificato, perciò, disporre una più accentuata tutela del compratore»³⁷⁶.

La ricostruzione proposta, infine, appare confermata dalle previsioni legislative che espressamente contemplano obblighi di protezione (quali, per citare solo le più note, gli artt. 1580, 1681, 2087 c.c.). In effetti l'esame di tali disposizioni parrebbe confermare che la portata degli obblighi varia in relazione agli specifici interessi implicati nell'attuazione di un certo contratto (tenendo sempre presente che la lesione, cui pure le specifiche previsioni normative si riferiscono, non è evento necessario affinché sussista la violazione degli obblighi di protezione: si pensi all'art. 2087 c.c.). Diversamente, seguendo i criteri che in vario modo guardano alla connessione causale tra prestazione e danno, l'ambito di tali obblighi dovrebbe estendersi quasi a qualsiasi interesse, dal momento che, come detto, l'instaurazione di qualsiasi rapporto contrattuale espone la persona o i beni del debitore al rischio di lesioni. Ma una tale estensione, come osservato, non trova riscontro nelle disposizioni del codice.

Se quanto sin qui osservato è vero se ne deve trarre la conclusione che l'eventuale lesione di un interesse diverso da quello alla prestazione cagionato all'interno di un rapporto obbligatorio non dà luogo, per ciò solo, a responsabilità contrattuale³⁷⁷. Sarà invece necessario individuare previamente, a seconda degli interessi che possono ritenersi protetti nel contesto di quel rapporto, l'ambito degli obblighi di protezione e, in base alla sua ampiezza, determinare la specie della responsabilità, stabilendo se il comportamento tenuto possa oppure no ritenersi una violazione di un preesistente obbligo di carattere protettivo. Di conseguenza vi saranno danni che verranno attratti alla sfera della responsabilità contrattuale, e danni la cui tutela permarrà all'interno della responsabilità aquiliana, senza tuttavia che si debba far questione di concorso di responsabilità. Invero, acquisito quanto innanzi osservato circa il criterio discretivo tra le due specie di responsabilità (ossia circa la preesistenza di un vincolo obbligatorio), e acquisita la nozione di obbligazione come fattispecie a struttura complessa (in cui cioè all'interesse alla prestazione si accompagna quello alla protezione di

³⁷⁶ BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, cit., 1363 (corsivo aggiunto).

³⁷⁷ In tal senso sembra invece porsi CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, cit., 81, laddove afferma che «la ragione sufficiente, al di là della pura e semplice relazione di obbligazione, per assoggettare il fatto illecito al regime dell'obbligazione (...) può essere ricavata da una speciale qualificazione del fatto nei termini seguenti: che la violazione dell'interesse protetto, la quale di per sé ammonterebbe a fatto illecito, si verifica a causa dell'esistenza del rapporto obbligatorio, la cui attuazione costituisce *conditio sine qua non* della lesione. È facendo rilevare questo aspetto che la legge talora fissa espressamente la qualificazione contrattuale della responsabilità». In tal modo, invero, il criterio adottato è causale, e trattandosi di quello della *conditio sine qua non* finisce per estendere eccessivamente l'ambito della responsabilità contrattuale.

determinati beni), pare possibile osservare che se l'interesse leso rientra tra quelli da ritenersi protetti dall'obbligazione, e quindi oggetto di obbligo di protezione, la responsabilità che da tale lesione scaturisce dovrebbe essere solo contrattuale; mentre se l'interesse leso non rientra tra quelli protetti dalla relazione instaurata, la responsabilità dovrebbe dirsi solo extracontrattuale.

4. *L'evoluzione della teoria degli obblighi di protezione: l'obbligazione senza prestazione*

Sin qui s'è dato conto della teoria degli obblighi di protezione, quali obblighi accessori accanto a quello, principale, di prestazione.

È necessario ora dar conto dell'evoluzione che tale teoria ha subito, sì da comprendere appieno come essa sia stata utilizzata nell'ambito della responsabilità medica (*rectius*: del medico inserito in una struttura sanitaria).

Tale evoluzione può essere sintetizzata nell'ammissione della sussistenza in via autonoma di obblighi di protezione pur in assenza di un obbligo di prestazione. In effetti, se si riconosce, come *supra* si è dimostrato, l'autonomia degli obblighi di protezione sia sul piano della struttura che su quello della fonte (la quale sarebbe sempre la legge anche quando l'obbligo di prestazione nasca da contratto), si potrebbe ipotizzare che essi prendano vita e regolino, di conseguenza, il rapporto, anche ove un vero e proprio obbligo di prestazione non vi sia³⁷⁸. Ipotesi paradigmatica di una tale situazione è quella delle trattative contrattuali, ove un contratto (e quindi un obbligo di prestazione) non c'è ancora. Il fenomeno delle trattative precontrattuali ha da sempre posto, infatti, il problema della qualificazione della responsabilità per il danno cagionato in questo frangente da una parte all'altra; problema che veniva diversamente impostato a seconda che un contratto vi fosse e fosse valido, oppure che esso non venisse mai a esistenza o che, se concluso, fosse tuttavia invalido, con la conseguenza di qualificare la responsabilità come contrattuale nel primo caso e come extracontrattuale negli altri³⁷⁹. Sennonché era evidente la contraddizione insita nel considerare fondamento della responsabilità contrattuale un contratto che veniva in essere in un momento successivo rispetto a quello in cui si verificava il fatto produttivo di danno. Un tale artificio, si è osservato, non è necessario, poiché un rapporto obbligatorio vi è anche prima della nascita del contratto e

³⁷⁸ V. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 447. La tesi era stata inizialmente sviluppata in ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 147 ss.

³⁷⁹ V. per tutti, sul punto, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, vol. II, 360 ss., ora anche in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, cit., 267 ss. (da cui si cita).

indipendentemente da quest'ultimo: invero «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede»³⁸⁰. È pertanto irrilevante la successiva conclusione del contratto tra le parti, non promanando da esso (del resto successivo) il precedente rapporto obbligatorio, ma dovendo piuttosto la sua fonte ricondursi agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c.³⁸¹, e precisamente all'affidamento, del quale la buona fede è tutela³⁸².

Si è giunti così a individuare nella *culpa in contrabendo* un modello di rapporto obbligatorio privo di un obbligo di prestazione e costituito da soli obblighi nascenti dalla buona fede, la cui violazione, comunque, dà luogo a responsabilità contrattuale, essendo quest'ultima la conseguenza per l'inadempimento di ogni obbligazione, da qualsiasi fonte essa derivi³⁸³. Si è delineato quindi un peculiare modello di relazione tra due soggetti connotato dal fatto che il rapporto tra essi intercorrente è «di contenuto ridotto rispetto a quello dell'obbligazione ordinaria» e «a metà strada tra l'assenza di rapporto previo che caratterizza la responsabilità extracontrattuale e il rapporto obbligatorio di prestazione all'inadempimento del quale in genere si riferisce la responsabilità contrattuale»³⁸⁴. Un rapporto, tuttavia, che si è pensato di utilizzare per inquadrare una serie di ipotesi di danno non univocamente riconducibili all'una o all'altra specie di responsabilità, in quanto scaturenti da relazioni nelle quali manca un vero e proprio obbligo di prestazione tra le parti (il che dovrebbe escludere la responsabilità contrattuale), ma nelle quali queste ultime si trovano già in

³⁸⁰ MENGONI, *Op. ult. cit.*, 272.

³⁸¹ MENGONI, *Op. ult. cit.*, 279, il quale precisa che, per tale motivo, la denominazione dell'obbligazione in parola come *ex lege* «è certo esatta, ma insufficiente, perché non individua il fatto cui la legge ricollega la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale», fatto che, osserva l'A., viene generalmente individuato nell'instaurazione delle trattative, ma che più opportunamente andrebbe individuato nell'insorgenza nei confronti di una o entrambe le parti, di un affidamento obiettivo.

³⁸² Peraltro, poiché la buona fede precontrattuale non è fonte di soli obblighi di comunicazione e informazione, ma anche di obblighi di custodia e conservazione (cfr. MENGONI, *Op. ult. cit.*, 278) ne è stato dedotto che il rapporto precontrattuale tutela la sfera giuridica altrui «sia sotto il profilo della correttezza dell'affare (*culpa in contrabendo* propria) sia con riguardo agli altri interessi delle parti che in relazione alla trattativa possano risultare lesi (obblighi di protezione)» (v. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 164. V. anche, ora, ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 462).

³⁸³ MENGONI, *Op. ult. cit.*, 267.

³⁸⁴ CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 447. Con riferimento a tale particolare modello di relazione tra i soggetti, taluna dottrina ha parlato di «responsabilità contrattuale in senso debole» (MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 1/2011, spec. 129 ss.).

relazione tra loro, il che fa apparire insoddisfacente la relegazione di tali ipotesi alla responsabilità aquiliana o «del passante»³⁸⁵.

A dire il vero, la considerazione della particolarità di un siffatto modello di relazione tra le parti, distinto com'è (pur se solo parzialmente) da quello della relazione contrattuale e della non-relazione aquiliana, potrebbe far pensare che anche la responsabilità che dalla sua violazione scaturisce debba essere considerata a sé rispetto a quella propria dei tradizionali modelli di rapporto-non rapporto, dovendosi allora discorrere di un *tertium genus* di responsabilità³⁸⁶. La questione si pone perché esiste un'innegabile diversità di contenuto e funzione degli obblighi di protezione rispetto all'obbligo di prestazione: essi infatti tutelano interessi diversi rispetto a quest'ultimo e non implicano una prestazione determinata nel suo contenuto (traendo piuttosto quest'ultimo dalla buona fede secondo l'interesse di volta in volta tutelato³⁸⁷). Tuttavia alla domanda se alla violazione degli obblighi di protezione debba corrispondere una specie a sé di responsabilità va data risposta negativa, poiché la pur sussistente diversità di contenuto e funzione degli obblighi di protezione (rispetto a quelli di prestazione) non è in grado di determinare una diversa disciplina della responsabilità, sia perché non vi sono nell'ordinamento indici normativi di responsabilità che non siano riconducibili a una delle sue due tradizionali specie, sia perché la creazione di un differente modello attraverso la commistione di elementi propri dell'uno e dell'altro tipo, oltre a ridursi a una creazione di diritto giurisprudenziale, non potrebbe che essere «funzione del genio e dell'invenzione dell'interprete», il quale ultimo può certamente individuare nuove ipotesi di responsabilità e ricondurle a una delle due specie, ma «non ha il potere di inventare modelli di responsabilità, componendo spezzoni di discipline diverse»³⁸⁸. Da ultimo, e in ogni caso, la riconduzione della responsabilità da violazione degli obblighi di protezione alla responsabilità contrattuale (e non a un *tertium genus*) appare confermata dalla presenza del connotato strutturale tipico di quest'ultima, costituito dalla preesistenza di un obbligo, pur altro rispetto a quello di prestazione. Insomma,

³⁸⁵ Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 150. Si tratta, scrive l'A., di fattispecie «più pregnanti» della semplice obbligazione di risarcimento cui la responsabilità extracontrattuale dà luogo, ma al contempo «meno articolate del rapporto obbligatorio incentrato sulla prestazione».

³⁸⁶ In questo senso CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, cit., 821 ss.

³⁸⁷ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 465.

³⁸⁸ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 166 ss.

più che il contenuto dell'obbligo è decisiva la sua esistenza³⁸⁹, fermo solo che deve trattarsi non di un obbligo generico (quale altrimenti potrebbe dirsi anche il *neminem laedere*), bensì di un obbligo che imponga un preciso comportamento, da attuarsi tra soggetti previamente determinati, solo tale ultimo requisito distinguendo i doveri extracontrattuali da quelli contrattuali o ad essi assimilabili³⁹⁰.

In definitiva dalla generalizzazione del rapporto che si crea tra le parti in fase precontrattuale, è nato quel modello di relazione che ha preso il nome di «obbligazione senza prestazione» e che una certa dottrina ha cercato di applicare a tutte quelle ipotesi “di confine” nelle quali si possa individuare il medesimo presupposto di fatto dell'affidamento che la regola di buona fede renda giuridicamente rilevante, così che sorgano dei doveri di protezione pur in assenza di un vero e proprio rapporto obbligatorio³⁹¹.

³⁸⁹ L'imposizione di un certo comportamento, infatti, «pone la responsabilità come altro modo di essere di un vincolo che già esiste e impone comportamenti, non invece come il sorgere medesimo di un vincolo dal nulla giuridico che lo precede» (CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 167).

³⁹⁰ Cfr. CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 168.

³⁹¹ 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» (CASTRONOVO, *Op. ult. 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 (CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 173 e successivamente ID., *La nuova responsabilità civile*, 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 si cita, da ultimo, il § 311, comma 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, comma 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 destinatario dell'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 tale conclusione, 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, comma 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, DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europa dir. priv.*, 1/2015, 11 ss., spec. 13 nt. 30.

5. *L'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione alla responsabilità del medico dipendente e il suo accoglimento in giurisprudenza*

Una delle ipotesi cui la ricostruzione in precedenza esposta è stata applicata è quella della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria.

In relazione alla figura professionale del medico si è affermato infatti che, se è innegabile che su di esso non gravi alcun obbligo di prestazione nei confronti del paziente, è altrettanto vero che non possono essere trascurati gli obblighi professionali propri dell'arte medica, i quali sono necessariamente rivolti nei confronti del paziente e pertanto si traducono in obblighi di conservazione della sfera giuridica di quest'ultimo³⁹². Più precisamente il fatto costitutivo (pur sempre mediato dalla legge) di tali obblighi sarebbe dato dall'affidamento generato nel paziente dalla stessa professionalità del sanitario. Per effetto quindi dell'inserimento, tra la condotta e il danno, di obblighi autonomi (pur se di sola conservazione), la responsabilità del medico viene sottratta all'ambito aquiliano e collocata in quello contrattuale, senza bisogno di affermare la sussistenza di un vero e proprio dovere di prestazione da parte del sanitario verso il paziente. Inoltre, dal momento che i doveri professionali rivestono un ruolo fondamentale quale fattore alla base dell'affidamento del soggetto verso cui sono indirizzati, è pure possibile affermare che la tesi in discorso crea un modello di responsabilità astrattamente applicabile al professionista in generale, indipendentemente dal fatto che egli presti la propria opera in esecuzione di un'obbligazione assunta direttamente con il cliente oppure in adempimento di un contratto concluso da altri (come appunto nel caso del medico dipendente)³⁹³.

Va comunque ribadito che l'obbligo che rende possibile la qualificazione come contrattuale della responsabilità del sanitario dipendente è pur sempre un obbligo di mera protezione e non il più pieno obbligo di prestazione, il che ha due conseguenze. In primo luogo il paziente non può vantare alcuna pretesa nei confronti del singolo sanitario (non essendo questi gravato da un obbligo di prestazione), ma può solo dolersi delle conseguenze dannose che l'inesatta esecuzione dell'attività gli provochi (appunto al pari di quanto farebbe mediante lo schema della responsabilità extracontrattuale). Ciò significa che per tutto ciò che non si traduce in danno, cioè per tutto ciò che attiene alla prestazione (la sua esazione, o la sua inesecuzione cui segua solo il mancato miglioramento e

³⁹² Diversamente, si afferma, si mistificherebbe la realtà «ove si volesse affermare che agli obblighi imposti dal proprio stato professionale il medico sia tenuto nei confronti dell'ospedale, in forza del contratto che a questo lo vincola, e non nei confronti del paziente per l'assenza di un vincolo contrattuale con esso» (CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 195).

³⁹³ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 483 ss.

insomma per tutto ciò che costituisce vero e proprio inadempimento) il paziente dovrà rivolgersi esclusivamente alla struttura sanitaria, unica sua debitrice³⁹⁴. In secondo luogo in caso di mancato rispetto degli obblighi di protezione (cioè di danno) è più corretto parlare, anziché di *inadempimento* (fattispecie che presuppone un obbligo di prestazione) di *violazione*³⁹⁵. E infatti, come ha da subito affermato la dottrina che più autorevolmente si è occupata di obblighi di protezione, l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale alla loro violazione va fatta non in via diretta, bensì in via analogica³⁹⁶.

Da quanto riportato discende allora che, in caso di danno provocato al paziente per effetto dell'erronea esecuzione dell'attività di cura da parte dell'operatore sanitario, si verifica una sorta di concorso di responsabilità entrambe contrattuali, e precisamente quello tra la responsabilità della struttura per *inadempimento* della prestazione sanitaria da un lato e la responsabilità del singolo sanitario per *violazione* dell'obbligo di protezione della sfera giuridica del paziente dall'altro³⁹⁷.

Ebbene, la giurisprudenza, a partire da una storica sentenza, ha fatto propria l'applicazione, al caso della responsabilità del medico dipendente, della teoria dell'obbligazione senza prestazione³⁹⁸, e tale orientamento è stato dominante fino all'avvento della riforma operata con la l. n. 24/2017.

Tuttavia va subito osservato che l'utilizzo dell'anzidetta tesi dottrinale è avvenuto attribuendogli un contenuto diverso da quello che essa originariamente aveva. Si legge spesso infatti nelle sentenze in tema di responsabilità del medico dipendente che il sanitario risponde non già per violazione di un obbligo di protezione, bensì per inadempimento di una «prestazione» che deriva da una vera

³⁹⁴ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 3/2009, 707, il quale aggiunge che «per questo profilo la differenza non è dunque tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, bensì, all'interno della responsabilità contrattuale, quella tra medico che risponde in quanto debitore della prestazione e medico che, svolgendo la sua attività all'interno di una struttura, risponde contrattualmente ma in base a un obbligo di protezione violato, non ad una prestazione inadempita, non essendo mai diventato debitore del suo paziente».

³⁹⁵ V. CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 707, secondo il quale «adempimento e inadempimento sono categorie dell'obbligo di prestazione e in tali limiti vanno tenute; altrimenti si tracima nella responsabilità per inadempimento, che l'art. 1218 c.c. ci dice essere propria dell'obbligazione tradizionalmente intesa (...)».

³⁹⁶ Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, Milano, 1979, 503, nt. 200, e più recentemente, ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 707.

³⁹⁷ Per l'affermazione di tale responsabilità v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 490, nt. 105, nonché THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2000, I, 347.

³⁹⁸ Il riferimento è a Cass. n. 589/1999, cit.

e propria obbligazione la cui fonte sarebbe l'affidamento (o, si dice, il «contatto sociale»), da intendere alla stregua degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni *ex art. 1173 c.c.*³⁹⁹ Insomma i giudici intendono il «contatto sociale» anziché quale *humus* dal quale far sorgere dei soli obblighi di protezione, quale fonte di un'obbligazione piena⁴⁰⁰; e così il medico è ritenuto debitore di una «prestazione», e perciò chiamato a rispondere non solo nel caso in cui dall'attività curativa derivi al paziente un pregiudizio, bensì anche laddove essa non produca l'effetto sperato (cioè appunto per vero e proprio inadempimento). Mentre invece, secondo l'originaria ricostruzione dottrinale, solo formalmente sposata dalla giurisprudenza, la responsabilità del sanitario dovrebbe conseguire alla violazione di meri obblighi di protezione, posti a tutela di interessi diversi da quello alla prestazione e non espressamente contemplati nel contratto, allo stesso modo in cui quegli obblighi si creano e sussistono tra le parti nella responsabilità precontrattuale⁴⁰¹. In definitiva, dunque, pare lecito osservare che l'applicazione

³⁹⁹ Cfr. le osservazioni dello stesso CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., spec. 705 ss.

⁴⁰⁰ V., esplicitamente, Cass., 13 aprile 2007, n. 8826 (in *Resp. civ. prev.*, 9/2007, 1824 ss., con nota di GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*) ove si legge che «nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la protezione del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale (...)». Nella stessa sentenza, tuttavia, i giudici, pur avendo enunciato l'esistenza di una prestazione, affermano, contraddittoriamente, che il paziente non la può pretendere (mescolando così il regime della prestazione con quello della protezione). Di responsabilità per «inesatto adempimento della prestazione» scrive anche Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Foro it.*, 2007, I, 71 ss.

⁴⁰¹ Con riferimento a tale interpretazione giurisprudenziale del contatto sociale parla di «erronea prospettiva» LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 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 NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874, ritiene che l'espressione «responsabilità da contatto sociale» sia frutto di un fraintendimento linguistico. Critica verso l'interpretazione giurisprudenziale è pure MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni* (diretto da L. GAROFALO e M. TALAMANCA), vol. I, t. III, Cedam, Padova, 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 CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, 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. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, 146 ss. La commistione tra protezione e prestazione produce infine una contraddizione anche sul piano processuale, rilevata da NICOLUSSI, *Op. cit.*, 878, in relazione all'applicazione alla responsabilità del medico dei principi di Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 (in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono*

giurisprudenziale della teoria dell'obbligazione senza prestazione più che una glorificazione di quest'ultima si è rivelata un suo snaturamento, dovuto in parte, forse, alla non completa comprensione del pensiero alla base di detta teoria (soprattutto con riguardo alla natura degli obblighi che sorgono tra medico e assistito) e in parte all'ansia di individuare un *escamotage* che consentisse di giungere senza troppi sforzi ad affermare la natura contrattuale della responsabilità del sanitario⁴⁰².

Senonché, però, è evidente che in questo modo si è finito per risolvere il problema della disciplina di un rapporto in cui per definizione manca una vera obbligazione semplicemente... affermandone di fatto l'esistenza, cioè creandola forzatamente.

6. *Le reazioni della dottrina al recepimento giurisprudenziale della teoria dell'obbligazione senza prestazione: la tesi dell'obbligazione di fatto*

La reinterpretazione giurisprudenziale della teoria dell'obbligazione senza prestazione accennata nel paragrafo precedente ha avuto un seguito dottrinale, poiché certa dottrina si è sforzata di individuare una ricostruzione che fosse con essa coerente. A tal proposito si è posto l'accento sugli effetti verso i terzi degli obblighi gravanti su un soggetto in ragione del suo *status* professionale.

Il riferimento è a chi, già commentando Cass. n. 589/1999, ha sostenuto che l'obbligazione che nasce tra medico e paziente, ferma la sua origine *ex lege*, non avrebbe un contenuto di mera protezione, bensì (come sosteneva la giurisprudenza) sarebbe obbligazione di vera e propria prestazione⁴⁰³. Ciò, sostiene tale Autore, si ricaverebbe dal fatto che la responsabilità del medico «si concretizza e attualizza non all'atto dell'assunzione formale di un obbligo ma in occasione dell'esecuzione della prestazione sanitaria (...)»⁴⁰⁴; il che, unito alla considerazione (espressa dalla Cassazione) secondo cui l'esercizio dell'attività

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; 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 (...)».

⁴⁰² La siffatta applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione alla responsabilità del medico è stata poi sposata anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (v. Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.).

⁴⁰³ V. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 441 ss., nonché ID., *L'obbligazione "protettiva"*, cit., spec. 8 ss.

⁴⁰⁴ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 450.

sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) «non [può] essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico», porta a ritenere che il contenuto dell'obbligazione non può che essere pieno, ossia comprendere la prestazione. In altre parole, secondo la lettura qui riportata, l'obbligazione (del medico) c'è, solo che non è preesistente alla prestazione, ma nasce contestualmente all'effettuazione di quest'ultima, e per effetto della sua stessa realizzazione, in quanto comportamento destinato a produrre un risultato utile (*dare, facere, oportere*) a chi lo riceve⁴⁰⁵. Insomma, ci si trova davanti a una nuova fonte di obbligazioni, in cui il «fatto idoneo» a produrle (secondo quanto previsto dall'art. 1173 c.c.) consiste nella stessa «posizione» dei soggetti e in particolare, per il medico, nel suo ruolo e nella sua stessa professionalità⁴⁰⁶. Se però l'obbligazione non preesiste alla prestazione, ma nasce con essa, ciò significa che si realizza un capovolgimento del normale procedimento di genesi del rapporto (che vede di regola l'obbligazione precedere la prestazione), sicché sarebbe più opportuno parlare, anziché di *obbligazione senza prestazione*, di *prestazione senza obbligazione*, e sicché il vero elemento di novità nella

⁴⁰⁵ Significativo, a tal proposito, quanto scrive DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 14: l'A. critica la riduzione della posizione del medico a un mero obbligo di protezione, dal momento che l'attività del professionista è diretta a produrre un vantaggio sul paziente (per cui non avrebbe senso la creazione di un preesistente rapporto tra i due al solo fine di risarcire un danno occasionale, che non ricomprenda anche l'adempimento vero e proprio). Scrive dunque l'A. che se si immagina che il contatto sociale mimi l'esistenza di un contratto «v'ha da chiedersi perché fermarsi alla tutela contro il danno provocato e non provarsi a dotare di contenuto effettivo il rapporto, così da giustificare comportamenti "virtuosi" del soggetto finalizzati non solo alla prevenzione del danno ma ad arrecare benefici al soggetto», concludendo, conseguentemente, che «attivato il circuito del contratto-contatto sociale, secondo il quale il "contatto sociale" tiene le veci del contratto, non si vede ragione perché la responsabilità del medico non debba richiamare la "prestazione" e non la mera "protezione" del paziente».

⁴⁰⁶ V. ancora DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 11 ss., spec. 14 ove si legge che obbligazioni come quella del medico «ove orientate verso esiti predeterminati, così come rappresentati da "prestazioni", hanno il loro fondamento giustificativo in circostanze o situazioni caratterizzate dalla stessa "posizione" in cui versano i soggetti, sia debitori che creditori, così da concretizzare una fonte "atipica" di obbligazioni, così come testualmente prevista dall'art. 1173 cod. civ.» (corsi propri). Del resto il medesimo A. si era già in precedenza espresso (ID., *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 177 ss.) nel senso dell'opportunità di superare un sistema di fonti che assegnasse alla sola volontà delle parti e a quella (autoritativa) della legge «la idoneità a dotare il singolo atto o fatto di efficacia vincolante», proponendo, quale metodo alternativo di individuazione delle fonti d'obbligazioni, di «verificare se, attraverso le indicazioni fornite dall'"ordinamento giuridico" nel suo complesso, possano filtrare valori tutelabili attraverso la nascita di obbligazioni e sempre con la mediazione "dei fatti od atti" di cui parla l'art. 1173», aggiungendo che «di tale esame non potrà che essere arbitro il giudice, quale soggetto istituzionalmente competente ad accertare se *atti o fatti* sottoposti al suo esame possono essere vincolanti per colui o coloro che li hanno posti in essere» (fermo restando che, precisa l'A., fonte degli obblighi sarebbe pur sempre la volontà dell'ordinamento, che il giudice si limita solo a interpretare).

configurazione giurisprudenziale della responsabilità del medico andrebbe rilevato sul versante delle fonti dell'obbligazione più che su quello della loro tipologia⁴⁰⁷.

In definitiva, sia la dottrina che ha elaborato l'estensione dell'obbligazione senza prestazione alla figura del medico dipendente (Castronovo), sia la dottrina qui in esame (di Majo), fanno perno, per fondare la sussistenza di obblighi in capo al sanitario, sulla sua qualificazione professionale, cioè sui doveri che gli derivano dal proprio *status*, i quali, per effetto dell'affidamento del paziente intriso della buona fede, diventano obblighi giuridici⁴⁰⁸. La differenza tra le due posizioni sta nel contenuto di tali obblighi: secondo la prima essi sarebbero obblighi di mera protezione, mentre a parere della seconda sarebbero obblighi di vera e propria prestazione⁴⁰⁹. Si noti comunque che, pur in quest'ultimo caso, la relazione tra medico e paziente non è pienamente contrattuale, ma semplicemente arricchita di un dovere di prestazione del sanitario (dovere che peraltro non scaturisce da una previa obbligazione); diversa è invece la posizione di altri Autori che, spingendosi ben oltre tale approdo, hanno ipotizzato addirittura la nascita, tra medico e paziente, di un intero rapporto contrattuale (detto «di fatto»)⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 450. Nello stesso senso v. anche LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss. Va detto, però, che già CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, cit., 181, si era espresso nel senso di ritenere preferibile parlare di «prestazione senza obbligazione» (anziché di «obbligazione senza prestazione») con riferimento all'attività del medico dipendente verso il paziente.

⁴⁰⁸ Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 199, nonché ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 482, nella quale ultima opera si legge: «trova invece corso l'idea secondo cui la stessa qualificazione professionale genera inevitabilmente un affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di un contatto sociale funzionale, cioè originariamente volto a uno specifico fine; affidamento dal quale, in forza del principio di buona fede, nascono obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che si interpongono tra la condotta e il danno e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto aquiliano».

⁴⁰⁹ Scettico tuttavia sul fatto che l'affidamento possa dar vita a obbligazioni nel senso tradizionale (munite cioè di un obbligo di prestazione) è CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 488.

⁴¹⁰ In questo senso FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, cit., 197, nt. 115, secondo la quale si potrebbe fare riferimento allo schema dell'art. 1327 c.c. «in cui, a seguito della richiesta del paziente – rivolta genericamente alla struttura e non ad un medico specifico – l'iniziata prestazione da parte di un dato medico crei un contratto di cure tra quest'ultimo e il paziente». Oppure, in alternativa, «si potrebbe pensare, anche, ad un contratto di fatto, in cui – in assenza di dichiarazioni negoziali ad opera delle parti – l'iniziata esecuzione delle cure possa avere sostituito un esplicito consenso nel segnare il nascere del rapporto». Poco dopo, però, l'A. si concentra sulla sola obbligazione del medico verso il paziente, scrivendo che, accettata l'idea che l'obbligazione possa nascere «dall'occasione di contatto venuta a crearsi tra medico e paziente all'atto delle cure (...) non sarebbe forse così azzardato (...) ipotizzare che tale obbligazione abbia lo stesso contenuto di un qualsiasi contratto stipulato tra medico e paziente: alla stregua di un contratto di fatto, essa potrebbe prevedere, cioè, in capo al medico dipendente e nei confronti direttamente del paziente, tanto un obbligo di prestazione principale (la prestazione sanitaria), quanto obblighi di prestazione, per così dire, secondari, ovverosia di salvaguardia dell'integrità psicofisica del paziente (noti come obblighi di

Ad ogni modo alla tesi che rinviene in capo al medico un obbligo di prestazione “senza obbligazione”, possono essere mosse almeno due obiezioni.

La prima è che, com'è stato osservato, l'opinione in parola, lungi dall'individuare una nuova fonte di (vere) obbligazioni, teorizza piuttosto un'inversione tra fatto e diritto, posto che origine dell'obbligazione finisce per essere, in ultima analisi, «il puro fatto, la condotta, la cui qualificazione di adempimento deriverebbe da un'obbligazione [quella del medico] che non c'è e alla quale anzi la condotta darebbe vita»⁴¹¹. Non si spiega, cioè, perché un comportamento che solamente sul piano materiale può corrispondere all'esecuzione di una prestazione debba, per il solo fatto di essere realizzato, diventarla, dando vita retroattivamente alla sua stessa fonte: l'obbligazione appunto. La spiegazione che pare suggerita starebbe nella circostanza che il comportamento in questione, trattandosi di attività professionale, è disciplinato da regole tecniche, cosa che rende possibile affermare che detta attività è sempre soggetta alla medesima disciplina indipendentemente dal fatto di essere svolta in esecuzione di un'obbligazione o al di fuori di essa, e che fa credere che così si metta fuori gioco la distinzione tra le due specie di responsabilità⁴¹². Sennonché,

protezione)». Non è chiaro quale prospettazione sposti l'A.; ad ogni modo va osservato che un conto è limitarsi ad ammettere la nascita di un'obbligazione in capo al medico, altro è ipotizzare la nascita di un intero rapporto contrattuale («di fatto») tra questi e il paziente, cosa che comporta l'insorgenza di obbligazioni anche in capo a quest'ultimo. Ma comunque (al di là del fatto che gli obblighi secondari di protezione, appunto perché «di protezione» non possono allo stesso tempo essere definiti «di prestazione») nel momento in cui si assume l'esistenza di un'obbligazione (indipendentemente dalla sua fonte), è naturale che essa, in quanto tale, sia fornita di un obbligo di prestazione principale e possa essere arricchita da obblighi di protezione. E tanto più ciò dovrebbe essere naturale dal momento che si assume che detta obbligazione (e, pare, anche l'intero contratto «di fatto») nasca proprio dalla realizzazione della prestazione (di cura). Quanto infine alla prospettazione che richiama lo schema dell'art. 1327 c.c. va solo detto che essa, così come posta, darebbe luogo alla contraddizione tra il fatto che la proposta contrattuale è indirizzata alla struttura, mentre il contratto che viene concluso vincola direttamente il medico (che non era destinatario della proposta), rimanendo oltretutto inspiegato quale sia la fonte della relazione del paziente con l'ente. Un tentativo di ricostruire il rapporto medico-paziente come autenticamente contrattuale è compiuto anche da FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004, 43 ss., il quale a tal fine si richiama alla tesi della fattispecie contrattuale a struttura complessa, della quale già s'è detto in precedenza.

⁴¹¹ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 709, e, successivamente, ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2011, 61.

⁴¹² V. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., spec. 449 ss., il quale scrive che «l'intervento del medico, che si assume originariamente “spontaneo” nei riguardi del paziente (ma “dovuto” nei riguardi dell'istituto), concretizza pertanto quell'elemento di fatto che, alla luce della comune valutazione economico sociale, è in grado di richiamare in vita quel nucleo “duro” di regole (ad es. in tema di diligenza professionale) che sono proprie e tipiche dello svolgimento di prestazioni professionali e che segnano la distanza dalle regole proprie della responsabilità aquiliana». Nucleo “duro” di regole che, aveva in precedenza detto l'A. interpretando la soluzione di Cass. n. 2144/1988, sarebbe appunto in grado di mettere fuori

lo si è già visto a proposito dell'ordinamento francese, il fatto che l'attività materialmente realizzata dall'agente sia soggetta a regole professionali non comporta la creazione di una sorta di *tertium genus* di responsabilità (c.d. "professionale"); le regole tecniche riguardano pur sempre l'attività come fatto, altra restando la circostanza che la sua esecuzione avvenga in adempimento di un obbligo oppure spontaneamente. Né sembra possibile corroborare la predetta ricostruzione attraverso il richiamo allo *status* professionale del medico, nel senso che tale condizione, poiché gli "impone" di migliorare le condizioni del paziente, farebbe sì che la sua attività vada sempre e comunque considerata esigibile da parte del paziente, e quindi trattata come prestazione, cioè come adempimento di una obbligazione (che la stessa attività, per il fatto di essere eseguita, crea)⁴¹³. Rimarrebbe infatti pur sempre inspiegato perché la semplice qualifica professionale sia in grado di trasformare l'attività del suo possessore (tra l'altro anche contro la volontà di quest'ultimo) in una prestazione dovuta, a mo' del mitico re Mida che trasformava in oro tutto ciò che toccava⁴¹⁴.

La seconda obiezione che si può formulare è che la creazione in capo al medico di un'obbligazione di cura piena, che ricalchi cioè, almeno in parte, quella che già grava sulla struttura (e che lo stesso medico è chiamato ad attuare) risulta del tutto ultronea. Non solo, come s'è visto in precedenza, una tale obbligazione rischia di non avere una solida giustificazione causale, ma attraverso la sua creazione il rapporto medico-paziente verrebbe inutilmente caricato del sistema di tutele contrattuali, mentre invece è evidente, com'è stato opportunamente osservato, che non vi è l'esigenza di ricondurre in capo al medico e al paziente «una serie di diritti e di obblighi (...) che trovano invece la loro ragion d'essere in

gioco la distinzione tra le due forme tradizionali di responsabilità. Conclude poi di Majo che la prestazione senza obbligazione «segna un ulteriore modo di essere della obbligazione che adegua il proprio contenuto alle regole "oggettive" della prestazione professionale e ciò anche in assenza di contratto». L'idea che la responsabilità sia connessa ai doveri professionali è confermata in ID., *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 12, ove si afferma che la responsabilità, anziché costruirsi sull'affidamento, ben potrebbe «basarsi su elementi oggettivi, rapportati a *standards* di comportamenti etico-sociali, connessi a ben precisi ruoli e funzioni che il soggetto riveste».

⁴¹³ Come sembrerebbe suggerire DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 451, spec. nt. 22. Secondo tale A. lo *status* di professionista, oltre a essere fonte di specifici obblighi di protezione, «fornisce il supporto all'esecuzione di prestazioni, pur non assunte in adempimento di contratti».

⁴¹⁴ Ove non fosse possibile individuare in capo al medico un vero e proprio obbligo di prestazione (e dal momento che si rifiuta la soluzione dell'obbligo di mera protezione), di Majo afferma che si ricadrebbe nella responsabilità extracontrattuale, la quale non è incompatibile con la violazione di obblighi specifici legati alla condizione soggettiva di colui che ne è gravato (v. DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 451, nota 22), quali sono gli obblighi inerenti alla professione medica. Tuttavia è altrettanto indubbio che tali regole non sono, per così dire, *erga omnes*, ma ineriscono necessariamente all'esecuzione di un rapporto (del quale però il medico non è direttamente parte).

altro vincolo, quello tra il paziente e l'ospedale»⁴¹⁵. Tutto ciò poi vale, a maggior ragione, contro la tesi che individua nella relazione medico-paziente addirittura la conclusione di un contratto («di fatto»).

In definitiva, anche seguendo la ricostruzione innanzi riportata si approda ancora una volta a risolvere il problema di un rapporto privo per definizione di un obbligo di prestazione affermandone paradossalmente (e inutilmente) l'esistenza; desumendo cioè la sussistenza dell'obbligo da ciò che, su un piano meramente fattuale, ne potrebbe essere attuazione (ove davvero l'obbligo vi fosse).

6.1. Segue. *L'ambiguo richiamo ai rapporti contrattuali di fatto*

Su una linea non dissimile a quella appena esaminata si pone anche il richiamo, sia da parte di certa giurisprudenza, che da parte di certa dottrina, ai rapporti contrattuali di fatto. In verità, è già la stessa Cass. n. 589/1999, nell'intento di corroborare la propria adesione alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, che richiama, quale ipotesi di rapporto costituito senza una base negoziale, quella dei rapporti contrattuali «di fatto o da contatto sociale», dando luogo però in tal modo a notevole ambiguità, dal momento che così si accomunano fenomeni in realtà distinti. Come pure ad ambiguità ha dato adito anche taluna dottrina⁴¹⁶.

Invero va ricordato che effettivamente la teoria dei rapporti contrattuali di fatto (sorta nel diritto tedesco) è stata applicata, tra le altre, alle ipotesi di uso dei servizi pubblici da parte degli utenti, sostanzialmente per risolvere i problemi relativi al significato da attribuire all'eventuale dissenso (*protestatio*) dell'utilizzatore⁴¹⁷. A tal proposito si affermava, in sintesi, che un vincolo tra le parti poteva nascere, indipendentemente da un concreto scambio di consensi,

⁴¹⁵ PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 336, il quale osserva che non si pone un problema di attribuzione al paziente di tutte le tutele contrattuali: queste infatti vanno esercitate verso l'ente o la clinica, come pure verso questi ultimi va adempiuta l'obbligazione del paziente di pagare l'eventuale corrispettivo. Di conseguenza, conclude l'A., «non è possibile “estendere” al rapporto tra medico e paziente il contratto intercorrente tra quest'ultimo e la struttura sanitaria».

⁴¹⁶ È lo stesso DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 448, che in qualche modo avalla il richiamo di Cass. n. 589/1999 alla figura dei rapporti contrattuali di fatto, pur se va detto che nel pensiero di quest'ultimo A. detta figura è semplicemente evocata. Attribuisce invece a Di Majo l'affermazione che la responsabilità del medico dipendente deriva da un rapporto contrattuale di fatto, DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, cit., 1153.

⁴¹⁷ V. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 194 ss. Sui rapporti contrattuali di fatto v. inoltre, diffusamente, RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Giuffrè, Milano, 1965 e, in precedenza, BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353 ss.

anche dalla mera esecuzione di prestazioni in adempimento di obblighi aventi carattere sociale⁴¹⁸. È altrettanto vero, però, che contro tale impostazione si è osservato, in senso critico, che la gran parte delle fattispecie su cui la teoria era stata costruita (l'utilizzo dei servizi pubblici, quello delle aree di parcheggio e, più in generale, i rapporti di scambio "di massa"), ben poteva continuare a essere disciplinata dalle norme sull'origine negoziale dei vincoli, sol che si considerasse che gli atti realizzati dalle parti potevano manifestare comportamenti concludenti, espressione quindi di una volontà negoziale⁴¹⁹. Del resto, si precisava, l'idea che l'assunzione di un obbligo possa avvenire attraverso la volontaria realizzazione di un comportamento giuridicamente vincolante non è contraddetta dal fatto che nei rapporti in esame manchino le trattative e un esplicito accordo sullo scambio delle prestazioni⁴²⁰.

Effettivamente diverso è invece il discorso per quei rapporti che debbano dirsi attuati in via di fatto a causa dell'invalidità o dell'assenza della relazione

⁴¹⁸ In altri termini, come scrive DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 196, «al cospetto del carattere di *massa* (e collettivo) che hanno assunto i rapporti di scambio, occorreva decidere se la nascita e/o il regolamento di taluni rapporti doveva ancora farsi risalire alla volontà (negoziale) dei soggetti e non anche all'assunzione *di fatto* di comportamenti, il cui significato *tipico-sociale* era imposto dalle stesse leggi del traffico e al quale non poteva contrapporsi il diverso (e divergente) significato che ad esso soggettivamente intendeva dare il suo autore». Va detto (come osserva THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, cit., 347) che la teoria in esame risente evidentemente delle dottrine politico-sociali permeate dal mito del *Volk*; ma in ogni caso «decisivo ai fini dell'elaborazione dogmatica della figura in questione è stato il definitivo tramonto dell'ideale ottocentesco di un contratto fondato su una comune volontà negoziale, ideale che, almeno per quanto concerne le contrattazioni standardizzate o di massa, sembra consegnato per sempre alla memoria».

⁴¹⁹ Cfr. DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 197, il quale richiama le critiche sia della dottrina tedesca che di quella italiana. In effetti, osserva più di recente CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 62, i rapporti contrattuali di fatto non vanno confusi «con i rapporti nati da una stipulazione non verbale, ma nella quale sono ugualmente ben visibili proposta e accettazione, come il contratto di parcheggio o la compera di beni in un supermercato». In tale equivoco sembra invece incorrere FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, cit., 197, nt. 115, allorché afferma, come già visto, che, in relazione all'inquadramento della relazione paziente-medico dipendente, «si potrebbe pensare, anche, ad un contratto di fatto, in cui – in assenza di dichiarazioni negoziali ad opera delle parti – l'iniziata esecuzione delle cure possa avere sostituito un esplicito consenso nel segnare il nascere del rapporto». Invero, salvo forse certi casi di accesso alle cure in situazioni di urgenza, la richiesta della prestazione (fatta tipicamente attraverso la valutazione del medico di medicina generale) o comunque la successiva sua prenotazione, ben possono denotare un intento negoziale del paziente (sempre al netto dell'obiezione per cui lo schema contrattuale sia effettivamente il più adatto per disciplinare la fruizione di prestazioni del Servizio sanitario nazionale).

⁴²⁰ Come osserva DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 197, il quale aggiunge che, diversamente, «occorrerebbe invece dimostrare che la *massificazione* di tali prestazioni ha reso anche concettualmente e praticamente insostenibile la tesi del carattere *volitivo* e quindi *negoziale* (dell'assunzione) del vincolo». Ma, conclude l'A., «una dimostrazione in tal senso difetta».

negoziale a monte (ad esempio la prestazione di lavoro eseguita in adempimento di un contratto invalido)⁴²¹ e nei quali si voglia quindi evitare che le conseguenze della caducazione di quella relazione travolgano prestazioni e atti già compiuti (con la conseguenza che al loro autore o ai terzi rimarrebbe la sola azione di arricchimento senza causa). In questi casi (per i quali soli s'è detta allora essere appropriata l'espressione «rapporti contrattuali di fatto»⁴²²) ciò che rileva, come risulta dalle disposizioni legislative che li regolano, è dunque l'esecuzione dell'attività in sé, e non in quanto comportamento concludente. In tali fattispecie, insomma, la nascita del vincolo è collegata dalla norma a un «assetto *in fatto* instaurato», in tal modo socialmente e giuridicamente qualificato⁴²³. Le prestazioni e i rapporti presi in considerazione, cioè, sono pur sempre connotati da un «contenuto socialmente e normativamente predeterminato» (ad esempio per quanto attiene agli aspetti quantitativi e di prezzo, ma non solo), in modo tale che il rapporto può stabilirsi anche a prescindere dalla regolazione volontaria dei suoi effetti⁴²⁴. Ecco allora perché, con riguardo a tali ultime ipotesi, è possibile affermare che in esse «l'origine del vincolo e cioè dell'obbligo non ha carattere *volitivo-consensuale* mentre invece il contenuto di esso “mima” un regolamento consensualmente concordato»⁴²⁵.

Ebbene, ciò precisato a proposito dei (veri) rapporti contrattuali di fatto, è evidente come tra essi e gli obblighi di protezione non vi sia alcun punto d'incontro, salvo che sulla situazione di «contatto sociale», la quale talvolta è stata contemplata nella teoria dei rapporti contrattuali di fatto (purché accompagnata dall'affidamento) tra quelle all'origine del vincolo creatosi pur in assenza di volontà negoziale⁴²⁶.

⁴²¹ Oppure il caso degli atti compiuti da una società invalidamente costituita o che comunque opera in via di fatto.

⁴²² V. DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 198.

⁴²³ DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 200 (corsivo proprio).

⁴²⁴ DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 200, il quale sottolinea che «occorre riconoscere che per rapporti di scambio a forte *tipicizzazione sociale*, le prassi interpretative, gli usi (si pensi alla mediazione) e, nelle ipotesi descritte, le stesse norme di legge tendono a ridurre la portata e il vigore dell'origine *volitivo-consensuale* dei vincoli, per assegnare importanza ad assetti *in fatto* già instaurati (...)».

⁴²⁵ DI MAJO, *Op. ult. cit.*, 200 (corsivo proprio).

⁴²⁶ Ciò è avvenuto accostando la situazione di contatto sociale, quale presupposto della nascita del vincolo, a quelle dell'esecuzione di prestazioni in adempimento di obblighi aventi carattere sociale e dell'inserimento di fatto di un soggetto in un rapporto comunitario (come accade per il rapporto di lavoro o di società). La teorizzazione che attribuisce un tale ruolo al contatto sociale risale a HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto* (Lipsia, 1941), trad. it. di G. Varanese, Giappichelli, Torino, 2012, 50 ss., seguito poi da BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., 353 ss. Peraltro quest'ultimo A., ricorda criticamente RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., 34, aveva esteso il contatto sociale a tutta la categoria dei rapporti

Tuttavia, anche su questo aspetto, è necessaria più d'una precisazione.

In primo luogo la contaminazione dei rapporti contrattuali di fatto con quelli fondati sull'affidamento sorto in un contesto di contatto sociale è stata opportunamente ritenuta «spuria»⁴²⁷, dal momento che accomuna fattispecie tra loro non omogenee. I rapporti contrattuali di fatto, invero, sono pur sempre orientati a produrre (e producono, nei limiti fissati dalla legge) vere e proprie obbligazioni, munite cioè dell'obbligo di prestazione, obbligo che invece manca per definizione nei rapporti che hanno come contenuto solo obblighi accessori a quello di prestazione che tuttavia sussistono indipendentemente da quest'ultimo (obblighi di custodia, di cura, di attenzione, di protezione). Sicché è chiaro che gli obblighi di protezione, che pure nascono anch'essi nel contesto di un contatto sociale (qualificato dalla buona fede), sono ben altra cosa rispetto al contenuto di un rapporto contrattuale (“di fatto” o quale che sia). Accostare dunque, come fa la giurisprudenza, all'obbligazione senza prestazione (e agli obblighi di protezione) i rapporti contrattuali «di fatto o da contatto sociale», dà luogo, in definitiva, ad ambiguità, per non dire che genera un ossimoro.

In secondo luogo, a prescindere dal carattere assorbente della prima osservazione, va detto che l'affermazione della giurisprudenza italiana secondo la quale fonte dell'obbligazione (del medico) sarebbe il mero contatto sociale⁴²⁸ si rivela in ogni caso approssimativa; tutt'al più, secondo la teoria dei rapporti contrattuali di fatto, al semplice contatto dovrebbe pur sempre aggiungersi l'affidamento che una parte (il paziente) ripone nell'altra in ragione di determinati elementi concreti (la professionalità del medico)⁴²⁹. Ma si può comunque

contrattuali di fatto, individuandolo come quell'elemento che renderebbe assimilabili tali situazioni ai rapporti contrattuali propriamente detti (cfr. BETTI, *Op. ult. cit.*, 355).

⁴²⁷ Così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 488. L'idea è successivamente ribadita in ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., 143.

⁴²⁸ Cfr. Cass. n. 8826/2007, cit. In effetti la giurisprudenza non ha mai dato risposta ai dubbi della dottrina circa le condizioni alle quali, nei rapporti contrattuali di fatto, il contatto sociale assurga al ruolo di fonte dell'obbligazione. Rileva tale lacuna già in Cass. n. 589/1999, cit., THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, cit., 348.

⁴²⁹ Cfr. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., 6, che ricorda come, secondo la teoria citata, nei rapporti ritenuti derivanti da contatto sociale rientrano «quei rapporti che si instaurano tra soggetti diversi, quando un contratto perfetto non esista, ma una delle parti faccia assegnamento sulla cooperazione dell'altra per il raggiungimento del risultato previsto, in virtù dell'univoco significato che socialmente si connette al comportamento di questa». Più di recente, e con specifico riguardo alla situazione del medico dipendente, v. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874, nt. 15, il quale rileva, in opposizione a Cass. n. 8826/2007, che «il semplice contatto sociale non è in grado di evocare la ragione propria per cui il contatto stesso genera l'obbligo, ragione che in realtà risiede nell'affidamento del malato nella professionalità del medico che nella

obiettare che resterebbe pur sempre da spiegare come possa il mero affidamento di una sola parte, che pure sia oggettivo (poiché fondato sull'oggettiva qualificazione professionale) dar vita a obbligazioni a carico dell'altra⁴³⁰; non si potrebbe cioè negare, in definitiva, che un simile affidamento dovrebbe riscontrarsi sempre, perché sempre, di fronte a operatori professionali, sussiste la loro qualificazione. Ma così l'affidamento finisce per non aggiungere alcunché alla pura sussistenza della professionalità, per cui si tornerebbe nuovamente a legittimare la nascita dell'obbligazione sulla base del semplice possesso di un determinato *status* professionale, il quale però, come già visto, non è a sua volta in grado di giustificare la nascita di un rapporto obbligatorio⁴³¹. Senza dimenticare poi, a tutto voler concedere, che la genesi di obbligazioni a carico di un soggetto per effetto di un semplice affidamento altrui (pur oggettivo che sia), ipoteticamente nemmeno riconoscibile come tale, sembra minare l'autonomia privata della parte che si ritrovi soggetta al vincolo⁴³².

6.2. Segue. *L'idea di un'obbligazione di «prote-stazione»*

Un tentativo di dare un significato coerente alle altrimenti contraddittorie asserzioni della giurisprudenza a proposito della figura dell'obbligazione senza prestazione è stato fatto da chi, con riguardo agli obblighi protettivi nascenti dal

struttura ospedaliera si prende cura di lui e verso il quale, inoltre, il malato presta il consenso informato».

⁴³⁰ Già scriveva RICCA, *Op. ult. cit.*, 39, nt. 99, a proposito dell'estensione (operata da BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., 355), del contatto sociale all'intera categoria dei rapporti contrattuali di fatto, che «il rapporto di affidamento che si crea tra soggetti estranei tra loro in contatto sociale non può essere considerato un vero e proprio rapporto obbligatorio, perché la fiducia è elemento costante dei rapporti umani, più che una particolare situazione giuridica», in ciò richiamandosi anche alla dottrina tedesca (per i riferimenti alla quale *ivi* si invia). Scettico sulla possibilità che l'affidamento possa dar vita a obbligazioni munite del dovere di prestazione è anche CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 488, il quale, su questo punto, si contrappone a DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 450.

⁴³¹ Oltretutto nel rapporto medico-paziente non sembra possibile rinvenire i tradizionali connotati dei rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (quali ipotesi dei quali RICCA, *Op. ult. cit.*, 6, richiama quelle delle trattative contrattuali, del trasporto o di altre prestazioni di cortesia e del rapporto di locazione di fatto). Nella relazione con il medico dipendente non si tratta infatti di supplire (attraverso il rapporto di fatto) alla mancanza tra le parti di un'esplicita volontà negoziale (che invero neppure avrebbe senso esserci), dal momento che un rapporto obbligatorio già c'è (tra paziente e struttura) e il medico opera esattamente al fine di darvi attuazione.

⁴³² Cfr. quanto scrive ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 92, a proposito del contatto sociale (ma l'osservazione è valida anche per l'affidamento che su di esso si voglia innestare): «l'ordinamento, e la volontà, in quanto dall'ordinamento medesimo tutelata, debbono rimanere sovrani».

contatto sociale, ha parlato di «diritto di credito (alla protezione) senza pretesa»⁴³³. Secondo quest'opinione sarebbe vero che il paziente non ha diritto di esigere la prestazione verso un determinato medico; tuttavia, «una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell'inadempimento di quella che è un'obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analoga». In altre parole la tesi in esame da un lato afferma che dal contatto sociale nasce un obbligo di prestazione (a differenza della teoria dell'obbligazione senza prestazione, che afferma la nascita di soli obblighi di protezione), dall'altro ritiene che il contenuto di detta prestazione sia... la mera protezione, con il risultato che tale credito è inesigibile da parte del paziente. L'obbligazione che scaturisce dal contatto sociale diventa così una sorta di ibrido che vorrebbe coniugare il comportamento del medico, orientato alla concreta realizzazione di un risultato verso il paziente (quindi *prestazione*), con il fatto che tra i due non v'è legame coercibile (com'è nella *protezione*).

Ebbene, se apparentemente l'idea di un "credito alla protezione" verso il medico sembra poter ricomporre le altrimenti discordanti proposizioni della giurisprudenza, contro siffatta possibilità si è notato che essa, per la commistione cui dà luogo, finisce per essere intimamente inconciliabile: in effetti se davvero pretesa (credito) vi è, essa non può poi essere inesigibile (come invece affermano la giurisprudenza e la dottrina da ultimo citata)⁴³⁴. A voler dar seguito a tale idea si dovrebbe in effetti concludere che struttura sanitaria e medico sono coobbligati in modo asimmetrico nei confronti del paziente, dal momento che quest'ultimo può far valere il proprio credito solo verso la prima e non anche verso il secondo, il che, evidentemente, non è accettabile, risultando minata la nozione stessa di credito.

Quanto poi all'idea che la valutazione della violazione dell'obbligo di protezione vada condotta nello stesso modo di quella dell'inadempimento della prestazione vera e propria, essa non è condivisibile. In effetti la realizzazione dell'interesse di protezione può avvenire o attraverso un comportamento negativo (di astensione), oppure attraverso un comportamento attivo, ma volto, si noti, semplicemente a evitare la verifica di danni (e tipicamente di quelli

⁴³³ NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874.

⁴³⁴ Cfr. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 706, secondo il quale si avrebbe così un'obbligazione di «prote-stazione», ossia nata di protezione ma che finisce in prestazione, e pertanto incoerente. Scrive infatti l'A. che «parlare di un diritto di credito alla protezione significa precisamente trasformare un puro obbligo (di protezione) in una pretesa, in contrasto con il punto di partenza, anche della Cassazione, che di una pretesa del paziente nei confronti del medico non è dato parlare».

potenzialmente derivanti dalla stessa esecuzione della prestazione principale, ove questa ci sia); ciò perché si tratta dell'interesse alla preservazione di una condizione in essere. Diversamente l'interesse alla prestazione (e, nella specie, alla prestazione medica) si realizza attraverso una condotta attiva, che non mira solo a evitare un pregiudizio, ma incide sulla persona del debitore. Nel caso poi dell'attività di cura non si può disconoscere che sia la prestazione che la protezione hanno come fine la salute del paziente. Ma ciò allora dovrebbe portare a riconoscere non tanto che la valutazione della violazione dell'obbligo di protezione può avvenire negli stessi termini della valutazione dell'inadempimento della prestazione, quanto piuttosto che l'interesse alla prestazione assorbe quello alla protezione (come in precedenza s'è detto).

Infine non appare decisiva la considerazione che nonostante il paziente non possa vantare una pretesa alla prestazione verso il singolo sanitario, è comunque possibile valutare l'operato di quest'ultimo come prestazione medica⁴³⁵. In effetti, se con ciò s'intende dire che l'attività del singolo operatore può (e deve) comunque essere valutata secondo le regole tecniche proprie di essa, ciò è fuor di dubbio, ma non può significare che, per ciò solo, quell'attività vada anche considerata come prestazione del medesimo operatore, cioè come adempimento di un'obbligazione sul medesimo gravante, e per di più di un'obbligazione che si assume essere di mera protezione. Piuttosto l'attività in questione è sì da qualificare come prestazione, ma non già del singolo sanitario, bensì della struttura, unica effettiva debitrice verso il paziente.

7. Osservazioni critiche sull'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione al rapporto tra paziente e medico dipendente

Dopo aver esposto i fondamenti dell'impostazione dottrinale che predica l'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione alla responsabilità del medico dipendente, dopo aver esaminato la lettura giurisprudenziale di quest'ultima (parzialmente deviante, come visto, dal modello teorico di riferimento) e dopo aver dato conto delle tesi dottrinarie per così dire "satelliti" rispetto all'originaria impostazione, nonché dei punti di debolezza di queste ultime, è opportuno esporre quelli che, accantonando per un momento tutto ciò,

⁴³⁵ NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874. Questa, per esteso, l'argomentazione dell'A.: «l'obbligazione di protezione che, in mancanza di un contratto, nasce a carico del medico in base al solo affidamento per l'operare della buona fede oggettiva, si caratterizza rispetto alla obbligazione ordinaria perché non vi è una pretesa diretta alla prestazione da parte del paziente, ma ciò non significa che l'operato del medico nei confronti di pazienti, con i quali non è legato da un rapporto contrattuale, non possa valutarsi come prestazione medica con i requisiti che essa abbia nel caso concreto».

sembrano essere alcuni profili di criticità dell'applicazione alla relazione tra medico dipendente e paziente della teoria dell'obbligazione senza prestazione, al di là, insomma, della deviazione che essa ha subito nel suo recepimento da parte della giurisprudenza⁴³⁶. Il modello di riferimento di tale discorso sarà, come detto, la relazione medico-paziente, ma va subito chiarito che le considerazioni che verranno svolte valgono anche per le relazioni che si instaurano tra paziente e altre tipologie di operatori sanitari⁴³⁷: in effetti, se pur l'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione al campo della responsabilità in ambito sanitario sembra aver riguardato la sola figura del medico, essa dovrebbe astrattamente ritenersi trasponibile anche nei rapporti con gli altri attori del processo di cura⁴³⁸.

⁴³⁶ Critico sull'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione a ipotesi ulteriori rispetto a quella della responsabilità precontrattuale è DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 8 ss. In particolare l'A. ritiene (*Op. cit.*, 11 ss.) che «l'innalzamento a categoria del più ampio principio della c.d. responsabilità da (violazione dell') affidamento *Vertrauenshaftung* si rivela insincero e inappropriato (...)». Più precisamente l'innalzamento sarebbe «insincero» perché nelle trattative, a differenza che in altre fattispecie, l'obbligo di protezione si fonda sulla specifica previsione della buona fede, e non sull'affidamento; sarebbe invece «inappropriato» poiché «viene ad alimentare di risvolti *soggettivi* una responsabilità che può basarsi su elementi oggettivi, rapportati a *standards* di comportamenti etico-sociali, connessi a ben precisi ruoli e funzioni che il soggetto riveste (si pensi al medico-professionista, all'intermediario finanziario, all'esperto chiamato a valutare un bilancio di società)».

⁴³⁷ Quali, solo per citarne alcune: l'infermiere, l'ostetrica/o, il fisioterapista, il terapeuta della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva, il tecnico della riabilitazione psichiatrica, l'educatore professionale, il tecnico sanitario di radiologia medica. All'interno della categoria delle professioni sanitarie si distinguono infatti (escluse le professioni di medico chirurgo, farmacista, odontoiatra, veterinario e psicologo) le categorie: delle professioni sanitarie infermieristiche, della professione sanitaria ostetrica, delle professioni sanitarie riabilitative, delle professioni tecnico sanitarie (a loro volta distinte nell'area tecnico-diagnostica e in quella tecnico-assistenziale) e delle professioni tecniche della prevenzione.

⁴³⁸ 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 allertare oppure no 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. In questi casi, insomma, la rigorosa applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione dovrebbe portare ad affermare che anche l'infermiere (o la diversa figura professionale coinvolta) risponde direttamente e in via contrattuale, al pari del medico, del danno cagionato. Né in contrario si potrebbe pensare che

L'esposizione che segue si snoderà attraverso tre profili.

Un primo profilo di criticità è dato dal fatto che la relazione tra medico e paziente non solo non è negoziale, ma nemmeno può dirsi simile a una relazione negoziale: il contatto tra i due, cioè, non nasce in vista della creazione di un rapporto obbligatorio, né della creazione di un rapporto di cortesia⁴³⁹. Anche 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 essendolo (negoziale), sia comunque ad esso assimilabile⁴⁴⁰. 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»⁴⁴¹.

l'affidamento necessario affinché dal contatto sociale si producano obblighi di protezione possa maturare solo verso il medico e non anche verso altre figure a motivo della loro diversa professionalità: infatti, a parte la considerazione che anche la professione infermieristica (e quelle sanitarie in genere), al pari di quella medica, è soggetta all'iscrizione ad apposito albo e disciplinata normativamente, il mero riferimento alla diversa professionalità non permetterebbe invero di cogliere quale sia il grado di essa sufficiente a legittimare l'insorgenza di un affidamento idoneo alla nascita di obblighi di protezione.

⁴³⁹ Secondo ZACCARIA, “*Contatto sociale*” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *juscivile.it*, 3/2017, 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».

⁴⁴⁰ ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, cit., 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*, 10/2016, spec. 1165; ID., “*Contatto sociale*” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, cit., spec. 189 ss. Cfr. inoltre quanto scrive, più recentemente, e anche con riferimento alla figura del medico dipendente, CANARIS, *Il “contatto sociale” nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2017, 1 ss., spec. 7.

⁴⁴¹ ZACCARIA, “*Contatto sociale*” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, cit., 192. Secondo tale 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

A riprova di ciò s'invoca la modifica, a seguito della *Schuldrechtsmodernisierung*, del § 311, comma 2, BGB, il quale ora prevede tre situazioni dalle quali possono sorgere obblighi di attenzione a diritti, beni e interessi altrui (ossia obblighi di protezione)⁴⁴²:

1) l'inizio delle trattative contrattuali (*die Aufnahme von Vertragsverhandlungen*);

2) comportamenti (precedenti alle trattative) di avviamento alla costituzione di un rapporto di carattere negoziale (*die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut*)⁴⁴³;

3) simili contatti negoziali (*ähnliche geschäftliche Kontakte*).

Ebbene, nei primi due casi la finalizzazione negoziale della relazione è evidente. Il terzo caso, invece, può dar luogo ad ambiguità, poiché potrebbe essere riferito sia a contatti simili ai precedenti in quanto pur sempre negoziali, ma di minore intensità, sia a contatti non negoziali (perché non orientati alla conclusione di un negozio) ma pur sempre simili a quelli negoziali, e in quanto tali suscettibili di dar vita a obblighi di protezione⁴⁴⁴. Ma in ogni caso, si dice,

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.

⁴⁴² Il § 311, comma 2, BGB fa riferimento a «*ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2*» («un rapporto obbligatorio con gli obblighi di cui al § 241 comma 2»); e il § 241 (2) prevede che «*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*» («il rapporto obbligatorio può obbligare ciascuna parte, secondo il suo contenuto, al rispetto dei diritti, dei beni giuridici e degli interessi dell'altra parte»).

⁴⁴³ Precisamente «l'avvio di un contratto nel quale, in vista di un eventuale rapporto negoziale, una delle parti concede all'altra la possibilità di produrre effetti sui suoi diritti, beni o interessi, o le affida questi ultimi» (così nella traduzione del BGB a cura di S. PATTI, Giuffrè, Milano, 2013).

⁴⁴⁴ Il riferimento, secondo ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, cit., 91, sarebbe ai rapporti di cortesia «puri». Il § 311, comma 3, n. 3, BGB, dunque non andrebbe tradotto con l'espressione «contatti negoziali simili» (ai precedenti), bensì con quella «contatti (non negoziali) simili ai contatti negoziali». Ricomprendere i rapporti di cortesia all'interno del § 311, comma 2, n. 3, BGB permette di fornire un appiglio normativo alle opinioni che riconoscono al loro interno la sussistenza di obblighi di protezione (secondo un percorso già intrapreso da dottrina e giurisprudenza tedesche) e di sottrarre la tutela

comunque si voglia interpretare il § 311, comma 2, n. 3, BGB, «un “contatto sociale” può costituire fonte di obbligazioni soltanto per il tramite di una base negoziale o normativa»⁴⁴⁵.

A tali critiche si è obiettato, per la verità, che la situazione cui andrebbe ricollegata la nascita di obblighi di protezione non è un *semplīce* contatto sociale, ma un contatto sociale *qualificato* dallo scopo che attraverso di esso le parti intendono conseguire e dalla qualità professionale di uno dei soggetti, elementi entrambi idonei a generare nell'altra parte un affidamento che sia fonte di obblighi accessori, e in particolare di protezione, negli stessi termini che nella *culpa in contrahendo*⁴⁴⁶. Così, la pur avvenuta conferma normativa, nell'ordinamento tedesco, della nascita di obblighi di protezione nei contatti *negoziali* non potrebbe precludere che lo stesso accada anche per quei contatti che, pur non destinati alla conclusione di un contratto, presentano tuttavia le medesime caratteristiche strutturali e funzionali, ossia, per quel che qui interessa, uno scopo, la qualità professionale di una parte e l'affidamento.

Senonché, pur a fronte di tali obiezioni, pare lecito formulare talune riserve circa la possibilità che il contatto tra paziente e medico dipendente possieda i requisiti necessari a dar vita a obblighi di protezione.

Quanto allo scopo del contatto, se pur è innegabile che la relazione tra medico e paziente sia orientata alla cura, è altrettanto vero che ciò vale in tanto in quanto il medico costituisce il mezzo di adempimento della prestazione della struttura: in altre parole nella relazione particolare tra medico e paziente non vi è alcuna finalità ulteriore a quella che già connota la relazione tra paziente e struttura. In secondo luogo va osservato che tanto il perseguimento dello scopo quanto l'affidamento che connotano la relazione medico-paziente sono unilaterali e riguardano la sola sfera del paziente (non perseguendo il medico alcuno scopo né affidandosi a chicchessia), mentre invece il modello di riferimento (la *culpa in contrahendo*) ne richiederebbe la reciprocità⁴⁴⁷. Da ultimo, quanto alla potenzialità dell'affidamento generato dalla qualità professionale di una delle parti (il

dei beneficiari di una prestazione oggetto di un rapporto di cortesia “puro” alla disciplina della responsabilità aquiliana. L'A., comunque, dà conto di differenti letture della disposizione codicistica.

⁴⁴⁵ ZACCARIA, *Op. ult. cit.*, 92; ma v. anche ID., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2015, spec. 353 ss. Nello stesso senso, CANARIS, *Il “contatto sociale” nell'ordinamento giuridico tedesco*, cit., 9.

⁴⁴⁶ Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 135 e 142.

⁴⁴⁷ Scrive CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 139, di contatto sociale «che si instaura per la volontà di *ambidue* le parti» (corsivo aggiunto), ma v. anche, per la necessità della reciprocità, ID., *Op. cit.*, 142, in cui l'A. si richiama a Dölle. Nel caso del rapporto con il medico dipendente è evidente invece che il contatto si instaura per volontà del solo paziente.

sanitario), s'è già messo in luce come tale affidamento non appaia decisivo⁴⁴⁸, poiché, a parte la sua unilateralità, finisce per insorgere sempre e comunque in virtù della mera esistenza della qualificazione professionale, tanto che non è mancato chi addirittura ha individuato direttamente quest'ultima quale fonte degli obblighi di protezione, discorrendo di responsabilità "da *status*"⁴⁴⁹.

Sulla scorta di tali considerazioni, dunque, è possibile comprendere perché risulti difficile giustificare la nascita anche di soli obblighi di protezione all'interno della relazione tra paziente e medico dipendente⁴⁵⁰: si tratta, a ben vedere, di una

⁴⁴⁸ Particolarmente critico sul ruolo dell'affidamento nell'estensione, oltre l'ambito delle trattative, della teoria dell'obbligazione senza prestazione è BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011, 86 ss.

⁴⁴⁹ Cfr. NIVARRA – RICCIUTO – SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2016, 457, in cui si legge che la responsabilità del medico dipendente «si configura (...) come da inadempimento di un'obbligazione preesistente (di protezione e cura dell'integrità psico-fisica del paziente), fondata sullo *status* professionale del medico fonte di obbligazioni *ex art.* 1173 ult. parte, trattandosi di un fatto idoneo a produrle sulla base di una valutazione dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e, in particolare, del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.». A tal riguardo, però, è appena il caso di notare che se davvero fonte degli obblighi di protezione è lo *status*, svanisce qualsiasi ruolo della buona fede. Per una netta critica alla responsabilità "da *status*" v. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 385 ss. Scettico sul rilievo da attribuire allo *status* professionale è anche (pur se per motivi diversi) NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2014, 58. L'A. ritiene che il fondamento del vincolo tra medico e paziente non sia l'affidamento (che pure origina dal fatto oggettivo costituito dalla qualifica professionale), bensì pur sempre la buona fede (come nella fattispecie del 1337 c.c.), «perché in definitiva gli obblighi in tesi ricavabili dallo *status* di professionista protetto rivestono un ineliminabile carattere di genericità e, come tutti i doveri a carattere pubblicistico, hanno un'efficacia *erga omnes*»; viceversa, scrive, «soltanto il medio della buona fede (...) è in grado di tradurre tali doveri in un rapporto tra soggetti determinati sulla base di un processo di concretizzazione della clausola generale in relazione al quale l'esercizio della professione finisce per occupare uno spazio storico-fattuale corrispondente a quello riservato dal legislatore *ex art.* 1337 c.c. alle trattative e alla formazione del contratto». Tuttavia, circa l'assimilazione dell'esercizio della professione (come lavoratore dipendente) alle trattative, si potrebbe osservare che essa appare forzata, dal momento che (come si è detto nel testo) il rapporto medico-paziente non è orientato in senso negoziale, né è orientato al perseguimento di uno scopo autonomo rispetto alla realizzazione del rapporto paziente-struttura.

⁴⁵⁰ Le obiezioni di Castronovo alle critiche di Zaccaria sul modo d'intendere il contatto sociale sono in realtà anche altre. Scrive CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 133 ss., che intendere i contatti del n. 3 del comma 2 del § 311 BGB come necessariamente negoziali comporterebbe che la fattispecie del n. 3 risulterebbe assorbita da quella del n. 2, che riguarda genericamente le ipotesi di "avviamento al contratto"; pertanto, per dare alla fattispecie del n. 3 § 311, comma 2, un significato autonomo, è necessario valutare la *somiglianza* ai contatti negoziali (*geschäftliche Kontakte*) cui essa si riferisce «non sul piano della negozialità in senso stretto bensì della prossimità, tra soggetti che allora diventano parti, analoga a quella che ricorre nelle relazioni negoziali». Inoltre Castronovo afferma che il presunto ravvedimento avvenuto in Germania sulla portata del contatto sociale «non può riguardare l'esperienza italiana la quale, pur muovendo dalla categoria dogmatica di origine tedesca del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, l'ha rielaborata, in relazione a un dato positivo non identico, con la precisa consapevolezza della maggiore capacità di essa rispetto alla sola fattispecie delle trattative precontrattuali». Quanto al rischio di assorbimento della fattispecie del n. 3 del § 311, comma 2,

relazione non orientata in senso negoziale, né a questa assimilabile (non potendo qualificarsi come rapporto di cortesia⁴⁵¹), priva di uno scopo autonomo e connotata da un affidamento unilaterale. Insomma: non pare esservi alcun presupposto affinché all'interno del rapporto tra paziente e medico dipendente germoglino obblighi di protezione.

Un secondo profilo di criticità dell'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione alla responsabilità del medico dipendente è legato al particolare interesse che l'obbligazione di cura mira a soddisfare, e concerne la possibilità stessa di individuare, all'interno di tale vincolo, autonomi obblighi di protezione.

Si è già visto infatti in precedenza che poiché l'obbligazione di cura è già per sua natura finalizzata alla tutela della salute del paziente, l'interesse di quest'ultimo alla prestazione dovrebbe assorbire in sé anche l'interesse alla protezione della sfera personale.

D'altra parte, però, è pur vero che, nel caso delle prestazioni di cura erogate da una struttura, l'ente adempie la propria obbligazione (almeno per la parte delle prestazioni strettamente sanitarie) attraverso singoli professionisti, cosa che produce una scissione tra titolare dell'obbligazione (l'ente) e soggetti esecutori dell'obbligo (gli operatori sanitari) e che, dal momento che sono quest'ultimi a entrare in contatto con il paziente e a instaurare con lui una relazione fiduciaria, ha indotto a considerare in via autonoma la loro attività, sì da dare a essa rilievo sia sotto il profilo dell'attuazione dell'interesse di prestazione, sia sotto quello della realizzazione dell'interesse di protezione. Solo che, così facendo, ricostruendo cioè il fenomeno dell'attività di cura erogata all'interno di un struttura sanitaria attraverso la creazione di autonomi doveri protettivi in capo al medico, si è dato vita a una situazione in cui quella stessa condotta che per il medico integra attuazione del dovere di protezione, per la struttura integra esecuzione della prestazione, e in cui la violazione del dovere di protezione

BGB nel n. 2, tuttavia, si può solo osservare che è lo stesso ZACCARIA (*Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»*), cit., 90 ss.) che, proprio per averne in precedenza riscontrato la possibile verifica, propone una lettura alternativa del n. 3 del § 311, comma 2, BGB, secondo la quale quest'ultima ipotesi non riguarderebbe i «contatti negoziali simili», ma piuttosto i contatti non negoziali e tuttavia simili a quelli negoziali, attraendo così, nella cerchia di rapporti regolati da obblighi di protezione, i rapporti di cortesia. Non è chiaro invece cosa significhi valutare il requisito della somiglianza di cui al n. 3 «non sul piano della negozialità in senso stretto bensì della prossimità» (come vorrebbe CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 136), non specificando l'A. come debba intendersi detta prossimità, la quale quindi rischia di restare una situazione piuttosto vaga.

⁴⁵¹ Cfr. ZACCARIA, "Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, cit., 190.

comporta inadempimento dell'obbligo di prestazione (pur se sotto il solo profilo della causazione di un danno⁴⁵²).

In altre parole, l'individuazione di obblighi di protezione in capo al medico produce un fenomeno di sovrapposizione tra il contenuto (o comunque una sua parte) della prestazione della struttura e la condotta del sanitario rispettosa dei doveri di protezione⁴⁵³.

A proposito di questo profilo, la dottrina che ha propugnato l'applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione alla responsabilità del medico dipendente ha affermato che «la coincidenza tra la condotta del medico che esegue la propria prestazione [verso la struttura sanitaria] e quella mediante la quale deve da lui essere rispettata la sfera di protezione del paziente non consente che la si trasponga sul piano formale, identificando arbitrariamente come creditore della prestazione colui che Mengoni avrebbe chiamato sostrato materiale della prestazione»⁴⁵⁴. Ebbene, questa osservazione, se per un verso coglie nel segno, per altro verso pare eludere il problema. Si noti infatti che in tale contesto la «prestazione» cui è raffrontata la condotta “protettiva” del medico è quella che questi deve all'ente da cui dipende. Per cui è certamente vero che la coincidenza della condotta del medico che costituisce prestazione verso la struttura con la condotta di protezione verso il paziente non consente di trasformare anche quest'ultimo in creditore del sanitario. Tuttavia ricostruire il fenomeno dell'erogazione di una prestazione di cura all'interno di una struttura sanitaria considerando la prestazione ricevuta dal paziente come prestazione in realtà dovuta dal medico al proprio datore di lavoro, significa dipingere uno scenario in cui il medico “volta le spalle” al paziente, il quale non può che ridursi a mero «sostrato materiale» di una prestazione indirizzata a terzi. Mentre invece è certamente più opportuno considerare l'attività del sanitario non già quale prestazione che quest'ultimo deve al proprio datore di lavoro, bensì quale attuazione della prestazione che la struttura deve al paziente⁴⁵⁵: è in tal caso infatti

⁴⁵² Perché, invero, inadempimento dell'Ente c'è anche nel caso di inutilità delle cure o comunque in relazione a condotte (riferite alla struttura) che non coincidano con obblighi di protezione del singolo operatore (oltre che, ovviamente, inadempimento si potrà avere per le condotte relative alle prestazioni “alberghiere” o non strettamente sanitarie).

⁴⁵³ Tale situazione si potrebbe alternativamente descrivere dicendo che la condotta dell'operatore sanitario produttiva di danno non è tenuta *in occasione* dell'esecuzione della prestazione, bensì *in esecuzione* della prestazione curativa: tuttavia le due ipotesi non sono sempre distinguibili in modo netto.

⁴⁵⁴ CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64.

⁴⁵⁵ Il paziente allora, in quest'ottica, viene considerato non (solamente) «sostrato materiale» di una prestazione da eseguire verso la struttura, ma destinatario di una prestazione (della struttura) nei propri confronti.

che la prestazione di quest'ultima si sovrappone (quantomeno in parte⁴⁵⁶) alla protezione dovuta dal medico⁴⁵⁷.

Quanto alla possibilità di attribuire comunque all'attività dei singoli operatori sanitari un'autonoma rilevanza sotto il profilo dei doveri di protezione, la dottrina citata, volendo prevenire l'obiezione secondo cui l'obbligazione di cura non lascerebbe spazio a obblighi di protezione autonomi dal dovere di prestazione, afferma che tale assunto andrebbe adattato allorché il medico dipenda da una struttura sanitaria, dal momento che in questo caso «l'interesse di tutela del paziente prende forma in autonomi obblighi di protezione, non potendo condensarsi in un obbligo di prestazione che in ipotesi non è stata assunta [dal medico]»⁴⁵⁸. Ma una tale conclusione non appare giustificata, poiché non si comprende perché a fronte di un'obbligazione di cura assunta autonomamente dal singolo medico l'interesse di protezione può essere assorbito da quello alla prestazione (come già sosteneva Mengoni), mentre lo stesso non può accadere allorché l'obbligazione di cura sia stata assunta da un soggetto organizzato, visto che anche in quest'ultimo caso la prestazione erogata (pur se di contenuto più ampio di quella del singolo professionista) è finalizzata alla tutela della salute e quindi, sotto il profilo causale, suscettibile di assorbire l'interesse alla prestazione⁴⁵⁹. Insomma: è vero che l'interesse di protezione del paziente non

⁴⁵⁶ Poiché s'è già detto che la prestazione dovuta dalla struttura è più ampia di quella che coincide con l'attività strettamente sanitaria.

⁴⁵⁷ Il problema di distinguere tra contenuto della prestazione e dovere di protezione era già stato affrontato, pur con riguardo alla condotta (non dell'ente ma) del singolo professionista, da CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 297 ss. Scrive l'A. infatti che «è possibile che il medico tenga un contegno colposo in occasione della prestazione, ma non tale da costituire un'inesatta esecuzione di quest'ultima». Cattaneo però risolve il problema, ritenendo non necessario prendere posizione sul tema degli obblighi di protezione, affermando che «nel caso del medico (...) sembra che gli obblighi contrattuali relativi alla integrità fisica siano tutti compresi nell'obbligo di eseguire la prestazione principale», in ciò richiamandosi al precedente scritto di DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, cit., 1224, secondo il quale «la prestazione, da parte del medico, di (...) attività curativa, che, pur idonea a guarire una certa malattia, compromette l'incolumità del malato, costituisce inadempimento del contratto di cura, non per inosservanza di un'obbligazione accessoria *de garantie* o *de sécurité* (ulteriore rispetto a quella di prestazione delle cure in senso stretto, che possa considerarsi adempiuta), bensì per inosservanza proprio di *quella unica ed essenziale obbligazione di cura, che comprende in sé anche la salvaguardia dell'incolumità*» (corsivo dell'A.). Da ultimo, accenna all'identità di contenuto della condotta (anche "protettiva", dunque) del medico con quella che dà adempimento all'obbligo di prestazione della struttura sanitaria anche CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 158.

⁴⁵⁸ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 485, ma già così in ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 198.

⁴⁵⁹ A ulteriore sostegno della propria tesi CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 485, aggiunge che «in secondo luogo, poiché in ipotesi del genere il medico non è obbligato alla prestazione, la portata della responsabilità ne risulta diversa rispetto a quella che grava sulla struttura sanitaria: mentre nei confronti di quest'ultima può agire il paziente quando la cura, pur non dannosa, si sia rivelata inutile nonostante aspettative ingenerate e risultati promessi (in

può addensarsi in un credito alla prestazione verso il medico (il quale in effetti non ha assunto alcuna obbligazione); ma la semplice diversità tra soggetto debitore (l'ente) e soggetto esecutore (il medico) non appare di per sé idonea a giustificare un'artificiosa frammentazione di quella che invero è un'unica relazione obbligatoria al solo fine di affermare, in capo all'esecutore, l'esistenza di obblighi che non avrebbero ragione di esistere in capo al debitore.

In definitiva, non sembra pertanto azzardato ipotizzare che, in virtù di queste considerazioni, l'unico soggetto tenuto a rispondere del danno arrecato al paziente sia la struttura, e non anche il singolo operatore che concretamente ha agito per dare attuazione all'obbligazione di quest'ultima. Né tale conclusione pare inficiata dal rilievo che «l'opera intellettuale medica rimane il nucleo qualificante della prestazione sanitaria, pur quando questa si svolga nella cornice di una struttura ospedaliera», sì che l'affermazione della sola responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente darebbe luogo a una «mistificazione della forma giuridica», poiché equiparerebbe l'opera che qualifica l'intero rapporto (quella medica) alla condotta di un passante⁴⁶⁰. Invero affermare che nei confronti del paziente risponde la sola struttura non sembra significare che l'opera del medico viene equiparata a quella di un passante, sia perché il sanitario non è estraneo alla struttura, essendo la sua attività essenziale all'adempimento di questa, sia perché, se è pur vero che l'attività medica è il nucleo qualificante della prestazione della struttura, la responsabilità personale del singolo operatore non è un dogma intoccabile.

Il terzo e ultimo profilo di criticità dell'utilizzo degli obblighi di protezione per disciplinare la responsabilità del medico dipendente è quello che riguarda il momento applicativo di tale responsabilità in concorso con quella della struttura sanitaria.

S'è visto infatti che, applicando correttamente la teoria dell'obbligazione senza prestazione (non quindi secondo la sua lettura giurisprudenziale), le posizioni dei soggetti coinvolti (medico e struttura) sono strutturalmente diverse, dal momento che il medico risponde per la mera *violazione* di un dovere di protezione (in pratica quando cagiona un danno), mentre l'ente risponde per *inadempimento* (quindi anche nel caso di mancato miglioramento), essendo gravato da un obbligo di prestazione (il quale, tra l'altro, è di contenuto più ampio

particolare, ad esempio, nella chirurgia estetica), nei confronti del medico che abbia concretamente operato o curato l'azione potrà riguardare esclusivamente i casi in cui la cura nonché inutile si sia rivelata dannosa per la salute del paziente». Sennonché una tale argomentazione presuppone, anziché spiegare, la possibilità di autonoma sussistenza di obblighi di protezione anche nel rapporto con il medico dipendente.

⁴⁶⁰ Come ritiene invece CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 480, e già prima in ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 196.

dell'erogazione della sola attività medica, comprendendo anche le prestazioni cc.dd. "alberghiere"). Tra le due responsabilità vi dovrebbe essere, dunque, diversità di titolo, un conto essendo l'inadempimento, altro la «violazione»⁴⁶¹. Ciononostante la dottrina fautrice del riconoscimento di autonomi doveri di protezione in capo al medico ha sostenuto la solidarietà tra la responsabilità di quest'ultimo e quella della struttura sanitaria⁴⁶². Ora, seppur l'acclarata diversità di

⁴⁶¹ Si ricordi che secondo CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 707, è più opportuno parlare di *violazione*, anziché d'inadempimento, con riferimento agli obblighi di protezione, proprio in ragione del fatto che essi non hanno ad oggetto una vera e propria prestazione; non a caso l'A. ritiene che l'applicazione della disciplina dell'art. 1218 c.c. alla violazione degli obblighi di protezione debba esser fatta non in via diretta, ma analogica, fermo restando che l'applicazione della medesima regola di responsabilità tanto all'inadempimento dell'obbligazione quanto alla violazione degli obblighi di protezione non comporta «annegamento (...) della distinzione tra obbligo di prestazione e obbligo di protezione» (CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 711; ma v. anche ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 503, nt. 200). Parla di «concorso» tra la responsabilità della struttura e quella del medico THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, cit., 347.

⁴⁶² CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 490, nt. 105. Invero anche la giurisprudenza afferma la solidarietà tra la responsabilità del medico e quella della struttura sanitaria, ma si noti che ciò essa fa sul presupposto (pur non sempre consapevolmente riconosciuto) che anche sul medico gravi un obbligo di prestazione, anziché di mera protezione. È singolare tuttavia che in altra sede (ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 168, nt. 185) lo stesso Castronovo abbia assunto la diversità di titolo tra due obbligazioni a elemento ostativo della solidarietà. In quella sede infatti, a proposito dei rapporti tra la responsabilità del preposto e quella del proponente (*ex art. 2049 c.c.*), l'A. afferma che le due obbligazioni non possono considerarsi solidali, essendo fondate l'una sul fatto illecito (quella del commesso) e l'altra sul rapporto di preposizione (quella del committente), dovendo individuarsi la «medesima prestazione» di cui all'art. 1292 c.c. non solo in relazione all'oggetto, ma anche in relazione al titolo, in quel caso appunto ritenuto diverso (e non potendosi nemmeno applicare, ai fini della solidarietà, l'art. 2055 c.c. poiché, secondo Castronovo, al preponente che risponde *ex art. 2049 c.c.* il fatto non è «imputabile», essendo la sua responsabilità «sganciata dalla commissione del fatto»). Le due responsabilità, dunque, starebbero sullo stesso piano nei rapporti esterni, ma non in quelli interni: tanto il commesso come il committente potrebbero cioè essere chiamati a risarcire per intero il danneggiato (pur se l'uno *ex art. 2043 c.c.* e l'altro *ex art. 2049 c.c.*), ma sarebbe precluso il regresso del preponente verso il preposto (ove a pagare fosse il primo). Ecco perché, onde armonizzare il profilo interno e quello esterno, Castronovo propone di ritenere sussidiario l'obbligo del preposto, il quale potrà quindi essere obbligato a pagare solo in caso d'insolvenza del preponente. Ebbene, al di là della lettura restrittiva dell'art. 2055 c.c. (il cui requisito d'imputabilità ben potrebbe essere riferito anche ai casi di responsabilità oggettiva), vale la pena osservare che quella diversità tra titoli di responsabilità che Castronovo individua quale ostacolo alla solidarietà si riscontra anche nel raffronto tra la responsabilità del medico dipendente e quella della struttura (fondandosi esse su situazioni affatto diverse). Anche in quest'ultimo caso, allora, nonostante Castronovo affermi il vincolo solidale tra le due obbligazioni, si potrebbe pensare di affermare la natura sussidiaria della responsabilità di chi ha materialmente commesso il fatto (cioè dell'operatore sanitario); se non fosse che così facendo si arriverebbe al punto di interrogarsi sull'effettiva utilità (e, prima ancora, sul significato) della personale responsabilità del singolo sanitario. Mentre infatti nella fattispecie della responsabilità *ex art. 2049 c.c.* il preposto risponde per un titolo di responsabilità (l'art. 2043 c.c.) autonomo rispetto a quello in base al quale risponde il preponente (il legame di preposizione), nel caso del

titolo non è ritenuta in dottrina elemento preclusivo del regime di solidarietà⁴⁶³, è altrettanto vero che la situazione che suo tramite si crea potrebbe essere definita di solidarietà “diseguale”, dal momento che il sanitario dovrebbe essere chiamato a risarcire solo la lesione provocata, mentre la struttura dovrebbe risarcire (oltre alla medesima lesione) anche il danno da mancato miglioramento (e quindi sicuramente almeno il costo della prestazione rivelatasi inutile)⁴⁶⁴. Ebbene, se tale situazione non complica le cose nel profilo esterno del rapporto (cioè per il danneggiato) perché nei fatti la giurisprudenza ha sostanzialmente equiparato la posizione del medico a quella della struttura⁴⁶⁵, sotto il profilo interno la predetta disuguaglianza può ingenerare notevoli difficoltà.

Prendiamo in considerazione, ad esempio, il rapporto interno tra medico e struttura privata con riferimento all’istituto del regresso⁴⁶⁶ (tralasciando i meccanismi assicurativi che lo possono prevenire). Ebbene, per individuare la disciplina applicabile in questo caso al regresso ci si deve chiedere se vada adottato il criterio dell’art. 1298 c.c., dal momento che anche la responsabilità del medico per violazione del dovere di protezione è assoggettata (pur se in via analogica) alle regole della responsabilità contrattuale, oppure quello dell’art. 2055 c.c., più confacente sul piano sostanziale⁴⁶⁷ ma pur sempre trapiantato in terra contrattuale. Sennonché il primo criterio si rivela inapplicabile, poiché presuppone l’esistenza di un’unica posizione debitoria (ancorché facente capo a più soggetti), laddove invece nel nostro caso ci si trova di fronte a una posizione debitoria vera e propria (quella della struttura) e a una posizione che tale non è (quella del medico, che è di protezione), nonostante interferisca con la prima (per

medico la struttura risponde in base a un titolo (l’inadempimento) che già di per sé assorbe quello in base al quale risponde il singolo operatore.

⁴⁶³ La dottrina non ritiene la *eadem causa obligandi* condizione necessaria della solidarietà: in questo senso v. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L’obbligazione*, cit., 704; SINESIO, *Le obbligazioni soggettivamente complesse. Obbligazioni solidali e parziarie, divisibili e indivisibili*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. III, t. I, Giuffrè, Milano, 2009, 417; più recentemente v. D’ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l’art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2016, 279 ss.

⁴⁶⁴ È appena il caso di rilevare che il profilo di disuguaglianza qui evidenziato è altra cosa rispetto alle «modalità diverse» con cui possono essere obbligati più debitori: nel primo caso, infatti, la disuguaglianza non riguarda le modalità operative della solidarietà, ma il contenuto stesso della prestazione oggetto dell’obbligo solidale.

⁴⁶⁵ Ciò ha fatto affermando anche in capo al sanitario un obbligo di prestazione anziché di mera protezione.

⁴⁶⁶ I rapporti interni tra medici e strutture pubbliche sono infatti autonomamente disciplinati, venendo in considerazione il fenomeno del danno erariale.

⁴⁶⁷ Ciò dal momento che la violazione dell’obbligo di protezione si realizza per il medico pur sempre nel momento in cui egli provoca un danno.

il fenomeno della sovrapposizione di cui s'è detto). Le due posizioni, insomma, sebbene vengano assoggettate al medesimo regime di responsabilità (contrattuale) e al meccanismo della solidarietà, restano pur sempre distinte, come distinti sono i titoli cui sono riconducibili. Ciò significa che, ai fini della disciplina del regresso, non si potrà utilizzare il criterio previsto per le obbligazioni solidali (l'art. 1298 c.c.), bensì si dovrà giocoforza ricorrere a quello dell'art. 2055 c.c., e cioè considerare in quale misura l'evento derivi dalla singola condotta di ciascuno dei soggetti che l'hanno provocato, fermi i limiti di regresso sul medico previsti dal contratto di lavoro⁴⁶⁸. Sennonché un tale criterio ha l'evidente limite di non considerare (come invece fa l'art. 1298 c.c.) che alla base del rapporto con il danneggiato vi è un'obbligazione e che tale obbligazione è assunta dalla struttura nel proprio interesse. La conseguenza sarebbe quindi che ove il danno fosse provocato esclusivamente dalla condotta del sanitario e non anche da una qualche disfunzione organizzativa imputabile alla struttura, il peso del risarcimento sarebbe sopportato esclusivamente dal singolo operatore, il che sarebbe naturalmente assurdo.

A questo punto, la conclusione che si può trarre dall'esame dei tre profili di criticità esposti, dovrebbe essere nel senso che il modello dell'obbligazione senza prestazione sia per il contesto in cui è sorto, sia per la specialità dell'obbligazione alla quale viene applicato, sia, infine, sotto il profilo operativo, non si rivela adatto a disciplinare la responsabilità del medico dipendente, mostrandosi fragile e di problematica attuazione⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ La contrattazione collettiva prevede infatti, unitamente all'obbligo per la struttura sanitaria di assicurare il medico, che l'azione di rivalsa dell'assicuratore della struttura possa essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave, equiparando, nella sostanza, la posizione del medico dipendente privato a quella del medico dipendente pubblico. Un problema però si porrebbe nel caso in cui l'azione risarcitoria venga intentata contro il solo medico e questi paghi l'intero; ebbene, la riforma del 2017 poteva essere l'occasione per risolvere tale questione, ma il legislatore non ha preso in considerazione quest'ipotesi, anche se è pur vero che, nel disegno della riforma, la responsabilità diretta del sanitario (*ex art. 7, comma 3, l. n. 24/2017*), è necessariamente assicurata a spese della struttura e che l'assicuratore ha rivalsa sul sanitario solo in caso di dolo o colpa grave.

⁴⁶⁹ La pluralità dei profili di critica evidenziati dovrebbe servire a dimostrare che la conclusione cui si è giunti per l'ambito della responsabilità del medico è vera nonostante sia altrettanto vero che, in linea generale, la figura dell'obbligazione senza prestazione, una volta importata dall'ordinamento tedesco in quello italiano, ben può godere in quest'ultimo di vita propria, trovando in esso autonomi fondamenti e senza risentire dei mutamenti d'opinione della dottrina tedesca (in questo senso CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 148, che si richiama a MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 288). Cfr., comunque, BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in *Diritto e crisi*, Atti del convegno di studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda, a cura di A. LUMINOSO, Giuffrè, Milano, 2016, 132, il quale pone in guardia dal rischio che l'"area" diversa dal contratto e dal fatto illecito «subisca in maniera eccessivamente rigida l'attrazione per un modello generalizzato di responsabilità: il quale

8. Osservazioni critiche sui presupposti della responsabilità personale del medico quale ausiliario della struttura

La questione che le riflessioni in precedenza svolte sollevano rimanda alla possibilità stessa (e forse anche alla necessità) di affermare la responsabilità personale del medico dipendente e degli altri operatori sanitari che si trovano nella medesima posizione. Quasi tutte le teorie che si sono esaminate, in fondo, danno tale responsabilità per assodata, preoccupandosi solo di individuarne il regime. Ora, ciò che può dirsi assodato è piuttosto che il medico, così come tutto il personale che organizza l'attività di cura, è il soggetto attraverso il quale la struttura sanitaria può materialmente eseguire la propria prestazione⁴⁷⁰; ossia il medico è ausiliario della stessa ai sensi dell'art. 1228 c.c. Per la verità tale opinione non è del tutto pacifica in dottrina: taluno ha infatti osservato che la qualificazione del medico come ausiliario striderebbe con il principio d'indipendenza che storicamente connota le professioni liberali⁴⁷¹, tenuto conto che l'attività del medico non è puramente esecutiva (com'è invece quella dell'ausiliario)⁴⁷². Tuttavia in contrario si può osservare che l'obiezione che fa leva sull'indipendenza professionale del medico sembrerebbe toccare, più che la qualificazione di questi come ausiliario, la possibilità stessa dell'esercizio dell'*ars medica* in forma subordinata. Ma a tal riguardo basti solo richiamare la considerazione, già esposta nel corso dell'esame dell'ordinamento francese, secondo la quale la subordinazione cui il medico è sottoposto è solo quella amministrativa, e non quella tecnico-professionale⁴⁷³. Inoltre l'art. 1228 c.c. non

dilatati in maniera eccessiva e impropria il paradigma della relazione leale, fino a invadere campi palesemente non confondibili con le trattative».

⁴⁷⁰ Sotto questo profilo, dunque, potrebbe non essere corretto distinguere la posizione del medico da quella di tutto il restante personale della struttura. Il riconoscimento di un ruolo di preminenza alla posizione del medico deriva, in fondo, più che dalla circostanza del contatto diretto con il paziente (contatto che invero hanno anche altre figure professionali sanitarie), dal fatto che egli ha il governo del percorso terapeutico di quest'ultimo, e cioè della parte certamente più consistente della prestazione di cura, quella che più direttamente mira a realizzare l'obiettivo del miglioramento della salute.

⁴⁷¹ «Principio che non tollera compressioni di tale entità», scrive MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., 505. Dubita invece che per l'attività del medico dipendente si possa ancora parlare di professione liberale CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 489, nt. 102.

⁴⁷² Così NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1454, richiamandosi all'opinione di MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, 505.

⁴⁷³ Salvo, si potrebbe aggiungere, per l'attività di indirizzo – talora anche tecnico – esercitata dal direttore (*ex* «primario») dell'unità in cui il medico opera. Cfr. infatti l'art. 15 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, recante «disciplina della dirigenza medica e delle professioni sanitarie» (tenendo a mente che «dirigente medico/sanitario» non è il direttore della struttura, ma la qualifica assunta da ogni singolo medico all'assunzione in servizio, proprio a

pone alcun limite alla tipologia di attività di un soggetto ai fini della sua qualificazione come ausiliario: il presupposto della disposizione è infatti semplicemente che il debitore si avvalga dell'opera del terzo «nell'adempimento dell'obbligazione», ossia che l'opera dell'ausiliario sia indirizzata all'esecuzione della prestazione. Quindi il contenuto dell'attività che il terzo potrà realizzare dipenderà dal contenuto dell'obbligazione assunta dal debitore. E se si ammette (come sembra dedursi dalla riforma del 2017) che l'obbligazione di cura venga assunta da una struttura sanitaria⁴⁷⁴, è evidente che il suo adempimento non può che avvenire mediante personale specializzato, il quale, per questo, assumerà il ruolo di ausiliario (necessario) *ex art. 1228 c.c.*

Ma una volta riconosciuto ciò, la vera questione è quella di capire se il ruolo di ausiliario consenta di individuare, in capo a chi lo ricopre, una responsabilità autonoma da quella del debitore per conto del quale l'ausiliario presta la propria opera, oppure se tale operazione sia preclusa, dovendo concentrarsi ogni responsabilità in capo al solo debitore. La dottrina che applica alla responsabilità del medico dipendente gli obblighi di protezione si pone, opportunamente, questo interrogativo, risolvendolo, com'è intuibile, nel senso della possibilità di configurare un'autonoma responsabilità dell'ausiliario-medico, sul presupposto, a suo dire, di una presunta predilezione degli ordinamenti giuridici per «soluzioni di responsabilità concorrenti» da un lato e di considerazioni tratte dall'origine storica dello stesso art. 1228 c.c. dall'altro⁴⁷⁵.

Il primo argomento, tuttavia, non si fonda su un appiglio normativo, potendo al limite giustificarsi sul mero dato giurisprudenziale, ossia sul fatto che, storicamente, la giurisprudenza ha sempre condannato (eventualmente assieme

motivo dell'indipendenza tecnica riconosciutagli); il comma 3 di tale disposizione recita: «l'attività dei dirigenti sanitari è caratterizzata, nello svolgimento delle proprie mansioni e funzioni, dall'autonomia tecnico-professionale i cui ambiti di esercizio, attraverso obiettivi momenti di valutazione e verifica, sono progressivamente ampliati. L'autonomia tecnico-professionale, con le connesse responsabilità, si esercita nel rispetto della collaborazione multiprofessionale, nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale ed aziendale, finalizzati all'efficace utilizzo delle risorse e all'erogazione di prestazioni appropriate e di qualità. (...)». Il successivo comma 4 dispone che «all'atto della prima assunzione, al dirigente sanitario sono affidati compiti professionali con precisi ambiti di autonomia da esercitare nel rispetto degli indirizzi del dirigente responsabile della struttura [l'*ex* «primario»] e sono attribuite funzioni di collaborazione e corresponsabilità nella gestione delle attività. (...)».

⁴⁷⁴ Si è già detto in precedenza che la possibilità, che chiaramente traspare dal testo della riforma, che l'obbligazione di cura sia assunta anche da strutture sanitarie, dovrebbe far finalmente chiarezza sul punto.

⁴⁷⁵ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 489 ss., che si richiama al proprio *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 49, nt. 88. Sembra condividere tale impostazione D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 6/2017, 772.

alla struttura sanitaria) il medico personalmente. Ma tale esito, s'è visto, se appariva giustificato allorché la responsabilità del sanitario era ritenuta essere aquiliana e allorché l'erogazione delle prestazioni sanitarie era pur sempre affidata a singoli professionisti e non a organizzazioni complesse, non lo è più allo stato attuale.

Quanto al secondo argomento, nemmeno esso si dimostra convincente, ma la spiegazione è più articolata. Il ragionamento che sta alla base di tale opinione è che attraverso l'art. 1228 c.c. il legislatore avrebbe esteso all'area della responsabilità contrattuale la disciplina dell'illecito dei domestici e commessi di cui all'art. 2049 c.c.; e poiché in tale ultima fattispecie permane la responsabilità degli autori materiali del fatto, se ne deve dedurre che anche nel caso dell'art. 1228 c.c. gli ausiliari devono rispondere personalmente nei confronti del creditore danneggiato.

Ebbene, a dire il vero già l'idea che l'art. 1228 c.c. sia assimilabile all'art. 2049 c.c. potrebbe destare perplessità; tuttavia va detto che tale affermazione va letta nel contesto della peculiare interpretazione dell'art. 1228 c.c. che la dottrina richiamata fa propria. Essa ritiene, infatti, che l'art. 1228 c.c. non significhi semplicemente che il debitore risponde d'inadempimento anche allorché i fatti che lo integrano siano commessi dai propri ausiliari; ciò sarebbe in effetti ovvio, in quanto insito nel significato stesso di obbligazione⁴⁷⁶. La disposizione, piuttosto, farebbe riferimento (nella sua dizione «fatti dolosi o colposi») a quegli illeciti che, in quanto estranei alla prestazione in senso stretto, ricadrebbero, in sua assenza, nel regime dell'art. 2049 c.c., e avrebbe dunque la funzione di «rendere contrattuale» la responsabilità del *dominus* per la loro commissione da parte dell'ausiliario. Nel far ciò la norma fornirebbe un riconoscimento implicito ai doveri di protezione: è infatti solo presupponendo l'esistenza di tali obblighi che è possibile affermare che la responsabilità del debitore per il fatto (illecito) del proprio ausiliario è contrattuale. Sennonché tale interpretazione dell'art. 1228 c.c. non solo non è a sua volta convincente, ma nemmeno contribuisce a spiegare l'autonoma responsabilità degli ausiliari (attraverso la derivazione dell'art. 1228 c.c. dall'art. 2049 c.c.).

In effetti gli obblighi di protezione che la disposizione sottenderebbe graverebbero pur sempre in capo al debitore, trattandosi pur sempre di doveri che, in questo caso, si affiancano all'obbligo di prestazione, il quale sta in capo al solo debitore. Ma se così è, è lecito allora osservare che la tesi in esame incappa

⁴⁷⁶ Diversamente, scrive CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 47, bisognerebbe ritenere che «in assenza di una norma come quella del nostro art. 1228 il *dominus* non dovrebbe rispondere per l'inadempimento dovuto agli ausiliari, con l'ulteriore inferenza che servirsi degli ausiliari ai fini dell'adempimento diventerebbe un comodo espediente di esonero dalla responsabilità».

nella stessa censura che essa muove all'interpretazione tradizionale dell'art. 1228 c.c. Se a quest'ultima infatti si obietta che sarebbe ovvio che il debitore risponde dell'inadempimento commesso dai propri ausiliari in quanto si tratterebbe di principio insito nel concetto stesso di obbligazione, lo stesso potrebbe dirsi anche con riguardo agli obblighi accessori (di protezione): per lo stesso motivo cioè sarebbe ovvio che della loro violazione commessa dagli ausiliari risponda il debitore. Al contrario la dottrina in precedenza richiamata ritiene che l'art. 1228 c.c. serva a estendere la tutela contrattuale prevista per la violazione dei doveri di protezione «anche all'ipotesi in cui il fatto che danneggia il creditore mediante la violazione di un dovere di protezione sia dovuto agli ausiliari del debitore»⁴⁷⁷. A ben vedere, però, se è vera la critica all'interpretazione tradizionale della disposizione in parola, di una tale estensione di tutela non dovrebbe propriamente esservi bisogno, essendo sufficiente applicare anche alla «violazione» del dovere di protezione quanto vale per l'inadempimento dell'obbligazione. Insomma, a «rendere contrattuale» una responsabilità che altrimenti sarebbe extracontrattuale non sarebbe propriamente l'art. 1228 c.c., bensì ciò che esso presuppone, ossia la sussistenza dei doveri di protezione, all'adempimento dei quali dovrebbe applicarsi in via analogica il principio secondo il quale il debitore risponde dell'inadempimento indipendentemente dal fatto che esso sia dovuto a fatto proprio o delle persone di cui egli si serve; e ciò allo stesso modo di come al regime di responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi protettivi si dice debba applicarsi in via analogica l'art. 1218 c.c.⁴⁷⁸

Naturalmente tutto ciò regge salvo si voglia ritenere che l'art. 1228 c.c., anziché limitarsi a presupporre gli obblighi di protezione, ne fondi addirittura l'esistenza, sì che in tale funzione starebbero il suo significato e dunque la sua utilità. Ma si tratta di ipotesi da respingere, perché in verità i doveri di protezione si fondano sulla buona fede, e nascono in presenza di un affidamento sorto all'interno di un contatto sociale tra le parti⁴⁷⁹.

Ad ogni modo, al di là della fondatezza dell'originale interpretazione data all'art. 1228 c.c., ciò che va evidenziato è che non è comunque condivisibile, al fine di dare fondamento all'autonoma responsabilità dell'ausiliario, l'affermazione secondo cui la norma in parola (anche a leggerla nel modo proposto), estenderebbe la disciplina dell'illecito dei domestici e commessi all'area della responsabilità contrattuale: nella fattispecie dell'art. 2049 c.c., infatti, il fondamento della responsabilità del committente è il nesso di preposizione (e cioè

⁴⁷⁷ CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 50.

⁴⁷⁸ CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 503, nt. 200.

⁴⁷⁹ Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., 148 ss.

un rapporto con il danneggiante)⁴⁸⁰, mentre in quella dell'art. 1228 c.c. il fondamento della responsabilità del debitore risiede pur sempre nel suo rapporto con il danneggiato, ossia nel vincolo contrattuale (e ciò comunque si interpreti la disposizione, dal momento che è pur sempre all'interno del vincolo che nascono gli obblighi di protezione)⁴⁸¹. Non si può dunque sostenere che se nell'un caso sussiste la responsabilità personale dell'autore materiale del fatto lo stesso debba accadere anche nell'altro caso.

Quanto sin qui osservato circa la diversità di fondamento tra l'art. 1228 c.c. e l'art. 2049 c.c. comporta che la questione dell'ammissibilità di un'autonoma responsabilità dell'ausiliario vada risolta diversamente, e precisamente guardando al contenuto dell'obbligazione assunta dal debitore. Fin tanto cioè che l'ausiliario dà esecuzione, attraverso la propria attività, alla prestazione oggetto dell'obbligazione, dei danni che sono conseguenza dell'inesatta esecuzione di quest'ultima dovrà rispondere il solo debitore, ossia colui che ha assunto l'obbligazione. Il che non esprime nient'altro che la regola generale, ossia che dell'inadempimento risponde colui che si è impegnato, ancorché attraverso terzi, a svolgere una certa attività orientata a un determinato fine. In questo contesto non vi sarebbe dunque posto per un'autonoma responsabilità dell'ausiliario, e ciò sia dal momento che egli opera su incarico del debitore per eseguire ciò che quest'ultimo non può o non vuole fare personalmente (e ancorché l'ausiliario agisca con una certa autonomia), sia perché, da altro punto di vista, il peso economico dell'obbligazione è assunto dal solo debitore, sul quale solo ricade l'onere di organizzare l'attività prodromica all'adempimento, all'interno della quale è appunto inserita l'opera dell'ausiliario.

Se dunque, in presenza d'inadempimento, la responsabilità dell'ausiliario è la responsabilità del debitore (di modo che quest'ultima assorbe la prima), diversamente stanno le cose in presenza di un illecito extracontrattuale, ossia in presenza di un danno che non derivi da inadempimento, e che quindi non possa dirsi ricompreso nelle conseguenze della mancata esecuzione della prestazione oggetto dell'impegno che il solo debitore si era assunto nei confronti del creditore. In quest'ultimo caso, infatti, è ben configurabile un'autonoma responsabilità dell'ausiliario (*ex art. 2043 c.c.*), alla quale si aggiunge (senza quindi

⁴⁸⁰ Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 170.

⁴⁸¹ È peraltro lo stesso CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 49, nt. 88, a precisare che «l'art. 1228 c.c. non rappresenta l'applicazione, nella disciplina dell'adempimento della prestazione, del principio di responsabilità per fatto illecito degli ausiliari ma, come si è già detto, il puro e semplice assoggettamento di quest'ultima al regime della responsabilità *ex contractu*». Nel senso della diversità di fondamento delle due ipotesi di responsabilità v. anche VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, *Rimedi*, t. 2, Giuffrè, Milano, 2006, 828.

che vi sia assorbimento) quella del debitore nella veste di preponente (*ex art. 2049 c.c.*)⁴⁸². A questo punto è chiaro che il problema della responsabilità personale dell'ausiliario si intreccia con quello della distinzione tra le due specie di responsabilità, il quale, come visto, è a sua volta complicato per effetto della teoria degli obblighi di protezione, poiché, nella misura in cui si ammetta la loro presenza, la responsabilità per la loro violazione (che altrimenti sarebbe aquiliana) è trattata come responsabilità contrattuale.

Ora, applicando le considerazioni appena svolte al caso dell'obbligazione di cura assunta da una struttura sanitaria pubblica o privata, si può osservare che il danno arrecato al paziente dal personale sanitario (sia esso medico o appartenente ad altra professionalità sanitaria) per effetto dell'erronea esecuzione della propria opera costituisce conseguenza di inadempimento e non di attività estranea a esso. Né alcun ruolo potrebbero giocare, in contrario, gli obblighi di protezione, poiché con riguardo all'obbligazione della struttura essi devono ritenersi assorbiti già dall'interesse del paziente alla prestazione⁴⁸³; mentre con riguardo all'attività del singolo operatore sanitario la loro presenza non sarebbe giustificabile sia perché (come innanzi rilevato) non si spiegherebbe perché dovrebbero esistere in capo l'ausiliario obblighi che la particolare tipologia di obbligazione assunta (quella di cura) esclude in capo al debitore principale, sia perché il loro contenuto (di protezione della salute) si sovrapporrebbe a quello dell'obbligazione della struttura.

Se ne dovrebbe dedurre, in conclusione, che dei danni causati al paziente dall'inesatta esecuzione della prestazione di cura il personale sanitario ausiliario della struttura sanitaria non dovrebbe essere chiamato a rispondere.

In senso contrario, tuttavia, sembra porsi la riforma del 2017: si vedrà dunque in seguito quale significato è opportuno attribuire alle sue disposizioni.

⁴⁸² L'opinione maggioritaria ritiene poi che la responsabilità *ex art. 2049 c.c.* del preponente e quella *ex art. 2043 c.c.* del preposto siano solidali, secondo quando dispone l'art. 2055 c.c. (cfr. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., 649 e 741, nonché GNANI, *La responsabilità solidale (art. 2055)*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2005, 17 ss.). *Contra* CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 168, nt. 185, il quale, come visto, immagina due responsabilità "parallele" (entrambe per l'intero) verso l'esterno, ma non solidali, con le conseguenze che il committente non può agire in regresso verso il commesso, e che si deve ritenere, al fine di armonizzare il profilo esterno con quello interno, che l'obbligazione del commesso sia sussidiaria rispetto a quella del committente.

⁴⁸³ Ciò dal momento che l'obbligazione di cura è già connotata, sotto il profilo causale, dall'interesse alla protezione della salute.

9. Una precisazione: non è possibile individuare in capo alla struttura obblighi di protezione dei beni del paziente

Nelle pagine che precedono s'è detto che poiché nell'obbligazione di cura è già insito l'interesse alla tutela della salute, ciò finisce per prosciugare qualsiasi spazio per l'individuazione, in capo alla struttura che tale obbligazione assume, di autonomi obblighi di protezione che abbiano ad oggetto la persona del paziente. Ci si potrebbe chiedere, però, se in capo all'ente siano individuabili degli obblighi di protezione con riguardo (non alla tutela della salute, ma) alla protezione delle cose del paziente creditore. In fondo la prestazione che eroga la struttura sanitaria, ferma la sua natura unitaria, è formata da più componenti, tra le quali vi può essere, in caso di ricovero della persona, anche quella c.d. "alberghiera", che consiste, tra le altre cose, nella fornitura di alloggio al paziente e che quindi fa sì che anche altri suoi beni, diversi dalla sua persona, siano coinvolti nell'esecuzione della prestazione e quindi potenzialmente danneggiati o sottratti. Fermo restando, comunque, che anche in assenza di ricovero beni di tale natura risultano sempre, pur se in misura minore, soggetti a tale rischio. Se dunque si ammettesse che sulla struttura gravino obblighi di protezione delle cose del paziente, in caso di loro danneggiamento o sottrazione avvenuti durante il ricovero la struttura dovrebbe rispondere in via contrattuale. Il fatto che tali accadimenti siano imputabili ai singoli operatori non avrebbe invero alcuna rilevanza, dal momento che quest'ultimi andrebbero pur sempre considerati quali ausiliari del debitore anche per quel che concerne i doveri di protezione, allo stesso modo cioè di quanto vale per l'obbligo di prestazione. Né assumerebbe rilevanza l'eventuale responsabilità penale dell'autore.

Tuttavia una tale soluzione non sembra ragionevole. Invero l'interesse alla protezione dei propri beni non è propriamente connaturato alla funzione dell'obbligazione di cura. Si è detto in precedenza che l'individuazione dei doveri di protezione, per evitare che essi riguardino qualsiasi interesse semplicemente implicato, sul piano meramente fattuale, nell'esecuzione della prestazione, deve guardare a quegli interessi che in un determinato rapporto possano ritenersi protetti in base alla funzione di quest'ultimo (cioè in base alla sua causa in concreto); e nell'obbligazione di cura l'interesse che viene in rilievo è solo quello alla salute, che già connota la finalità della prestazione. Non sembra potersi affermare, invece, che all'interno di questa obbligazione sia insito anche un autonomo interesse di protezione delle proprie cose. Queste ultime sono implicate nell'esecuzione della prestazione dal punto di vista meramente fattuale, come può accadere quando il creditore o i suoi beni vengano in qualche modo coinvolti nella ricezione della prestazione. Se così è, ammettere l'esistenza di doveri protettivi verso le cose del paziente-creditore per il solo fatto che esse

siano fisicamente implicate nel ricevimento della prestazione significherebbe in pratica assoggettare alle regole della responsabilità contrattuale qualsiasi danno commesso *in occasione* dell'esecuzione della prestazione⁴⁸⁴.

In conclusione, dunque, per i danni subiti dalle cose del paziente nell'ambito dell'esecuzione della prestazione di cura, la tutela sarà quella extracontrattuale.

10. *Un ulteriore tentativo di fondare la responsabilità personale del medico: la tesi dell'obbligazione del fatto altrui e della prestazione del medico come adempimento del terzo. Critica*

Prima di concludere l'esame delle diverse ricostruzioni elaborate per definire la responsabilità del medico dipendente, va esaminata quella, tanto originale quanto dogmaticamente complessa, che inquadra la condotta del medico nello schema dell'adempimento del terzo⁴⁸⁵. La dottrina che la propone afferma (in opposizione alla teoria dell'obbligazione senza prestazione) che sarebbe paradossale che il paziente debba far valere nei confronti del medico come «violazione di un dovere di correttezza» quello che, dal suo punto di vista, è un vero e proprio inadempimento della prestazione di cure⁴⁸⁶. A dire il vero, l'inquadramento del medico quale terzo potrebbe suscitare, a prima vista, non poca diffidenza, data la difficoltà di considerarlo, anche sul piano della realtà dei

⁴⁸⁴ Né, in contrario, potrebbe darsi rilevanza al fatto che, per ricevere la prestazione, il paziente venga accolto all'interno della struttura (quasi che ciò costituisca un *quid pluris* rispetto alla semplice prestazione medica). In realtà l'accoglimento all'interno della struttura costituisce un dato neutro dal punto di vista della funzione della relazione (che non cambia), anche perché esso non è sempre necessario (lo sarà per l'intervento operatorio, ma non per quelle prestazioni che possano essere rese anche a domicilio, se il paziente è impossibilitato a recarsi presso la struttura). Evidentemente non avrebbe senso distinguere il regime di responsabilità a seconda che il bene del paziente venga leso all'interno dei locali della struttura oppure a domicilio: nel rapporto (in considerazione della sua funzione di cura) non è possibile rinvenire un interesse alla protezione dei propri beni, e pertanto la responsabilità per la loro lesione sarà extracontrattuale.

⁴⁸⁵ Per un primo accenno in tal senso v. NAVARRETTA, Δίκαιον come νόμιμον e δίκαιον come ἴσον: *riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 631, in cui la figura dell'adempimento del terzo è prospettata in alternativa al ricorso all'art. 1228 c.c. (il quale, per la verità, è però in grado di spiegare la responsabilità della struttura, ma non quella del medico verso il paziente, come osserva CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 704). Successivamente il riferimento alla figura dell'adempimento del terzo è stato ripreso in ID., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. IV, t. III, Giuffrè, Milano, 2009, 240. Infine, la tesi è stata sviluppata e argomentata in ID., *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1453 ss.

⁴⁸⁶ NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., 242.

fatti, come estraneo alla struttura⁴⁸⁷. Tuttavia è evidente come ciò non basti a respingere la ricostruzione in parola, per cui, al fine di verificarne la tenuta, è opportuno procedere a una sua analisi, tanto più che essa si estende anche alla responsabilità della struttura sanitaria ed è il frutto dell'applicazione al rapporto medico-paziente-struttura della raffinata analisi compiuta sull'adempimento dell'obbligo altrui da parte di uno dei Maestri della civilistica italiana⁴⁸⁸. Va detto comunque che il risultato cui giunge la ricostruzione che verrà descritta è, in termini pratici, pur sempre quello della responsabilità contrattuale sia del medico sia della struttura; ma tale esito è affermato per effetto della combinazione di diversi fenomeni negoziali.

Orbene, la tesi in parola muove dalla constatazione che la prestazione della struttura deve necessariamente essere eseguita da soggetti che, in quanto dotati di specifica competenza e irrinunciabile autonomia, non possono essere degradati a meri ausiliari del debitore, non essendo la loro prestazione meramente esecutiva, com'è invece quella dell'ausiliario⁴⁸⁹. Inoltre, la qualificazione del medico come ausiliario attribuirebbe alla sua condotta natura di atto giuridico in senso stretto, cosa che, associata all'assenza di relazione giuridica tra medico e paziente, dovrebbe condurre ad affermare la natura aquiliana della responsabilità del sanitario⁴⁹⁰. Né sarebbe possibile che l'ente assuma direttamente l'obbligazione di contenuto professionale prescindendo dal ruolo del professionista, poiché in tal caso sarebbe inevitabile il contrasto con le ragioni di ordine pubblico che presiedono all'esercizio della professione medica, e da ciò conseguirebbe la nullità del contratto per illiceità della causa⁴⁹¹. La dottrina in esame ricorda quindi che la teoria dell'obbligazione senza prestazione ha tentato di fornire una risposta al problema della responsabilità del singolo operatore; tuttavia constata che la giurisprudenza, che pure l'ha recepita, l'ha applicata arricchendola proprio dell'elemento che in essa è assente, ossia dell'obbligo di

⁴⁸⁷ Bolla come «grottesca» la ricostruzione in parola CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 704.

⁴⁸⁸ Il riferimento è all'opera di NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936.

⁴⁸⁹ NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1454, in ciò richiamandosi alle considerazioni di MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., 505, secondo il quale «poco plausibile sarebbe una qualificazione del medico alla stregua di un ausiliario dell'Ente ex art. 1228 c.c., atteso che le professioni liberali sono storicamente e normativamente caratterizzate dal principio dell'indipendenza dell'esercente la professione: un principio che non tollera compressioni di tale entità».

⁴⁹⁰ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1455.

⁴⁹¹ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1454, che si richiama a GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., 710.

prestazione, disvelando in tal modo il bisogno di una «via di fuga» da quello che viene definito come un labirinto concettuale⁴⁹². Peraltro si afferma che una soluzione efficace non potrebbe trarsi nemmeno dal modello della (mera) promessa del fatto del terzo, poiché la conseguenza dell'applicazione di tale schema sarebbe il solo obbligo indennitario a carico dell'ente nei confronti del paziente, indubbiamente meno favorevole rispetto all'obbligo risarcitorio⁴⁹³.

Svolte tali premesse, la tesi in esame si propone allora di verificare se *de iure condito* sia possibile «colmare quella sorta di vuoto che parrebbe delinearci tra lo spazio coperto dall'art. 1228 c.c. e la disciplina contemplata dall'art. 1381 c.c.»⁴⁹⁴, verificando cioè se sia possibile assumere un'obbligazione (con la relativa responsabilità) che ha ad oggetto una prestazione che deve necessariamente essere eseguita da un altro soggetto, il quale ultimo mantenga «un grado di autonomia e di indipendenza tali da incidere sulla stessa natura dell'atto esecutivo e, di riflesso, sul titolo della sua responsabilità»⁴⁹⁵.

La ricostruzione in parola, prefiggendosi di porsi nel solco dell'opera di Rosario Nicolò, prende così le mosse dalla figura che va sotto il nome di «obbligazione del fatto del terzo». Questa fattispecie era costruita a partire dalla formulazione dell'art. 1129 del codice civile del 1865 (trasformatosi nell'art. 1381 del codice vigente), disposizione secondo la quale «può taluno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto di una terza persona. Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione». L'ambiguo riferimento alla possibilità di una obbligazione del promittente in proprio per il fatto altrui (appunto: l'obbligazione del fatto altrui), consentiva di collocare tale fattispecie (o sottospecie dell'adempimento del terzo) «tra le due figure alternative della prestazione dell'ausiliario e dell'adempimento del terzo *tout courts*»⁴⁹⁶. Si afferma a questo punto che secondo Nicolò non vi è assoluta coincidenza tra la mera promessa del fatto del terzo e l'assunzione di un'obbligazione riferita al fatto del terzo, perché in quest'ultimo caso nascerebbero due obbligazioni: una principale (che però va pur sempre adempiuta attraverso l'attività del terzo) e una accessoria di far conseguire il fatto del terzo⁴⁹⁷, cosicché il fatto del terzo che le realizza

⁴⁹² NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1453.

⁴⁹³ Contrario al ricorso allo schema dell'art. 1381 c.c. è anche MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., 505.

⁴⁹⁴ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1458.

⁴⁹⁵ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1458.

⁴⁹⁶ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1458.

⁴⁹⁷ Invero, come appresso si dirà, Nicolò pare riferirsi a una diversa situazione, e cioè quella in cui un soggetto (già) debitore *aggiunga* alla propria obbligazione quella del fatto altrui. Le

entrambe non per questo cessa di essere, rispetto al rapporto (obbligatorio) principale, un «fatto autonomo», esterno ad esso⁴⁹⁸. Ciò significa, dunque, secondo la tesi che riprende il pensiero di Nicolò, che se si applicasse tale schema all'attività del medico dipendente, egli, pur eseguendo la prestazione verso il paziente e pur in tal modo consentendo al debitore-struttura di adempiere, rimarrebbe terzo rispetto al rapporto paziente-struttura. Sennonché, la riproposizione della figura dell'obbligazione del fatto altrui pare oggi ostacolata dall'attuale formulazione dell'art. 1381 c.c., dalla quale è scomparso l'espreso riferimento all'obbligazione. Ecco che allora la dottrina che riprende il pensiero di Nicolò ritiene di individuare, quale fondamento alternativo dello schema esposto, l'art. 2232 c.c.⁴⁹⁹ Questa norma, si dice, andrebbe mantenuta distinta da quella (di cui è considerata *species*⁵⁰⁰) dell'art. 1228 c.c.: in quest'ultima disposizione, invero, il carattere meramente esecutivo e materiale dell'attività dell'ausiliario non consente di definire quest'ultimo propriamente «terzo» (come pure la norma fa) e per di più l'accordo tra debitore e creditore cui l'art. 1228 c.c. fa riferimento è meramente eventuale e vale non già a fondare la responsabilità del debitore per il fatto dell'ausiliario, ma semmai a escluderla. Nell'art. 2232 c.c., invece, il riferimento al «sostituto» evoca l'indipendenza nell'esecuzione della prestazione, e l'accordo tra le parti (il contratto) diviene la fonte della responsabilità del promittente (poiché è il contratto che legittima l'utilizzo di sostituti)⁵⁰¹.

due obbligazioni che verrebbero a coesistere non scaturirebbero quindi entrambe dall'assunzione dell'obbligazione del fatto altrui.

⁴⁹⁸ Scrive NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 39, che «è evidente infatti che l'atto del terzo nei confronti dell'obbligo principale del debitore rappresenterà sempre adempimento dell'obbligo altrui», mentre «nei confronti dell'obbligo accessorio avente per oggetto proprio quell'attività del terzo, rappresenterà, come effetto incidentale e riflesso, adempimento del debitore».

⁴⁹⁹ Quanto alla sorte dell'art. 1381 c.c. si mette in evidenza che, seppur il dato letterale attuale circoscrive l'operatività della norma al solo indennizzo, l'eliminazione dell'avverbio «soltanto» ha consentito di ritagliare, in via interpretativa, un spazio a quel «non detto» della disposizione, ossia alla possibilità che chi promette il fatto altrui possa obbligarsi anche a un *facere*, consistente nell'attivazione finalizzata a sollecitare il terzo a compiere l'attività promessa, onde l'inadempimento a tale obbligazione comporterebbe piena responsabilità contrattuale, mentre ove vi sia adempimento e ciononostante manchi il fatto del terzo residua il mero obbligo indennitario.

⁵⁰⁰ V. in tal senso BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., 461, nt. 7 (ma anche 471), il quale osserva che l'art. 2232 c.c. sembra distinguere tra sostituti e ausiliari, ma comunque la norma è testualmente riferita a soggetti che collaborano con il prestatore d'opera sotto la sua direzione. L'elemento della «direzione» non appare quindi idoneo, contrariamente a quanto ritiene altra dottrina, a distinguere gli ausiliari (soggetti a essa) dai sostituti (in posizione di maggiore autonomia). Di conseguenza l'A. conclude che anche i sostituti rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 1228 c.c.

⁵⁰¹ NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1461.

In realtà, circa tale ultimo profilo si potrebbe subito osservare che nella fattispecie dell'art. 2232 c.c. se è pur vero che la previsione contrattuale è necessaria al fine di potersi valere di altri per l'esecuzione dell'incarico, è altrettanto vero che l'attribuzione della responsabilità per il loro operato pare piuttosto discendere dalle previsioni generali che la norma sembra ritenere valevoli sia per i sostituti che per gli ausiliari⁵⁰².

Cionondimeno, come detto, la dottrina che si sta esaminando individua nell'art. 2232 c.c. la cornice normativa idonea a fondare ancor oggi la nascita di un'obbligazione del fatto altrui: un'obbligazione che «implica una fonte contrattuale in cui il promittente assume la responsabilità per l'inadempimento o il mancato adempimento di un soggetto che eseguirà la prestazione, anche con un potenziale margine di autonomia e di indipendenza»⁵⁰³. Tale è, si afferma, l'obbligazione che sorgerebbe nel rapporto contrattuale tra struttura sanitaria e paziente, posto che solo il medico è legittimato a eseguire la prestazione di cura e a esso ben si attaglia la figura del sostituto cui si riferisce l'art. 2232 c.c. L'assunzione dell'obbligazione del fatto altrui da parte della struttura avrebbe quindi il senso di farle acquisire «ex art. 2232 c.c. e nel rispetto dei principi generali, una (...) diretta responsabilità per l'[in-]esecuzione del medico»⁵⁰⁴: una responsabilità, cioè, contrattuale, ancorché generata da un fatto altrui. Come pure contrattuale sarebbe la responsabilità del medico, a motivo della ritenuta negozialità dell'atto con cui egli, terzo rispetto al rapporto tra paziente e struttura, esegue l'obbligazione di quest'ultima⁵⁰⁵. Insomma: la relazione giuridica che

⁵⁰² Recita infatti la disposizione che «il prestatore», se ciò è consentito dal contratto (o dagli usi), «può (...) valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, dei sostituti e ausiliari (...)»: dunque il contratto pare avere la sola funzione di legittimare l'utilizzo di terzi, mentre la responsabilità per il loro operato discende dai principi generali (tipicamente l'art. 1228 c.c.) cui la norma implicitamente si richiama. Sintomatico a tal proposito è che i sostituti siano accomunati agli ausiliari anche in punto di responsabilità, per cui risulterebbe incoerente ritenere che la responsabilità per l'opera dei primi derivi dal contratto (che ne autorizza l'uso) mentre quella per l'opera dei secondi (l'utilizzo dei quali pure va autorizzato con contratto) discenda dal principio dell'art. 1228 c.c., e ciò – sembra – solo a motivo del contenuto meramente esecutivo della loro attività. In definitiva, in punto di responsabilità per l'operato dei sostituti/ausiliari nell'art. 2232 c.c., il ruolo del contratto sembra allora essere quello di *causa causae*.

⁵⁰³ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1461. Diversamente, scrive l'A., la promessa del fatto altrui (la cui fonte è l'art. 1381 c.c.) «non comporta l'assunzione dell'obbligazione principale in capo al promittente, che si limita a garantire con lo strumento indennitario il fatto del terzo e tutt'al più si obbliga ad un *facere* per stimolare l'attività di quel medesimo soggetto».

⁵⁰⁴ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1462. Tale soluzione, si afferma, eviterebbe di dover far ricorso sia all'art. 1228 c.c. (ritenuto inadatto per la figura del medico in quanto contrastante con l'indipendenza esecutiva che gli è riconosciuta), sia all'assunzione in proprio dell'obbligazione di cura da parte della struttura sanitaria, ritenuta contrastante con la disciplina di ordine pubblico.

⁵⁰⁵ Circa il carattere negoziale dell'atto del terzo v. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 58, secondo il quale «quando il terzo interviene in un rapporto obbligatorio, al quale è

l'esecuzione della prestazione crea, «pur non generando un rapporto obbligatorio, è tuttavia sufficiente a fondare la natura contrattuale della responsabilità del medico»⁵⁰⁶.

A questo punto, dopo aver esposto i fondamenti di tale suggestiva e raffinata ricostruzione, è possibile evidenziarne i profili di maggior perplessità. Quattro riguarderanno la responsabilità della struttura e tre quella del medico.

Per prima cosa, con riguardo alla posizione della struttura, s'è visto che la tesi descritta muove dal presupposto che Nicolò abbia ravvisato nell'assunzione dell'obbligazione del fatto altrui la nascita di due obbligazioni: «quella principale riferita alla prestazione del terzo e l'obbligo accessorio del promittente a far conseguire il fatto del terzo»⁵⁰⁷. Ma in realtà non sembra essere così. Invero l'Autore, analizzando nelle pagine della propria opera la funzione dell'adempimento del terzo, si propone di spiegare come e perché l'attività di questi non dedotta nel contenuto dell'obbligazione e di solito non prevista dalle parti, abbia tuttavia (se realizzata) la duplice efficacia estintiva del diritto del creditore e dell'obbligo del debitore, e ciò al di là della mera «identità di effetti pratici, che in definitiva si riscontra fra adempimento del terzo e adempimento del debitore»⁵⁰⁸. Scrive allora Nicolò che a tal fine è opportuno confrontare l'adempimento del terzo con l'adempimento effettuato dal debitore⁵⁰⁹, e che

estraneo, per realizzare il diritto del creditore, non pone mai in essere un atto dovuto, perché di fronte al creditore egli non attua affatto il contenuto di un obbligo proprio. E se anche il terzo avesse assunto, nei rapporti interni col debitore, l'obbligo di intervenire, l'atto del terzo non potrà considerarsi puramente e semplicemente come attuazione di quell'obbligo d'intervento, ma dovrà sempre essere valutato nella sua funzione di realizzazione del diritto del creditore, di fronte al quale il terzo rimane un soggetto estraneo non obbligato». La tesi esposta nel testo, inoltre, si preoccupa di confutare la possibile obiezione circa l'incompatibilità tra l'obbligazione del fatto altrui e il rapporto di dipendenza del medico dalla struttura. Anche a tal fine s'invoca il supporto del pensiero di Nicolò, secondo il quale l'eventuale obbligo interno tra debitore e *solvens*, cioè tra struttura sanitaria (debitrice verso il paziente) e medico (terzo esecutore del fatto promesso), non avrebbe rilevanza, poiché se tale obbligo «ha come suo contenuto specifico l'intervento in un rapporto obbligatorio altrui, l'attività del *solvens* va [comunque] qualificata come adempimento dell'obbligo altrui» (NICOLÒ, *Op. cit.*, 143 – corsivo proprio –) e ciò perché «l'obbligo interno in base al quale il *solvens* interviene, non assume alcuna rilevanza esteriore per il destinatario della prestazione che realizza il suo diritto, ma funziona solo come elemento che specifica in concreto la natura e le modalità dell'efficacia riflessa della prestazione sui rapporti fra *solvens* e debitore» (ID., *ibidem*).

⁵⁰⁶ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1464. Di conseguenza il contatto tra medico e paziente non è «puramente sociale», ma «ha una natura che è direttamente intrinseca al diritto, in quanto atto di autonomia privata esecutivo dell'obbligazione altrui».

⁵⁰⁷ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1459.

⁵⁰⁸ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 38.

⁵⁰⁹ Scrive NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 38, che ciò è necessario «dovendosi esaminare se quel duplice effetto estintivo dell'adempimento del terzo derivi dallo stesso meccanismo e dalle stesse cause che operano nell'adempimento del debitore, per il quale è evidente che l'antecedente logico

tuttavia per farlo è previamente necessario «sgombrare il terreno da elementi eterogenei», quali il caso in cui «l'attività solutoria del terzo sia stata esplicitamente promessa dal debitore al creditore»: ossia l'ipotesi dell'obbligazione del fatto altrui⁵¹⁰. Nel caso ipotizzato da Nicolò, nel quale cioè il debitore *aggiunge* all'obbligazione del fatto proprio quella del fatto altrui, si potrebbe infatti pensare che l'adempimento del terzo “diventi” (per il fatto di essere stato promesso) adempimento del debitore: ma in realtà secondo l'Autore ciò non accade, perché l'attività del terzo, quantunque promessa in aggiunta alla prestazione, rimane sempre estranea al contenuto dell'obbligazione principale⁵¹¹. È chiaro allora che la duplicità di obbligazioni in capo al debitore che la dottrina che si richiama al pensiero di Nicolò ritiene essere effetto dell'obbligazione del fatto altrui, non è un effetto di quest'ultima, ma piuttosto della circostanza che l'obbligazione del fatto altrui venga espressamente aggiunta all'obbligazione principale⁵¹².

di quella efficacia estintiva è dato da un lato dall'attuazione del contenuto dell'obbligo e dall'altro dalla realizzazione del diritto».

⁵¹⁰ Ove infatti una tale obbligazione sia assunta «si potrà dire tutt'al più esistente a carico del debitore una obbligazione accessoria avente per oggetto il fatto del terzo (...) ma l'attività del terzo, se non cessa di avere nei confronti dell'obbligazione principale la sua efficacia estintiva, non può dirsi che faccia parte del contenuto dell'obbligazione principale e che perda quindi il carattere di un fatto autonomo che reagisce dall'esterno sul rapporto obbligatorio. Il fatto che, insieme all'estinzione dell'obbligo principale, si verifichi, come effetto concomitante, l'estinzione (per adempimento) dell'obbligo accessorio del fatto altrui, non altera, dal punto di vista della prima obbligazione, la funzione e la struttura dell'atto giuridico del terzo» (NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 39). Di conseguenza l'atto del terzo costituirà adempimento dell'obbligo altrui nei confronti dell'obbligazione principale, mentre rispetto all'obbligo accessorio (che comunque ha per oggetto l'attività del terzo) costituirà adempimento del debitore.

⁵¹¹ Tra l'altro precisa Nicolò che qualora sia assunta unicamente l'obbligazione del fatto altrui (diversamente cioè da quando essa sia *aggiunta* a un'obbligazione assunta in proprio dal debitore), ossia un'obbligazione che ha per oggetto immediato ed esclusivo un fatto del terzo, «non può dirsi, in nessun caso, che l'attività del terzo integri una ipotesi di adempimento dell'obbligo altrui», posto che in questo caso l'intervento del terzo «non assume alcuna configurazione autonoma rispetto all'obbligazione del debitore sì da poter essere qualificato come adempimento dell'obbligo altrui. L'attività del terzo è il fatto *dedotto in obbligazione* e conseguentemente il suo verificarsi rappresenta, nei confronti del terzo, esercizio di una pura e semplice facoltà (...) e nei confronti del debitore rappresenta l'adempimento dell'obbligo di questo» (NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 39 – corsivo aggiunto –). Per la verità, affermare che in quest'ultimo caso l'atto del terzo non costituisce adempimento mette in discussione il fatto che quella assunta dal debitore (l'obbligazione del fatto altrui) sia un'obbligazione vera e propria. Tuttavia ciò non toglie che l'atto del terzo, quantunque non costituisca adempimento, possa comunque assumere un carattere di negozialità, come riconosce lo stesso Nicolò.

⁵¹² Infatti nel prosieguo del discorso, laddove Nicolò si riferisce alle possibili ricostruzioni dell'obbligazione del fatto altrui (richiamandosi all'opera di ALLARA, *Natura giuridica dell'obbligazione del fatto altrui*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 410 ss.) non v'è cenno alcuno a una duplicità di obbligazioni per il debitore. E in effetti Navarretta, dopo aver attribuito a Nicolò l'individuazione di una duplicità di obbligazioni scaturenti dall'assunzione dell'obbligazione del fatto altrui, sembra contraddirsi quando in seguito afferma che «dal contratto con cui il promittente si obbliga per il fatto altrui scaturisce (...) un'unica obbligazione principale di cui è

In secondo luogo non appare convincente il ricorso all'art. 2232 c.c. quale fondamento alternativo per l'obbligazione del fatto altrui. Tale disposizione, infatti, riguarda pur sempre un'obbligazione che viene assunta in proprio dal prestatore (e che dal medesimo dovrebbe essere attuata), ma che a certe condizioni può essere adempiuta per il tramite di sostituti o ausiliari. Nel caso della struttura sanitaria, invece, non è possibile l'alternativa tra esecuzione personale ed esecuzione tramite sostituto⁵¹³.

In terzo luogo dubbi sorgono circa la possibilità, pur all'interno del pensiero di Nicolò, di considerare il medico come realmente terzo rispetto all'obbligazione della struttura (anziché cioè quale ausiliario di quest'ultima). Indubbiamente l'autonomia e l'indipendenza del professionista potrebbero giocare in favore della prima configurazione. Tuttavia è lo stesso Nicolò che riconosce che la distinzione tra terzo che espliciti un'attività autonoma e terzo-ausiliario, se pur appare ovvia dal punto di vista teorico, incontra in pratica delle difficoltà. Egli allora individua due elementi che connotano la figura dell'ausiliario: «l'esistenza di un rapporto interno per cui l'attività materiale del terzo sia *a disposizione* del debitore (es. locazione d'opera)» e «il fatto che il debitore predisponga al terzo i mezzi per l'adempimento»⁵¹⁴, affrettandosi però a precisare che «nelle obbligazioni di fare questa preventiva predisposizione dei mezzi non è possibile», sicché «in questo caso sarà sufficiente il primo criterio, dell'essere cioè l'attività del terzo a disposizione del debitore»⁵¹⁵. Ebbene, con riguardo alla figura del medico, per quanto connotata da un certo grado di autonomia, è difficile non ritenere che la sua attività non sia a disposizione della struttura: di «locazione d'opera» scrive infatti Nicolò. Senza contare che in ogni caso il medico “strutturato” è comunque soggetto a direttive sia da parte del responsabile del reparto in cui opera, sia da parte della struttura per quanto riguarda l'organizzazione delle modalità di erogazione dell'assistenza agli utenti. Né, soprattutto, va dimenticato che il contenuto dell'obbligazione che la struttura assume verso il paziente è assai più ampio della sola prestazione strettamente medica, poiché comprende anche l'attività di assistenza (erogata da personale infermieristico e socio-sanitario) e alberghiera, realizzate da soggetti che, in

responsabile il promittente (...)) (ID., *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1463).

⁵¹³ Per di più la stessa NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, 1454, esclude la possibilità di assunzione diretta dell'obbligazione di cura da parte della struttura. Inoltre, a ulteriore conferma di quanto osservato nel testo, si è già detto in precedenza che nell'art. 2232 c.c. la fonte della responsabilità per il fatto dei sostituti non sembra essere il contratto ma pur sempre la legge.

⁵¹⁴ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 34 (corsivo proprio).

⁵¹⁵ NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 34, nt. 33.

quanto privi dell'autonomia propria del personale medico andrebbero considerati ausiliari. Sicché, a fronte di una prestazione unitariamente considerata, appare artificioso ricondurre la responsabilità della struttura alla regola dell'art. 1228 c.c. per fatti commessi da personale non medico e all'inadempimento dell'obbligazione del fatto altrui per fatti commessi da medici, pur se di responsabilità contrattuale in entrambi i casi si tratti.

Da ultimo, anche al di là del fondamento normativo della figura dell'obbligazione del fatto altrui, resta l'interrogativo circa il contenuto effettivo dell'obbligazione che con essa si assume (e che quindi assumerebbe la struttura). Non sfugge alla stessa dottrina che ne propugna la reviviscenza che se, come affermava Nicolò, l'attività del terzo non entra nel contenuto dell'obbligazione, quest'ultima «implica nella sostanza una garanzia da parte del promittente dell'adempimento del terzo»⁵¹⁶. Una garanzia, precisa la dottrina che riprende il pensiero dell'illustre studioso, che si distinguerebbe però sia da quella dell'art. 1381 c.c., poiché in caso d'inadempimento l'obbligo sarebbe risarcitorio e non indennitario, sia da quella fideiussoria, poiché mancherebbe un'obbligazione principale, essendo l'obbligazione del fatto altrui un'unica obbligazione di cui è responsabile il promittente pur dovendo essa essere attuata da un terzo. Con riguardo a tali asserzioni è però evidente la contraddizione insita nella commistione, a fronte della mancata verifica del fatto del terzo (medico), di responsabilità e garanzia, conseguenze tra loro incompatibili⁵¹⁷. In effetti la scissione che l'obbligazione del fatto altrui predica tra soggetto debitore (ed eventualmente responsabile) e soggetto che deve eseguire l'attività comporta l'impossibilità per il debitore di influire sulla realizzazione del comportamento dedotto quale prestazione, ossia sull'adempimento, cosa che costituisce il limite ineludibile del concetto di obbligazione⁵¹⁸. Di conseguenza, richiamandosi al pensiero di un altro Maestro della civilistica italiana, si dovrebbe concludere che la

⁵¹⁶ NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1463.

⁵¹⁷ Naturalmente è fuor di dubbio che in generale la garanzia possa avere a oggetto la prestazione risarcitoria; tuttavia ciò può avvenire solo in presenza di due distinte obbligazioni, l'inadempimento di una delle quali provoca la conseguenza risarcitoria che l'altra garantisce. Mentre un tale effetto non può scaturire da un'unica obbligazione, quale si professa essere quella del fatto altrui.

⁵¹⁸ Cfr. MENGONI, *Profili di una revisione critica della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, cit., spec. 410, il quale richiama naturalmente il pensiero di Ulpiano; cfr. inoltre ID., *L'oggetto della obbligazione*, cit., 53 ss., spec. 74, ove scrive: «Dovere di un comportamento altrui è un'idea inconcepibile: il dovere giuridico è forma direttiva della volontà, e quindi non può regolare se non atti che dipendono dalla volontà del soggetto».

c.d. obbligazione del fatto altrui rientra nello schema della garanzia (al quale solo fa riferimento, non a caso, l'attuale art. 1381 c.c.)⁵¹⁹.

Svolte tali osservazioni sulla responsabilità della struttura, con riguardo a quella del singolo medico va detto che, in primo luogo, secondo la tesi esposta il suo fondamento andrebbe rinvenuto nella negozialità dell'atto con cui il medico-terzo esegue la prestazione, atto che darebbe luogo a un vero e proprio «contratto di adempimento tra il *solvens* [medico] e il creditore [paziente]»⁵²⁰. Sennonché tale carattere di negozialità importa, a detta dello stesso Nicolò, la necessaria cooperazione del creditore finalizzata ad accettare la prestazione a lui diretta, cosa che si traduce in una vera e propria dichiarazione di volontà⁵²¹; e in questa linea non si può di conseguenza escludere «un certo potere discrezionale [per il creditore] di rifiutare la prestazione del terzo, non solo quando questa non sia perfettamente equivalente nel suo risultato a quella dovuta ma anche quando, pur in presenza di quella perfetta equivalenza iniziale, egli abbia fondato motivo di ritenere che l'attività del terzo non gli assicuri, sia pure per una ragione estrinseca, la realizzazione definitiva del suo diritto»⁵²². È evidente allora, già sotto questo profilo, che appare difficile pensare al paziente come a un soggetto che dispone, nella relazione con il medico, del proprio credito verso la struttura: sia perché l'atto di disposizione del paziente risulterebbe necessitato, non potendo egli pretendere l'adempimento da parte della struttura (che né può adempiere in proprio, né, si dice, potrebbe assumere direttamente l'obbligazione), sia perché un tale comportamento dispositivo dovrebbe essere tenuto solo nei confronti del personale medico, ossia di quello al quale va applicato, a detta della dottrina che lo propone, lo schema dell'obbligazione del fatto altrui, schema che invece non sarebbe necessario per il restante personale dell'ente. Sennonché il comportamento del paziente non è connotato da alcun intento dispositivo, essendo piuttosto il medesimo nei confronti di tutti gli operatori sanitari⁵²³.

⁵¹⁹ Cfr. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 90, secondo il quale «coordinare la *solutio* del vincolo alla realizzazione del risultato, indipendentemente dall'attuazione dell'obbligo, significa, in parole schiette, trasformare l'obbligazione in una figura di garanzia».

⁵²⁰ Per utilizzare le parole di NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 165.

⁵²¹ Cfr. NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 161. «In sostanza», scrive l'Autore, «il creditore dispone del suo diritto quando accetta la prestazione del terzo, e una tale disposizione non può essere prodotta che da una dichiarazione di volontà negoziale».

⁵²² NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 161.

⁵²³ Né, a detta di Nicolò, l'intervento del creditore può consistere in una «mera adesione passiva all'attività del terzo, quasi una forma di tolleranza degli effetti che rispetto a lui la prestazione del terzo è destinata a produrre», dovendo piuttosto consistere in un «intervento attivo che presuppone un apprezzamento discrezionale, per lo meno entro certi limiti» e «dominato da un preciso elemento volitivo, espresso nel comportamento adesivo del creditore, che consiste nell'intento di attuare integralmente il suo diritto» (NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 161).

In secondo luogo va posta in luce l'irragionevolezza, a seguire la tesi dell'adempimento negoziale da parte del terzo, insita nella possibilità per il medico-*solvens*, che in tale quadro andrebbe ammessa (seppur astrattamente), di surrogarsi al paziente (attraverso la surrogazione convenzionale) nel credito di quest'ultimo verso la struttura; un credito la cui realizzazione andrebbe pur sempre eseguita dallo stesso medico che di esso diventa titolare⁵²⁴.

Un terzo e ultimo rilievo riguarda infine il contenuto del negozio di adempimento concluso tra medico e paziente. Si tratta di un contratto, secondo Nicolò, che realizza *immediatamente* il proprio effetto giuridico (la soddisfazione del diritto del creditore) «senza impiegare lo strumento dell'obbligo»⁵²⁵, di modo che, come Egli sostiene accada nei contratti con effetti reali, l'attribuzione del terzo in favore del creditore si esaurisce nel solo rapporto giuridico tra il primo e il secondo⁵²⁶, senza però che ciò escluda una responsabilità contrattuale del terzo verso il creditore, giustificata dalla particolare posizione assunta dal primo verso il secondo⁵²⁷. Ebbene, su questa stessa linea si pone la dottrina che applica l'obbligazione del fatto altrui alla responsabilità del medico, laddove afferma che

Esclude la possibilità di qualificare l'attività del medico quale ipotesi di adempimento del terzo PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., 336.

⁵²⁴ Il che però non comporterebbe l'estinzione del rapporto per confusione, posto che la coincidenza che si verrebbe a verificare in capo al medico è solo tra la qualità di creditore e di terzo-esecutore necessario della prestazione, mentre invece resta in capo alla struttura la qualità di debitore.

⁵²⁵ NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 165, il quale associa tale contratto ai contratti con efficacia reale e respinge come artificiose le tesi che ritengono l'obbligo un elemento essenziale del contenuto contrattuale, e secondo le quali quindi anche in questo genere di contratti si creerebbero degli obblighi che però verrebbero adempiuti nel momento stesso in cui sorgono (v. nt. 34). Per meglio comprendere il pensiero dell'Autore, va detto che egli ritiene che da ogni contratto, sia con efficacia reale che obbligatoria, sorgono rapporti giuridici cc.dd. *strumentali* (o situazioni giuridiche-mezzo) e rapporti giuridici cc.dd. *finali* (o situazioni giuridiche-risultato); le situazioni-mezzo, poi, che si innestano tra il momento perfezionativo del contratto e l'effetto giuridico finale, costituiscono il *contenuto del contratto*.

⁵²⁶ Nei contratti con effetti reali, secondo Nicolò (ID., *Op. ult. cit.*, 171), indipendentemente dalla produzione dell'effetto (sia essa immediata, oppure venga a mancare), si crea tra le parti un rapporto giuridico che ha per contenuto l'assunzione di una *situazione giuridica* la quale si pone quale momento logicamente preliminare alla produzione dell'effetto ed è fonte, ove esso venga a mancare, di responsabilità.

⁵²⁷ Va detto, però, che di tale responsabilità appare sfuggente il fondamento. Scrive infatti NICOLÒ, *Op. ult. cit.*, 213, che la responsabilità del terzo «presuppone sempre un determinato atteggiamento subiettivo del *solvens* (dolo, colpa), ma non potrebbe (...) qualificarsi come una forma di responsabilità extracontrattuale fondata esclusivamente sul fatto illecito del soggetto. Essa dovrebbe piuttosto considerarsi come una forma di responsabilità contrattuale la quale trova appunto il suo fondamento nella posizione che il terzo assume, mettendo in essere il negozio di adempimento dell'obbligo altrui, ossia nel fatto che egli è soggetto del rapporto giuridico che (...) costituisce il contenuto del contratto».

«l'esecuzione [da parte del medico] della prestazione di natura negoziale crea una relazione giuridica che, pur non generando un rapporto obbligatorio, è tuttavia sufficiente a fondare la natura contrattuale della responsabilità (...)»⁵²⁸.

Tuttavia è evidente la fragilità di un tale fondamento della responsabilità del terzo. Indubbiamente Nicolò riconosce nel barlume di relazionalità tra terzo e creditore un indice che dovrebbe orientare verso la natura contrattuale della responsabilità⁵²⁹ e che sembrerebbe adattarsi per la posizione del medico dipendente. Ma se, invero, si ritiene che tra terzo e creditore (cioè tra medico e paziente) non vi sia alcuna obbligazione, si ritorna, per così dire, al punto di partenza, ossia alla necessità di qualificare la responsabilità di un soggetto verso un altro con il quale non si trovi in rapporto obbligatorio. A seguire la tesi qui esposta si dovrebbe dunque parlare non di «obbligazione senza prestazione»⁵³⁰, né di «prestazione senza obbligazione»⁵³¹, bensì di «responsabilità senza obbligazione». Tuttavia la semplice affermazione della negozialità dell'atto con cui il terzo-medico adempie l'obbligazione assunta dalla struttura non sembra da sola poter fondare la natura contrattuale della responsabilità del sanitario.

11. *Riflessioni conclusive sulla responsabilità del personale sanitario*

L'esame critico delle diverse ricostruzioni con le quali si è tentato di giustificare la sussistenza di un'autonoma responsabilità del personale sanitario dipendente da una struttura di cura vorrebbe dimostrare che tali tentativi non si rivelano, a un'analisi approfondita, pienamente soddisfacenti.

Ci si potrebbe allora interrogare sulle motivazioni per le quali il sistema (concretamente: 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 danno⁵³².

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

⁵²⁸ NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1464.

⁵²⁹ Sulla responsabilità contrattuale come responsabilità «relazionale» v. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 55 ss.

⁵³⁰ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., 148 ss.

⁵³¹ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 451.

⁵³² 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.

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*⁵³³. 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"⁵³⁴, cioè dal reparto di una struttura (o comunque da un'*équipe*), il quale, a sua volta, può dover coordinare l'intervento di ulteriori reparti (solitamente per singoli esami diagnostici o di laboratorio). Ebbene, non si può ignorare, come visto in 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 se il coinvolgimento personale del sanitario in sede di responsabilità abbia ancora un significato. Nello stesso senso, inoltre, è

⁵³³ Cfr. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., 11 ss.

⁵³⁴ Per utilizzare la terminologia di GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., 720.

sicuramente d'aiuto guardare anche all'assetto che ha raggiunto nell'ordinamento francese, in punto di responsabilità, la figura del *médecin salarié*⁵³⁵.

In effetti l'ostinazione, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza nostrane, 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.

Di certo la responsabilità personale del medico dipendente non pare avere 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 servizio⁵³⁶. In secondo luogo il fatto che il medico si senta sottoposto al rischio di azioni dirette incentiva il ricorso alla c.d. "medicina difensiva", fenomeno che comporta enormi costi per la sanità pubblica. 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, ma anche (per il solo ambito pubblico) attraverso le valutazioni degli incarichi conferiti ai medici necessarie ai fini della corresponsione della quota variabile di retribuzione.

⁵³⁵ Diversa, si ricorda, è la soluzione in punto di responsabilità personale per il medico libero professionista (che pur operi all'interno e per conto di una struttura sanitaria): ma si tratta, come visto, di posizione fortemente criticata dalla dottrina.

⁵³⁶ Cfr. artt. 24 e 25 CCNL 8 giugno 2000 per l'area della dirigenza medica e veterinaria del SSN e l'art. 25 del CCNL 19 gennaio 2005 per il personale medico dipendente di strutture private. Va detto comunque che detta tutela prevista per il lavoratore subordinato vale anche in caso di azioni penali o contabili; inoltre, per quanto riguarda la responsabilità civile, l'onere può essere oggetto di assicurazione da parte delle aziende sanitarie (o mediante un'autonoma polizza, oppure mediante la sua ricomprensione nella polizza RCT dell'azienda, poiché tale copertura può inglobare anche la c.d. tutela legale dei dipendenti). Tuttavia, resta il fatto che l'affermazione dell'autonoma responsabilità civile del medico per inesatta esecuzione della cura comporta pur sempre che il contenzioso venga spesso indirizzato anche nei suoi confronti, il che significa un aumento di costi per le aziende sanitarie (sia che preferiscano rimborsare le spese legali, sia che optino per l'assicurazione del rischio).

Giunti a questo punto, non si può trascurare il fatto che il legislatore ha recentemente affrontato a più riprese la questione della responsabilità personale degli operatori sanitari dipendenti di una struttura di cura. Svolte dunque le precedenti considerazioni, è necessario esaminare la portata dei provvedimenti normativi intervenuti sul tema, interrogarsi sul loro possibile significato e, da ultimo, valutarne l'opportunità in relazione agli obiettivi presi di mira.

CAPITOLO QUINTO

Le innovazioni legislative in tema di responsabilità in ambito sanitario

SEZIONE I

La riforma “Balduzzi”

1. Il contenuto della riforma e in particolare la questione della qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria

Il legislatore del 2012, nell'apprestare diversi rimedi a fronte delle molteplici situazioni di emergenza del Paese, è intervenuto anche in ambito sanitario, con l'obiettivo primario di ridurre i costi (sempre più alti) per il SSN derivanti dal fenomeno della medicina difensiva⁵³⁷ e dall'importo dei premi assicurativi pagato dalle strutture pubbliche.

Con tali intenti è stato dunque adottato il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, poi convertito con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, denominata legge “Balduzzi”, dal nome dell'allora Ministro della Salute. Il provvedimento contiene disposizioni di vario genere, che spaziano dall'organizzazione dell'erogazione dell'assistenza sanitaria, alla libera professione dei medici, all'edilizia sanitaria e alla distribuzione dei farmaci. In questa sede la disposizione che più interessa è però l'art. 3, rubricato «responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie». In sintesi: *a)* il primo comma prevede(va) l'esenzione dalla responsabilità penale «per colpa lieve»⁵³⁸ per il professionista che si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità

⁵³⁷ Per la precisione si distingue tra la medicina difensiva “attiva” (o “commissiva”), che consiste nella prescrizione di esami o visite non realmente necessari in considerazione del quadro clinico (comportando 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. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/1996, 899 ss.). Invero questa seconda accezione del fenomeno della medicina difensiva (non presa in considerazione dall'intervento legislativo del 2012) comporterebbe addirittura un effetto di riduzione dei costi per la sanità pubblica (ove naturalmente non dia luogo a contenzioso), ma non certo un «più alto livello di tutela della salute» (obiettivo invece perseguito dal legislatore). Per una panoramica generale dell'assetto della responsabilità in ambito sanitario in Italia e dunque del contesto che ha dato causa all'intervento del legislatore v. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 1/2016, 22 ss.

⁵³⁸ Per la verità, com'è stato giustamente osservato (PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 8-9/2016, 818), «la tripartizione del grado di colpa è propria del diritto civile e non tanto del diritto penale».

scientifico, fermo restando (così si era espresso il legislatore) «l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile» temperato con la necessità di tener conto, nella determinazione del risarcimento, della condotta rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche⁵³⁹; *b*) il secondo comma mira a disciplinare in maniera uniforme i contratti assicurativi del personale sanitario, indicandone i requisiti minimi e prevedendo la creazione di un fondo finalizzato a consentire l'accesso a costi sostenibili alla copertura assicurativa anche alle specialità a più alto rischio di sinistro; *c*) il terzo comma estende l'applicazione delle tabelle previste per il risarcimento dei danni da circolazione dei veicoli (cioè quelle degli artt. 138 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, ma adattate alla diversa fattispecie) anche al risarcimento del danno biologico provocato dagli esercenti la professione sanitaria, con l'evidente finalità di calmierare i risarcimenti in quest'ambito⁵⁴⁰; *d*) il quarto comma contiene talune precisazioni relative ai contratti assicurativi per l'attività sanitaria svolta all'interno di strutture pubbliche; *e*) il quinto comma introduce la necessità di aggiornare, con cadenza almeno quinquennale, gli albi dei consulenti tecnici d'ufficio, al fine di garantire, oltre a quella medico legale, la rappresentanza anche di esperti delle diverse discipline specialistiche dell'area sanitaria.

Per la verità va precisato che il primo comma della disposizione in parola è stato abrogato dalla successiva riforma del 2017; tuttavia, nell'ambito del percorso di riforma della responsabilità in questo settore, pare opportuno darne comunque conto, visto il dibattito che la sua oscura formulazione ha suscitato.

Orbene, con riferimento all'art. 3 la dottrina ha individuato quattro questioni poste dalla disposizione agli interpreti⁵⁴¹: il significato del richiamo all'art. 2043 c.c.; il valore da attribuire alle linee guida ai fini della statuizione della responsabilità; il significato della rilevanza della condotta rispettosa delle linee guida ai fini della determinazione del *quantum* risarcitorio; infine l'applicazione delle tabelle previste per la responsabilità da circolazione dei veicoli alla

⁵³⁹ Questa la formulazione testuale del comma 1: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

⁵⁴⁰ Per i problemi legati a tale estensione v. PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2013, 145 ss.

⁵⁴¹ Il riferimento è a BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 3/2014, 780 ss.

responsabilità in ambito sanitario. In questa sede, però, si focalizzerà l'attenzione solo sulla prima, che attiene alla natura della responsabilità del medico⁵⁴².

Per prima cosa va osservato che il riferimento della disposizione all'«esercente la professione sanitaria» senz'altra specificazione dovrebbe portare a ritenere che essa si applichi a qualsiasi soggetto che eserciti una delle professioni riconosciute come sanitarie indipendentemente dal fatto che essa sia svolta sotto forma di lavoro dipendente o autonomo⁵⁴³. In secondo luogo, svolta tale osservazione, si tratta di capire se, con il rinvio all'art. 2043 c.c. il legislatore abbia inteso imporre la qualificazione come extracontrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per i danni arrecati nello svolgimento della propria attività. Su questo punto dottrina e giurisprudenza hanno fornito interpretazioni discordanti.

1.1. Segue. *Le posizioni della dottrina*

In dottrina taluno non ha avuto dubbi sul fatto che il richiamo dell'art. 2043 c.c. dovesse essere inteso quale volontà del legislatore di cambiare la qualificazione della responsabilità del sanitario⁵⁴⁴. A deporre in questo senso erano, oltre alla citazione espressa della predetta regola di responsabilità, il radicale mutamento introdotto nel testo della disposizione in sede di conversione del decreto-legge, nonché «la dichiarata intenzione del legislatore di arginare in tal

⁵⁴² Non ci si soffermerà sul raffronto tra la formulazione del primo comma dell'art. 3 nel decreto legge e quella risultante a seguito della legge di conversione. Per esso si rinvia a RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 7-8/2013, 301 ss.

⁵⁴³ Evidentemente, poiché la disposizione nasce per circoscrivere la responsabilità penale, una sua limitazione a seconda della tipologia del rapporto di lavoro avrebbe comportato seri problemi di legittimità costituzionale. Nel senso di un'interpretazione ampia v. Trib. Milano, ord. 21 marzo 2013, in *Resp. civ. prev.*, 4/2013, 1256 ss., con nota di PONTIS, *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?* Il medesimo Tribunale, tuttavia, ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 (nella parte che prevedeva l'esonero da responsabilità penale) per violazione degli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 e 111 Cost. La Corte costituzionale, però, ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza nel caso di specie (v. Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295, in *Corr. giur.*, 10/2014, 1189 ss., con nota di GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art. 3 legge Balduzzi?...alla prossima*).

⁵⁴⁴ Cfr. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2014, 24, il quale ritiene che, attraverso l'art. 3 della l. n. 189/2012 il legislatore abbia seccamente «sconfessato» l'applicazione della dottrina del contatto sociale in quest'ambito. Ritengono che l'intervento normativo vada letto nel senso dell'applicazione al medico del regime aquiliano anche VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 3/2015, 532 e ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 3/2017, 732.

modo il pernicioso fenomeno della c.d. medicina difensiva alleviando la posizione del medico»⁵⁴⁵. Talaltra dottrina, tuttavia, pur rilevando che questa appariva essere la volontà del legislatore, ha ritenuto che il mutamento di regime dovesse valere per i soli medici dipendenti pubblici, dovendosi qualificare l'art. 3 della “legge Balduzzi” come una «una norma *ad hoc* o *ad personam*»⁵⁴⁶.

Sempre all'interno del filone che ha attribuito all'art. 3 un significato innovativo, si colloca poi la posizione di chi ha ritenuto che la novella legislativa avesse avallato il modello c.d. del «doppio binario», da un lato fornendo una chiara indicazione in favore della natura aquiliana della responsabilità del sanitario e dall'altro lasciando invariato il modello contrattuale per la responsabilità della struttura⁵⁴⁷. Più precisamente si è affermato che, per quanto riguarda l'operatore sanitario, il riferimento testuale, operato dall'art. 3, all' esercente una professione sanitaria e alla colpa darebbe vita a un modello di responsabilità “professionale” valido sia per il medico libero professionista che per il medico lavoratore subordinato: un modello fondato sull'elemento comune della colpa e dunque «indifferente alle partizioni della responsabilità civile»⁵⁴⁸. Per quanto invece riguarda la responsabilità della struttura sanitaria, la sua omissione tra i destinatari della disposizione andrebbe intesa come conferma del regime contrattuale di responsabilità, modellato tuttavia dalla giurisprudenza sul paradigma della responsabilità d'impresa. L'art. 3, insomma, avrebbe finalmente chiarito che le responsabilità del medico e della struttura sono «autonome e distinte»: autonome, perché fondate su titoli diversi (l'art. 2043 c.c. per il medico e l'art. 1218 c.c. per la struttura); distinte, invece, quanto ai criteri d'imputazione, dovendo la

⁵⁴⁵ Così VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2014, 155.

⁵⁴⁶ Così CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 4/2003, 383, pur criticando fortemente tale scelta del legislatore, in quanto, rendendo più difficile per il paziente ottenere il ristoro del danno subito (a motivo del diverso regime operativo della responsabilità aquiliana), subordinerebbe la tutela della salute a esigenze di cassa. L'A., inoltre, probabilmente sempre muovendo dalle intenzioni della riforma, interpreta il richiamo alle linee guida nella determinazione del risarcimento del danno come indicativo della necessità di ridurre il *quantum* risarcitorio in deroga all'art. 1223 c.c. *Contra* BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, cit., 796 ss., spec. 798, la quale fa notare che una modulazione del *quantum* risarcitorio in ragione della condotta dell'operatore si porrebbe in contrasto con il principio dell'integrale riparazione del danno e con quello di uguaglianza, oltre ad allontanare il risarcimento dalla logica riparatoria, dal momento che si dovrebbe poter pensare anche a un aumento di quest'ultimo laddove le linee guida non siano state rispettate (fattispecie però non prevista). L'A., pertanto, conclude che il ruolo da attribuire in sede civile al rispetto delle linee guida debba essere circoscritto alla determinazione dell'*an* della responsabilità, mentre la quantificazione del risarcimento deve continuare a seguire le regole tradizionali.

⁵⁴⁷ 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.*, 1/2014, 134 ss.

⁵⁴⁸ DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 129.

responsabilità del singolo ricondursi alla responsabilità “professionale” (cioè alla colpa), mentre quella della struttura alla responsabilità d’impresa (cioè a un criterio semi-oggettivo). Non solo: dal momento che le due responsabilità sono autonome e che la prestazione della struttura comprende un’attività di assistenza sanitaria ben più ampia della sola prestazione medica (alloggio, assistenza infermieristica, adempimenti organizzativi ecc.), si precisa che l’individuazione della responsabilità aquiliana del singolo non è elemento necessario per la sussistenza della responsabilità della struttura; in altre parole l’assenza di colpa in capo al medico se vale a escludere la responsabilità aquiliana di quest’ultimo e quella solidale della struttura (in quanto derivante da quella del singolo), non vale invece ad escludere la responsabilità contrattuale della struttura «dovendo la stessa, per liberarsi da responsabilità, fornire la prova di quell’evento straordinario ed eccezionale che è stato causa del danno alla salute del paziente o dell’insuccesso del trattamento chirurgico o terapeutico»⁵⁴⁹.

Su posizioni opposte, invece, la dottrina che ha ritenuto di non enfatizzare eccessivamente il richiamo all’art. 2043 c.c. Secondo quest’interpretazione andrebbe considerato che ciò a cui l’art. 3 faceva riferimento non era già l’intera disciplina dell’illecito extracontrattuale, bensì solamente l’«obbligo» di cui all’art. 2043 c.c., ossia l’obbligo risarcitorio, che di per sé è conseguenza anche della fattispecie d’inadempimento⁵⁵⁰. A suffragio di tale opinione vale certamente la considerazione che la norma non faceva distinzione a seconda della modalità in cui fosse esercitata la professione medica (se cioè in forma dipendente o libero professionale), per cui si rendeva necessario attribuirle un significato che fosse

⁵⁴⁹ DE MATTEIS, *Op. ult. cit.*, 135.

⁵⁵⁰ Cfr. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e Mercato*, 4/2013, 351, che, a proposito del riferimento all’art. 2043 c.c., scrive che «se la norma si compone di una fattispecie e di un effetto la legge [l’art. 3 della “legge Balduzzi”] sembra richiamare l’effetto, l’obbligo di risarcire (...)»; SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 6/2013, 1993 ss.; NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 108, nt. 84, il quale, interpretando la disposizione dell’art. 3 alla luce delle osservazioni svolte nel proprio scritto, evidenzia che la norma si limita correttamente a richiamare solo quel segmento della disposizione dell’art. 2043 c.c. (l’obbligo risarcitorio) che è in effetti comune a entrambe le forme di responsabilità. Di conseguenza, conclude, «nessun argomento può essere tratto da tale disposizione per ritenere che il legislatore abbia inteso dar ragione a Kirchmann e mandare al macero tutta la giurisprudenza in punto di responsabilità del medico ospedaliero successiva al 1999». Sulla stessa linea anche BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, cit., 782 ss., spec. 786. Del tutto peculiare è invece l’interpretazione dell’art. 3 fornita da RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, cit., 303, secondo la quale il regime dell’art. 2043 c.c. (più favorevole di quello contrattuale) opererebbe nel solo caso in cui sia accertata la commissione da parte del medico di un reato colposo (in ciò consistendo il significato della locuzione legislativa «in tali casi», premessa al richiamo dell’obbligo di cui all’art. 2043 c.c.).

compatibile anche con l'ipotesi in cui il medico avesse concluso un contratto di prestazione d'opera con il paziente⁵⁵¹. La necessaria limitazione della disposizione al caso della prestazione resa fuori da un rapporto obbligatorio instaurato con il medico ne indeboliva quindi la portata precettiva anche per i restanti casi, sì da far dire che la presenza del rinvio all'art. 2043 c.c. andava considerata solo quale «sfondo generico» della disciplina della responsabilità del medico, la quale ben poteva dunque essere rinvenuta altrove⁵⁵². Per non dire, infine, del probabile «sviamento» nella scelta della disposizione richiamata provocato al legislatore dal carattere penalistico dell'*incipit* della disposizione⁵⁵³.

In definitiva, secondo quest'ultima interpretazione, non era possibile attribuire alla novella legislativa il potere di mutare (per di più attraverso una disposizione ambigua) la qualificazione della responsabilità in ambito medico e soprattutto del medico dipendente. Quest'ultima, in particolare, doveva dunque continuare a essere disciplinata secondo la teoria del contatto sociale (pur come rimodulata dalla giurisprudenza), e cioè secondo le regole della responsabilità contrattuale.

Non pare opportuno dilungarsi sulla bontà di tali interpretazioni, considerato che il testo normativo alla base di esse è stato abrogato. Si può solo osservare che, in effetti, appare eccessivo il tentativo di assegnare una portata innovativa e per di più limitata a una particolare fattispecie (quella della responsabilità del medico dipendente) a una disposizione che di per sé contiene una regola penale valida per tutti gli operatori sanitari (dove l'impraticabilità di distinzioni) e che, *en passant*, si limita a salvaguardare, su altro versante, una situazione che essa parrebbe dare per assodata, limitandosi cioè a precisare che, nonostante il cambiamento introdotto in ambito penale, sul piano civile la situazione non muta. Tutt'al più si potrebbe dire che ciò che la norma sembrava

⁵⁵¹ In effetti non pare nemmeno possibile ipotizzare che per il caso in cui tra medico e paziente vi fosse un contratto il richiamo dell'art. 2043 c.c. valesse a giustificare il concorso di responsabilità (contrattuale e aquiliana): invero il riferimento al solo art. 2043 c.c. sarebbe risultato riduttivo, permanendo, ad ammettere il concorso, entrambe le forme di responsabilità.

⁵⁵² Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 160, secondo il quale, allora, se la presenza dell'art. 2043 c.c. non può escludere la responsabilità contrattuale ove vi sia un vincolo obbligatorio, non è parimenti possibile escludere l'applicazione della regola del contatto sociale qualificato per il medico dipendente. In termini simili si pone anche ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Libellula, Tricase, 2014, 17 ss.

⁵⁵³ Secondo BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, cit., 786, il riferimento alla regola sulla responsabilità aquiliana sarebbe «frutto del trascorrere dal piano penale a quello civile ove il concetto di illiceità si lega quasi indissolubilmente all'art. 2043 c.c.». Tuttavia osserva CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, 159, che, anche ridimensionato il riferimento alla responsabilità aquiliana ai casi in cui il medico non sia personalmente obbligato alla prestazione, è sbagliata la prospettiva (che pare emergere) di considerare l'art. 2043 c.c. quale «regola civile corrispondente all'intero codice penale».

dare per esistente (ossia che la responsabilità del sanitario fosse aquiliana) in realtà non lo era; ma allora a tale previsione non si può attribuire portata rivoluzionaria.

1.2. Segue. *Le posizioni della giurisprudenza*

Nelle prime pronunce in cui è stato indagato il significato dell'art. 3 della novella del 2012 la giurisprudenza ha espresso posizioni contrastanti.

Inizialmente alcune sentenze di merito hanno adottato la lettura più innovatrice, ossia quella secondo cui l'art. 3 doveva produrre l'effetto di mutare il titolo della responsabilità per l'operatore sanitario⁵⁵⁴. Tuttavia i giudici che hanno aderito a questa interpretazione si sono preoccupati di precisare che la trasformazione in aquiliana della responsabilità del medico non poteva operare laddove egli, agendo in veste libero professionale, avesse concluso un autonomo contratto con il paziente, dal momento che in questo caso la responsabilità non poteva che restare contrattuale⁵⁵⁵.

Altre pronunce, invece, hanno sposato quella che si potrebbe chiamare l'interpretazione "minimalista" della disposizione, ritenendo, di conseguenza, che nulla fosse cambiato rispetto al passato sul piano della responsabilità civile⁵⁵⁶. L'idea che quest'ultima, per quanto riguarda il medico e la struttura, dovesse continuare a seguire le sue «regole consolidate» è stata presto fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità, divenendo così in poco tempo il *mainstream* anche nella giurisprudenza di merito⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ V. Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Danno e resp.*, 4/2013, 375 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, *ivi*, 373 ss.; Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252 in *Danno e resp.*, 1/2014, 74 ss., con nota di ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*.

⁵⁵⁵ In ciò, però, operando una forzatura del testo della disposizione, la quale, come s'è in precedenza evidenziato, si riferisce a tutti gli esercenti una professione sanitaria senza distinzione alcuna sulla modalità di tale esercizio.

⁵⁵⁶ Cfr. Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 4/2013, 368 ss., con nota di CARBONE, cit.

⁵⁵⁷ Il riferimento è a Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 4/2013, 367 ss., con nota di CARBONE, cit. Si tratta però, va detto, di una conclusione non particolarmente argomentata (come rileva SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, cit., 1993), dal momento che l'invarianza delle regole precedenti viene derivata, come conseguenza «evidente», dal carattere penalistico del precetto iniziale della disposizione. Successivamente a tale pronuncia v., in senso conforme, Trib. Caltanissetta, 1° luglio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 6/2013, 1980 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO C., cit.; Trib. Cremona, 19 settembre 2013, in *Assicurazioni*, 3/2013, 539 ss., con nota redazionale di RIVA; Trib. Cremona, 1° ottobre 2013, in *Danno e resp.*, 6/2014, 633 ss., con nota di MATTINA, *"Legge Balduzzi": natura della responsabilità civile del medico*; Trib. Firenze, 12 febbraio 2014, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2014, 737 ss., con nota di GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della Legge Balduzzi*; Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Foro it.*,

Uniche note dissonanti, in questo contesto, sono state alcune sentenze del Tribunale di Milano⁵⁵⁸, le quali, discostandosi consapevolmente dall'opinione della Corte di cassazione hanno rigettato l'idea che il richiamo all'art. 2043 c.c. potesse essere considerato «atecnico» o «frutto di una svista». In particolare, contro l'idea, espressa dalla Corte di legittimità, che il riferimento all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. servisse solo a precisare che l'esclusione di responsabilità per colpa lieve valeva solo per la responsabilità penale (rimanendo dunque fermo, in ambito civile, il principio per cui *in lege aquilia et levissima culpa venit*)⁵⁵⁹, il Tribunale di Milano ha osservato che una tale preoccupazione del legislatore sarebbe risultata irragionevole, perché sarebbe stato inutile, se davvero si fosse voluta lasciare intatta la configurazione “da contatto” della responsabilità del medico, inserire una precisazione su una fattispecie di responsabilità (quella aquiliana) che in quell'ambito non veniva in rilievo⁵⁶⁰. Di conseguenza, anche in considerazione dell'espressa finalità di ridurre la pressione sulla classe medica, sarebbe stato d'obbligo ritenere che il legislatore aveva espresso un chiaro segnale in favore della qualificazione come extracontrattuale della responsabilità del sanitario dipendente.

2014, I, 1413 ss.; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 1/2015, 56 ss., con nota di MATTINA, “Legge Balduzzi”: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?, Cass., 24 dicembre 2014, n. 27391, in www.iusexplorer.it; Trib. Milano, 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Resp. civ. prev.*, 1/2015, 163 ss., con nota di GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guide e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*. E ancora: Trib. Ivrea, 22 febbraio 2016, n. 143; Trib. Roma, 16 marzo 2016, n. 5463; Trib. Ferrara, 18 agosto 2016, n. 784; Trib. Modena, 3 ottobre 2016, n. 1810; App. Napoli, 7 dicembre 2016, n. 4333; Trib. Napoli, 6 febbraio 2017, n. 1498; Trib. Massa, 4 maggio 2017, n. 359, tutte in www.iusexplorer.it.

⁵⁵⁸ Si tratta di Trib. Milano, 14 giugno 2014, in *Danno e resp.* 1/2015, 47; Trib. Milano, 17 luglio 2014, *ivi*, con nota di MATTINA, “Legge Balduzzi”: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?, Trib. Milano 2 dicembre 2014, n. 1430, in *Resp. civ. prev.*, 1/2015, 167 ss., con nota di GORGONI, *cit.*

⁵⁵⁹ Così ha argomentato Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, *cit.*

⁵⁶⁰ Si legge in Trib. Milano, 17 luglio 2014, *cit.*, che «qualora l'intenzione del legislatore fosse stata soltanto quella indicata dalla Corte e la previsione normativa in esame fosse da interpretare nel senso che non avrebbe inteso scalfire in nessun modo il consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia di responsabilità medica come responsabilità ex art. 1218 c.c. da “contatto sociale” (con tutte le sue implicazioni), non vi sarebbe stata nessuna apprezzabile ragione per inserire in sede conversione il richiamo all'art. 2043 ed è ragionevole ritenere che nell'art. 3 comma 1 sarebbe rimasto immutato il richiamo alle diverse norme (art. 1176 e art. 2236) contenuto nel decreto legge». Condivide tale argomentazione ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 5/2016, 1755.

Ad ogni modo, come detto, anche di questa interpretazione erano evidenti i limiti⁵⁶¹, e difatti la via da essa tracciata non è stata ulteriormente percorsa, preferendo la giurisprudenza mantenersi sul sentiero precedente⁵⁶².

SEZIONE II

La riforma “Gelli-Bianco”

1. Considerazioni generali

A distanza di pochi anni dall'intervento del 2012, il legislatore interviene nuovamente nella materia dell'assistenza sanitaria con la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. riforma “Gelli-Bianco”, dal nome dei suoi promotori). 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 processo⁵⁶³. Ai fini del discorso che si è svolto in questa sede, interessano però le sole disposizioni che toccano la qualificazione della relazione di cura e, conseguentemente, che regolano la responsabilità dei soggetti in tale relazione coinvolti. Di tali disposizioni si svolgerà quindi un esame che ne metta in luce le principali implicazioni, formulando poi delle considerazioni conclusive sulla configurazione della relazione di cura all'esito della riforma.

Preliminarmente si può comunque osservare, in via generale, che l'intervento legislativo interviene sul c.d. “diritto vivente”, ossia sulla configurazione dei rapporti e delle responsabilità così come delineati dalla

⁵⁶¹ In effetti per giustificare tale lettura il Tribunale è stato costretto a ritenere che il richiamo all'art. 2043 c.c. (che pure astrattamente sembrava valere per qualunque situazione in cui il medico si trovasse) non producesse alcun effetto laddove il sanitario fosse legato al paziente da un vero e proprio vincolo obbligatorio.

⁵⁶² V. infatti quanto scrive una diversa sezione del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 18 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, I, 2225 ss.), la quale critica l'orientamento in precedenza espresso dalla medesima Corte dal momento che esso, pur presupponendo che il legislatore agisca sempre «in modo consapevole e razionale», non poteva fare a meno di attribuirgli la «svista» di non aver distinto il caso in cui tra medico e paziente vi fosse un vero rapporto obbligatorio da quello in cui tale rapporto non vi fosse. Una tale interpretazione, si legge, «risultando sostanzialmente manipolativa della norma in esame (che in realtà tace sulle fattispecie di responsabilità contrattuale e non menziona la degenza ospedaliera o altro rapporto con [la] struttura sanitaria quale proprio presupposto di fatto), pare contrastare anch'essa con la presunzione di consapevolezza (...) e si presta, perciò, alla medesima critica che essa rivolge all'interpretazione fatta propria da Cass. n. 8940/2014 cit., che limita la portata della norma in parola alla riaffermazione del principio che, nel giudizio risarcitorio civile, diversamente che in quello penale, *et levissima culpa venit*».

⁵⁶³ Per un ampio commento all'intera riforma v. AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, Giuffrè, Milano, 2017.

giurisprudenza, e quindi su modelli costruiti sulla base di retaggi culturali e aspettative sociali (tipicamente: la necessaria responsabilità del singolo medico) e di conseguenza, come visto, non sempre incontrovertibili (basti richiamare quanto evidenziato circa l'applicazione del modello dell'obbligazione senza prestazione). Ciò, 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 un'evoluzione della giurisprudenza verso più convenienti soluzioni proprio dei problemi che il legislatore voleva risolvere⁵⁶⁴.

2. La relazione con la struttura sanitaria e la responsabilità di quest'ultima

La disposizione della l. n. 24/2017 che si occupa della relazione di cura e della conseguente responsabilità è l'art. 7⁵⁶⁵. La norma, espressamente definita come imperativa⁵⁶⁶, statuisce 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; ciò 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 rispetto a quella prettamente contrattuale)⁵⁶⁷. Ma la qualificazione della relazione di cura come rapporto

⁵⁶⁴ Critico nei confronti delle modalità dell'intervento legislativo (al di là della diversità di opinioni rispetto a quelle qui espresse) è CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., 465 ss., secondo il quale «se è vero che il legislatore, tramite l'imprecindibile 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».

⁵⁶⁵ Rubricato «Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria».

⁵⁶⁶ Per alcune considerazioni sulla qualificazione come «imperative» delle disposizioni dell'art. 7, l. cit., v. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, in *Studium iuris*, 7-8/2017, 787 ss. Ritene la predetta qualificazione un'«ombrosa e inelegante intimitazione» PARDOLESI, *Cbi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 3/2017, 265.

⁵⁶⁷ Particolarmente critico sulla qualificazione come contrattuale della relazione tra paziente e struttura sanitaria pubblica è ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 314, secondo il quale «a voler essere coerenti,

obbligatorio riveste un ulteriore duplice valore. Da un lato essa conferma la possibilità che anche una struttura organizzata possa assumere l'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 medica⁵⁶⁸. 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 promanasse da tale situazione, ignorandone clamorosamente la fonte provvedimentale (costituita dall'atto di ammissione al servizio pubblico) o, in alternativa (per le strutture private), negoziale⁵⁶⁹.

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.⁵⁷⁰, 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)⁵⁷¹. 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

interrogandosi sul consenso, sulla causa di tale contratto e sullo scambio che in ipotesi esso dovrebbe realizzare, si dovrebbe pervenire alla conclusione che non si tratta in nessun modo di un contratto difettando alcuni suoi requisiti essenziali».

⁵⁶⁸ Cfr. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, cit., 1454, che richiama MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., 505.

⁵⁶⁹ 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 paziente, 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 (...)».

⁵⁷⁰ 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.

⁵⁷¹ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., 453.

colpevole di questi ultimi⁵⁷². Ma resta comunque ridondante il richiamo 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 l'opzione riguardi l'ausiliario di quest'ultima che 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 contrattuale⁵⁷³: 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 quella di suoi ausiliari (non essendo immaginabile, in aggiunta al rapporto con la struttura, la creazione di un ulteriore vincolo obbligatorio con il singolo professionista⁵⁷⁴). 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 medicina generale) 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'ultima⁵⁷⁵. Lo

⁵⁷² Così QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 1/2017, 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*.

⁵⁷³ 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, CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., 470 e PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 264. Interpretano invece la disposizione in discorso nel senso espresso nel testo, FACCIOI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, in *Studium iuris*, 6/2017, 666 e CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, cit., 494, nt. 15.

⁵⁷⁴ Ritiene che medico e struttura possano risultare obbligati in solido all'esecuzione della medesima prestazione di cura (considerata indivisibile) CERDONIO CHIAROMONTE, *Op. ult. 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.

⁵⁷⁵ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., 470. Con specifico riferimento alla scelta del medico di medicina generale (c.d. medico di base) sia

stesso è a dirsi allorché il paziente si sia rivolto direttamente a un medico che operi stabilmente per conto di una determinata clinica, il quale accetti di curarlo all'interno di quest'ultima: anche in tal caso infatti sarebbe agevole concludere che, ancorché il primo contatto si sia instaurato con il sanitario, l'obbligazione viene assunta dalla struttura. 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 rispondere⁵⁷⁶.

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, comma 3, l. n. 24/2017* (disposizione che rinvia all'art. 2043 c.c., ma sulla cui interpretazione si avrà modo di soffermarsi), inevitabilmente sulla struttura sanitaria verrà 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 duplicazione.

2.1. Segue. *L'estensione (necessaria?) della regola generale di responsabilità a specifiche fattispecie. In particolare: le prestazioni svolte in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale*

Dopo aver individuato quella che si potrebbe definire la regola generale di responsabilità delle strutture sanitarie (ossia la responsabilità contrattuale), l'art. 7

consentito il rinvio a POMIATO, *Profili problematici e ricostruttivi in tema di responsabilità da «fatto illecito» del medico*, in *juscivile.it*, 8/2015, 452 ss.

⁵⁷⁶ 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 (del quale s'è detto in precedenza) 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. 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.

della l. n. 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 una "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 induzione 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 1⁵⁷⁷ (il quale, a sua volta, è esso stesso la riaffermazione di una regola già presente nell'ordinamento)⁵⁷⁸. 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 svolte 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:

⁵⁷⁷ Peculiare, comunque, è la fattispecie della libera professione intramuraria, sulla quale, però, si rimanda alle considerazioni che verranno svolte nel prosieguo della trattazione.

⁵⁷⁸ 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 tale regola è "estesa", ossia alla figura del medico convenzionato (e, all'interno di tale categoria, a quella del medico di medicina generale, scelto dal paziente all'interno di quelli messi a disposizione dall'azienda sanitaria).

medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici di continuità assistenziale (*ex* guardie mediche), specialisti ambulatoriali interni e altre professionalità sanitarie ambulatoriali (biologi, chimici, psicologi)⁵⁷⁹. Non 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* predeterminato⁵⁸⁰. 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 medicina generale 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)⁵⁸¹, è altrettanto vero che l'instaurazione di tale relazione è pur sempre oggetto degli obblighi che il professionista assume attraverso l'adesione alla convenzione⁵⁸², oltre che il modo in cui la struttura adempie ai propri obblighi

⁵⁷⁹ 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.

⁵⁸⁰ Per la verità fino al d.lgs. n. 229/1999 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. DALFINO, *Dal convenzionamento all'accreditamento istituzionale*, in *Foro it.*, 1999, I, 2931.

⁵⁸¹ Di relazione contrattuale tra medico di medicina generale e paziente parla ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., 29 ss.; anche ALPA, *La responsabilità medica*, 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 MIRIELLO – SARICA, *La responsabilità medico-sanitaria*, in *Le aziende sanitarie pubbliche*, a cura di C. MIRIELLO, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. L, Cedam, Padova, 2009, 118. Secondo PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, 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.

⁵⁸² L'art. 8, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 502/1992 prevede che il medico di medicina generale possa recusare l'assistito solo per «eccezionali ed accertati motivi di incompatibilità».

pubblicitici (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 incertezza⁵⁸³.

3. *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria operante all'interno di una struttura di cura: una fattispecie speciale e (apparentemente) sanzionatoria*

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. n. 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 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 cura⁵⁸⁴. 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 convenzionato⁵⁸⁵), 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

⁵⁸³ V. Cass., 27 marzo 2015, n. 6243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2015, I, 934 ss., con nota di PUCCELLA, *La responsabilità dell'ASL per l'illecito riferibile al medico di base*, cit. Per alcuni rilievi critici sull'argomentazione di questa pronuncia sia consentito il rinvio a POMIATO, *Profili problematici e ricostruttivi in tema di responsabilità da «fatto illecito» del medico*, cit., 447 ss.

⁵⁸⁴ Nel prosieguo del discorso, comunque, si farà talvolta riferimento, per comodità espositiva, alla figura del solo medico.

⁵⁸⁵ Non si comprende pertanto il dubbio di FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, 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.

all'applicazione dell'obbligazione senza prestazione⁵⁸⁶, 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 contrattuale⁵⁸⁷.

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

Per prima cosa, richiamando le considerazioni di ordine generale 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 in un certo senso “dentro” il contratto, perché l'interesse alla salute è quello che sorregge la

⁵⁸⁶ Di «assalto alla “cittadella” della responsabilità da contatto sociale» scrive SCOGNAMIGLIO C., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 6/2017, 746. Tuttavia 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. (*Op. cit.*, 249), «da 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».

⁵⁸⁷ Una ricostruzione alternativa della fattispecie in cui il vincolo obbligatorio sia 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 CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, 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 non dovrebbe rispondere *ex art.* 1228 c.c. (come potrebbe sembrare da un'interpretazione letterale dell'art. 7, comma 1, l. n. 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 PARDOLESI – SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 167, nt. 25.

finalità dell'obbligazione di cura⁵⁸⁸. Configurare una responsabilità aquiliana in capo a chi dà materialmente contenuto alla prestazione della struttura appare allora 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 2002⁵⁸⁹), 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: infatti, anche a ipotizzare in capo al sanitario la sussistenza di una responsabilità aquiliana, gli sarebbe comunque applicabile il principio dell'*immunité*, purché abbia agito *sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant*. 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 svolta.

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)⁵⁹⁰. La

⁵⁸⁸ Diverso sarebbe il caso della lesione alla salute che sia sì conseguenza dell'inadempimento, ma nel contesto di un contratto che non ha ad oggetto la protezione di quel bene.

⁵⁸⁹ V. infatti quanto si è osservato in precedenza sulla compatibilità del principio dell'*immunité* sancito dall'*arrêt Costedoat* (e poi applicato anche ai medici dipendenti) con le disposizioni della riforma del 2002.

⁵⁹⁰ Come infatti si vedrà *infra*, l'art. 10, comma 1, l. n. 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, comma 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 medesimo 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, comma 1, l. cit.), per cui non parrebbe fondata la preoccupazione (espressa da PALMIERI – 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 potrebbe ravvisarsi nella possibilità di dare rilevanza all'elemento soggettivo della responsabilità ai fini della quantificazione del danno (cfr.

responsabilità del singolo operatore sanitario *ex art. 7, comma 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, 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 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 (anche) 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 significa 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 responsabilità⁵⁹¹.

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

art. 7, comma 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 SCOGNAMIGLIO C., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, cit., 741; contrario, invece, FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, cit., 786 ss.). Sulla polifunzionalità della responsabilità civile nel nostro ordinamento v. la recente Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2017, 1399 ss., con nota di GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*.

⁵⁹¹ 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.

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 pubblica⁵⁹².

Le riflessioni appena esposte dimostrano dunque come risulti difficilmente praticabile la via di qualificare come effettivamente aquiliana la responsabilità personale introdotta dall'art. 7, comma 3, della riforma, e come invece appaia più opportuno ritenere che tale previsione costituisca una fattispecie di responsabilità speciale, ancorché assoggettata alle stesse regole di quella extracontrattuale⁵⁹³.

3.1. Segue. *Il problema della reviviscenza delle limitazioni di responsabilità*

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.

Il primo caso sarebbe 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). Senonché, 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

⁵⁹² 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.

⁵⁹³ 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. SCOGNAMIGLIO C., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, 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.

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 dipendente⁵⁹⁴. 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. n. 3/1957, richiamati dall'art. 28 del d.P.R. n. 761/1979. 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'applicazione di tali disposizioni⁵⁹⁵, 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. Onde evitare tale esito, sarebbe stato dunque più opportuno che il legislatore avesse introdotto, contestualmente alla responsabilità speciale del singolo sanitario, anche una disciplina che ne regolamentasse con precisione l'operatività.

4. La fattispecie delle prestazioni sanitarie rese in regime di libera professione intramuraria

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

⁵⁹⁴ V. in questo senso CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 196, nt. 102.

⁵⁹⁵ 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, comma 3, si riferisca alla responsabilità extracontrattuale vera e propria.

svolgerla, per la c.d. esclusività del rapporto di lavoro, ossia quel regime che, a fronte di talune limitazioni⁵⁹⁶, consente appunto di svolgere la 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 forniti⁵⁹⁷.

In secondo luogo andrebbe evidenziato che la fattispecie della prestazione resa in libera professione intramuraria si compone, a ben guardare, di una casistica abbastanza ampia⁵⁹⁸: 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 professionale⁵⁹⁹; 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

⁵⁹⁶ V. l'art. 15 *quinquies* del d.lgs. n. 502/1992. In particolare si prevede che l'attività libero professionale non 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 sforamento, 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*.

⁵⁹⁷ 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).

⁵⁹⁸ Cfr. le diverse tipologie individuate dall'art. 15 *quinquies*, comma 2, d.lgs. n. 502/1992. In argomento v., seppur in un contesto normativo non più interamente attuale, PRINCIGALLI, *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2003, 532 ss.

⁵⁹⁹ Laddove la prestazione sia chiesta all'azienda non è possibile la scelta dei 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, comma 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 che consiste 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, comma 2, CCNL 8 giugno 2000 della dirigenza medica e veterinaria del SSN).

dal paziente⁶⁰⁰. Ebbene, il regime di responsabilità previsto dalla riforma in tutte queste fattispecie sembra essere il medesimo: responsabilità contrattuale della struttura da un lato (*ex artt.* 1218 e 1228 c.c.) e responsabilità *ex art.* 7, comma 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 obbligatoria 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 pubblica⁶⁰¹. 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 contraente⁶⁰².

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

⁶⁰⁰ Nel caso di prestazioni d'*équipe*, infatti, il paziente può scegliere solo il capo *équipe* (c.d. primo operatore), al quale competerà l'individuazione degli altri componenti. È significativo che la legge (v. art. 15 *quinquies*, comma 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. PRINCIGALLI, *La libera professione dei medici ospedalieri*, cit., 537.

⁶⁰¹ Perplesso, di fronte all'applicazione della regola dell'art. 1228 c.c. anche alle prestazioni rese in libera professione intramuraria, si mostra ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria. (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2017, 1120.

⁶⁰² Critica la scelta normativa, pur prendendone atto, FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, 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 (cfr. ID., *L'attività libero-professionale del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: natura e responsabilità connesse*, in *Studium iuris*, 6/2004, 721 ss.). Rileva che nel caso della libera professione intramuraria il paziente andrebbe considerato «un "esterno"» ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, cit., 730, il quale però ritiene «ragionevole» la scelta normativa in ragione del fatto 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.

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 alla 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 altri⁶⁰³, anche al suo interno dovrebbe 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, comma 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 individuato⁶⁰⁴.

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

⁶⁰³ 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, svolge attività libero professionale. In questo caso, evidentemente il medico si troverà in rapporto contrattuale diretto con il paziente e risponderà autonomamente dell'eventuale inadempimento della propria prestazione, senza che sia in alcun modo invocabile alcuna responsabilità dell'azienda sanitaria.

⁶⁰⁴ In questo caso potrebbe allora dirsi che per essi, in quanto ausiliari del medico prescelto, rimarrebbe valida la responsabilità "speciale" (*ex art. 2043 c.c.*) del comma 3 dell'art. 7.

paziente la responsabilità per l'intera attività del gruppo (quando non anche per le carenze della struttura⁶⁰⁵) può risultare incongruo.

In effetti non sembra azzardato ipotizzare che nel caso di prestazioni intramurarie d'*équipe*, ancorché caratterizzate dalla scelta del capo *équipe* da parte del paziente, l'obbligazione della loro esecuzione venga comunque assunta dalla struttura, sì che la scelta dell'utente si riduca a scelta di un ausiliario, anziché dar vita a un autonomo rapporto obbligatorio. A questo proposito 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). In altri termini si potrebbe leggere la prestazione libero professionale intramuraria d'*équipe* piuttosto che come prestazione del singolo coadiuvato dalla struttura, come prestazione della struttura della quale è possibile predeterminare un elemento (l'identità di un operatore): anche in tal caso, allora (come si è detto può accadere per le strutture private) l'accettazione da parte del medico prescelto di eseguire la prestazione vincola, in realtà, la struttura⁶⁰⁶.

Ricapitolando, dunque, nel caso della libera professione intramuraria che veda il necessario coinvolgimento di un'*équipe*, l'obbligazione graverebbe pur

⁶⁰⁵ 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.

⁶⁰⁶ In effetti, anche Cass., 24 dicembre 2014, n. 27391, cit., 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.

sempre sulla struttura, il che giustificerebbe la previsione da parte della riforma della responsabilità contrattuale di quest'ultima⁶⁰⁷ (salvo solo forse interrogarsi sul significato che assumerebbe in tal caso il compenso che il paziente corrisponde ai sanitari⁶⁰⁸).

Il vero nodo problematico resterebbe quello delle prestazioni libero professionali intramurarie ambulatoriali, ossia quelle che coinvolgono solo limitatamente l'organizzazione della struttura⁶⁰⁹. 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 per il rapporto di lavoro non esclusivo). 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 fa 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 conclusione⁶¹⁰.

5. *Gli obblighi assicurativi: esclusioni giustificate e ingiustificate*

Delineato il quadro delle regole di responsabilità, è necessario ora dedicare alcune parole al profilo degli obblighi assicurativi, fatti oggetto dell'art. 10 della riforma.

⁶⁰⁷ 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*.

⁶⁰⁸ È pur vero, però, che sui sanitari graverebbe pur sempre la responsabilità speciale *ex art. 7, comma 3, l. n. 24/2017*.

⁶⁰⁹ Cioè per quanto riguarda la messa a disposizione dei locali, oppure per l'utilizzo di determinati macchinari o per il personale di supporto amministrativo.

⁶¹⁰ 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, comma 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, QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., 37.

Un primo rilievo di carattere generale che è possibile svolgere, è che la responsabilità in materia sanitaria che emerge dalla novella legislativa è una responsabilità necessariamente assicurata in tutte le sue forme⁶¹¹. Indubbiamente ciò costituisce un vantaggio sia per il danneggiato sia (laddove l'assicurazione è finalizzata a garantire il buon esito dell'azione di rivalsa) per le strutture, e ciò tanto dal punto di vista della garanzia del risarcimento, quanto dal punto di vista della (auspicabile) maggior speditezza nella gestione del contenzioso.

Tuttavia, in parte a motivo della peculiare configurazione delle responsabilità sul piano sostanziale (di cui s'è detto), in parte a causa della formulazione non cristallina del testo normativo, le disposizioni che riguardano gli obblighi assicurativi soffrono talora di alcune incongruenze, che si cercherà di risolvere in via interpretativa.

L'art. 10 prevede un doppio obbligo assicurativo per le strutture sanitarie (tanto pubbliche che private)⁶¹².

Il primo obbligo riguarda la responsabilità civile della struttura (verso terzi e verso i prestatori d'opera), per i danni cagionati dal personale operante presso di essa a qualunque titolo. L'ampia dizione della disposizione lascia intendere che l'obbligo in parola ricomprenda tanto la responsabilità contrattuale che quella aquiliana⁶¹³. La norma precisa poi che l'obbligo per la struttura di assicurare la propria responsabilità vale anche per le prestazioni sanitarie erogate in regime di libera professione intramuraria, in regime di convenzione con il SSN, nonché attraverso la telemedicina.

Il secondo obbligo assicurativo riguarda invece la responsabilità personale dei sanitari di cui la struttura si serve (responsabilità speciale, secondo la lettura qui proposta). La disposizione non brilla per chiarezza, dal momento che l'obbligo assicurativo è riferito alla responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie «anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al

⁶¹¹ Si è tuttavia evidenziato che la riforma, se da un lato ha previsto per sanitari e strutture l'obbligo di assicurarsi, dall'altro non ha posto per le imprese di assicurazione un correlativo obbligo a contrarre, così come invece previsto in materia di responsabilità da circolazione dei veicoli (in questo senso v. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 3/2017, 269 ss., il quale fornisce le possibili ragioni di tale scelta, evidenziando però al contempo che «la mancanza di un'assicurazione bilateralmente obbligatoria costituisce il vero *impasse* della legge». Sulla stessa linea PALMIERI – PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, cit., 200).

⁶¹² Per la precisione il testo normativo prevede che le strutture sanitarie possano adottare, in alternativa alla copertura assicurativa, «altre analoghe misure»: il riferimento è tipicamente alla ritenzione del rischio con contestuale accantonamento di appositi fondi.

⁶¹³ In particolare vi rientrerebbe la responsabilità *ex art.* 2049 c.c. ove si qualifichi come extracontrattuale la responsabilità diretta del singolo operatore sanitario *ex art.* 7, comma 3, l. n. 24/2017.

comma 3 dell'articolo 7»⁶¹⁴. Si tratta comunque di una copertura necessaria per le sole ipotesi (rare, si crede) in cui il paziente danneggiato agisca solamente contro il medico⁶¹⁵, e che è esclusa per talune categorie di sanitari⁶¹⁶. Precisamente la copertura per la responsabilità *ex art. 7, comma 3*, non opera: per l'operatore che svolga la propria attività al di fuori delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private; per l'operatore che presti la sua opera all'interno di tali strutture (ma) in regime libero-professionale e infine per l'operatore che si avvalga delle strutture nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente ai sensi dell'art. 7, comma 3, della riforma. Non sempre però, è chiaro il fondamento di tali esclusioni.

Quanto all'esclusione dalla copertura per il sanitario che svolga la propria attività al di fuori delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private, è da ritenere che non avrebbe senso riferire tale esclusione agli operatori totalmente estranei alla struttura (ché sarebbe ovvio che in relazione alla loro attività non vi è obbligo di copertura assicurativa): in effetti l'obbligo assicurativo è posto pur sempre con riferimento alla responsabilità di cui all'art. 7, comma 3, cioè alla responsabilità individuale di soggetti dei quali la struttura si avvale, per cui anche l'esclusione dall'obbligo assicurativo dovrà riferirsi a questo tipo di soggetti. La circostanza che il sanitario svolga la propria attività al di fuori della struttura pare allora indicare la situazione, propria del solo settore pubblico, in cui il medico dipendente abbia optato per il rapporto di lavoro c.d. non esclusivo, ossia quello che gli consente di esercitare la libera professione all'esterno dei locali della struttura (c.d. attività *extra moenia*). La prima categoria di situazioni escluse dall'obbligo assicurativo riguarderebbe allora, correttamente, le prestazioni erogate da medici sì dipendenti di struttura pubblica, ma nell'esercizio di attività libero-professionale svolta all'esterno dell'azienda sanitaria⁶¹⁷.

Diversamente invece da quella appena trattata, la fattispecie di esclusione dalla copertura assicurativa per l'operatore sanitario che presta la propria opera in

⁶¹⁴ L'utilizzo del termine «anche» lascerebbe supporre che oltre alla responsabilità individuata dal comma 3 dell'art. 7 ve ne sia un'altra, pure oggetto dell'obbligo assicurativo. Non si comprende però di quale forma di responsabilità possa trattarsi.

⁶¹⁵ Anche se, pur laddove il paziente si rivolga solamente contro il sanitario, se si qualifica come aquiliana la responsabilità di quest'ultimo sulla struttura graverebbe pur sempre la responsabilità *ex art. 2049 c.c.*

⁶¹⁶ In realtà non è chiaro se la struttura possa comunque offrire la garanzia (pur senza esserne obbligata); tuttavia l'individuazione della casistica cui le esclusioni si riferiscono e l'indicazione della circostanza che i sanitari esclusi dalla copertura della struttura debbono provvedere ad assicurarsi autonomamente, lasciano ritenere che ciò non sia possibile.

⁶¹⁷ Per di più in questi casi l'esclusione dall'obbligo di copertura assicurativa è tanto più motivata dal fatto che il medico entra con il paziente in un rapporto contrattuale.

regime libero-professionale all'interno della struttura desta perplessità⁶¹⁸. In effetti, se la norma si riferisse a operatori dei quali la struttura si avvale (come può in effetti fare) nell'adempimento delle proprie obbligazioni, non si vedrebbe perché non debba valere anche in loro favore l'obbligo di copertura assicurativa per la responsabilità *ex art. 7, comma 3*, così come vale per il personale dipendente⁶¹⁹. Né pare possibile ritenere che il riferimento al carattere libero-professionale dell'attività sottintenda situazioni nelle quali il sanitario abbia concluso con il paziente un autonomo contratto di cura, dal momento che questa eventualità è il presupposto della terza fattispecie di esclusione dall'obbligo assicurativo. Con riguardo al caso in esame è solo possibile rilevare che l'individuazione del fondamento dell'esclusione della copertura assicurativa nella tipologia del rapporto di lavoro del sanitario anziché nella circostanza che la struttura si avvalga oppure no di quest'ultimo (come invece sarebbe opportuno fosse), ricorda quanto accade nell'ordinamento francese, ove il medico libero professionista che lavora in una struttura che pur di lui si avvalga risponde sempre, in quanto tale, in via contrattuale verso il paziente.

Particolari problemi non comporta infine l'ipotesi dell'operatore che si avvalga della struttura nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente ai sensi dell'*art. 7, comma 3*. La presenza della relazione contrattuale, infatti, è l'elemento che esclude la responsabilità speciale prevista da quella disposizione.

⁶¹⁸ Il caso dell'operatore sanitario che lavori all'interno di una struttura con rapporto libero-professionale può verificarsi sia nelle strutture private che in quelle pubbliche. Con riguardo a queste ultime, non è chiaro se la disposizione si riferisca anche a quei sanitari (medici specialisti ambulatoriali interni – cc.dd. SAI –, biologi, chimici e psicologi) che prestano la propria attività non già in virtù di un contratto di lavoro subordinato, bensì in base a una convenzione. Una tale interpretazione però parrebbe da escludere, perché ove la legge ha inteso riferirsi al personale convenzionato lo ha fatto esplicitamente, e comunque sarebbe assurda nei loro confronti l'esclusione dalla copertura assicurativa, dal momento che si tratta di personale del quale la struttura si avvale allo stesso modo di come si avvale dei dipendenti.

⁶¹⁹ Inoltre va ricordato che per le medesime categorie di sanitari per i quali è escluso l'obbligo di copertura assicurativa per la responsabilità personale è esclusa anche la limitazione nel *quantum* (calcolata sulla base della retribuzione annua) per l'eventuale azione di rivalsa della struttura (privata) o di responsabilità amministrativa della Corte dei Conti (non essendo evidentemente a questi soggetti corrisposta una retribuzione fissa); la limitazione è però prevista per il personale convenzionato (v. *art. 9, comma 5*), il che fa dunque ritenere che esso non rientri tra i soggetti per i quali è esclusa l'assicurazione della responsabilità personale. Per l'analisi della fattispecie della rivalsa (da parte della struttura privata) nei confronti dei sanitari liberi professionisti v. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, cit., spec. 777 ss.

6. Considerazioni conclusive sul modello di responsabilità disegnato dalla riforma del 2017

Alcune luci e tante ombre.

La riforma introdotta con la l. n. 24/2017 indubbiamente contribuisce a fare chiarezza sulla configurazione di talune modalità di erogazione di prestazioni sanitarie, anche cristallizzando soluzioni già elaborate dalla giurisprudenza⁶²⁰.

D'altra parte, però, la riforma ha lasciato aperti alcuni interrogativi, dal momento che a prima vista parrebbe pretendere di qualificare la natura della responsabilità eludendo la qualificazione del rapporto (sottraendo così il compito all'interprete⁶²¹), 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 incerto⁶²². 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 sanitario⁶²³.

⁶²⁰ 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).

⁶²¹ Cfr. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, 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 SCOGNAMIGLIO C., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, 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».

⁶²² Per i possibili problemi relativi alle domande risarcitorie già proposte in base all'assetto di regole (pur giurisprudenziali) anteriore alla riforma, v. SCOGNAMIGLIO C., *Op. ult. cit.*, 748.

⁶²³ Cfr. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, 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

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 portato 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 risarcitorio⁶²⁴.

Su tale soluzione si potrebbe credere abbia esercitato la sua influenza il modello francese risultante dalla riforma del 2002. Tuttavia quel modello è assai lontano dalla realtà italiana. In Francia, come visto, il legislatore ha introdotto un congegno che (al netto delle prese di posizione di taluna dottrina) si dimostra neutro in relazione alla qualificazione del rapporto tra le parti, e quindi lascia intatto, sotto questo profilo, il ruolo dell'interprete. Inoltre il legislatore francese non solo ha espressamente previsto un regime di responsabilità oggettivo⁶²⁵ (questo sì speciale) per talune specifiche ipotesi di danno (le infezioni nosocomiali e il danno da prodotti difettosi⁶²⁶), ma ha anche introdotto un sistema di

ausiliari a responsabilità diretta». Anche GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria in Italia: chi vince e chi perde?*, in *Contr.*, 4/2017, 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 FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, cit., 781 ss.

⁶²⁴ Peraltro 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 supporterà 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. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, cit., 769 ss.

⁶²⁵ Fatta salva la prova, da parte della struttura, di una *cause étrangère*.

⁶²⁶ PARDOLESI (*Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 264) manifesta il timore che, in assenza di una regola speciale per i casi di infezioni nosocomiali, il danno rischi di rimanere in capo al paziente.

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 processo). Né va dimenticato che nel contesto francese il *médecin salarié*, secondo un'impostazione giurisprudenziale confermata dalla riforma del 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)⁶²⁷, 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 quel modello si è già detto in precedenza. Qui si può solo aggiungere che esso non regge perché non può reggere il suo presupposto, ossia la netta separazione tra la prestazione del sanitario e quella della struttura⁶²⁸: 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

⁶²⁷ 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.

⁶²⁸ Nel senso invece della separazione (pur nel contesto della vigenza del decreto “Balduzzi”) v. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, cit., 129, spec. 135.

del medico), dal momento che la struttura potrebbe soccombere, pur avendo l'operatore agito correttamente, per non essere riuscita a dimostrare l'esatto adempimento (gravando su di essa il rischio della c.d. "causa ignota") e il sanitario potrebbe andare esente da responsabilità, non riuscendo l'attore a dimostrarne la colpa⁶²⁹.

⁶²⁹ 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 PARDOLESI, *Chi vince e chi perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, 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).

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Atlante di diritto privato comparato*, 5° ed., a cura di F. GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2011.

AA. VV., *Droit médical et hospitalier*, sous la direction scientifique de C. BERGOIGNAN-ESPER, LexisNexis, Paris.

AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, Giuffrè, Milano, 2017.

ALBANESE A., *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Libellula, Tricase, 2014.

ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1955.

ALPA G., *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 3/2017, 728.

ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2/1999, 315.

AMATO C., *Affidamento e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012.

ASTONE A., *Profili civilistici della responsabilità sanitaria. (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2017, 1115.

BACACHE-GIBEILI M., *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de C. LARROUMET), t. 5, 3^e éd., Economica, Paris, 2016.

BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011.

BECQUÉ É., *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, in *RTD civ.*, 1914, 251.

BELLIVIER F. – ROCHFELD J., *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.

BENATTI F., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, UTET, Torino, 1991.

- BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342.
- BENVENUTI M., *Commento sub art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, UTET, Torino, 2006.
- BERT D., *Feue l'arrêt Mercier!*, in *Rec. Dalloz*, 2010, 1801.
- BETTI E., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I-III, Giuffrè, Milano, 1953-1955.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2° ed., Zanichelli, Bologna, 1979.
- BRECCIA U., *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in *Diritto e crisi*, Atti del convegno di studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda, a cura di A. LUMINOSO, Giuffrè, Milano, 2016.
- BREDA R., *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 3/2014, 768.
- BUSNELLI F. D., *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2014, 9.
- BUSNELLI F. D., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41.
- CAFAGGI F., voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1998.
- CALAMANDREI P., *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, IV, 281.
- CALVO R., *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 3/2017, 453.

CANARIS C. W., *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2017, 1.

CANARIS C. W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Cedam, Padova, 2003.

CANARIS C. W., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, (Monaco, 1983), trad. it. a cura di A. di Majo e M. R. Marella, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/1983, 567 e 4/1983, 793.

CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 4/2003, 367.

CARUSI F., voce *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962.

CASSETTA E., *La responsabilità degli ospedali e dei sanitari ospedalieri*, in *Gli ospedali e le farmacie*, a cura di P. BODDA, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, *L'ordinamento sanitario*, 2, Neri Pozza, Vicenza, 1967.

CASSETTA E., voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1997.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

CASTRONOVO C., *Il danno biologico a causa di morte. Aspettando la Corte costituzionale*, in *Vita not.*, 1994, 551.

CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2/2016, 293.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2006.

CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2011, 55.

CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 1/2004, 69.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA. VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, 147.

- CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123.
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, Milano, 1979.
- CASTRONOVO C., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 3/2009, 679.
- CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958.
- CATTANEO G., *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, 9.
- CAYLA O. – THOMAS Y., *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche* (Parigi, 2002), trad. it. di L. Colombo, Giuffrè, Milano, 2004.
- CECCHERINI G., *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità (artt. 1228-1229)*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2003.
- CERDONIO CHIAROMONTE G., *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2017, 489.
- CHABAS F., note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, in *Gaz. Pal.*, 1992, *juris.*, 503.
- CLARICH M., *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, 175.
- CONTE G., *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contr.*, 7/2010, 707.
- COPPARI S., *Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente*, in *Foro it.*, 1993, I, 264.
- CORSARO L., *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2003.
- CRISAFULLI V. – PALADIN L., *Commento sub art. 28*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990.

D'ADDA A., *Commento sub art. 1228*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, UTET, Torino, 2013.

D'ADDA A., *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2016, 279.

D'ADDA A., *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 6/2017, 769.

DALFINO D., *Dal convenzionamento all'accreditamento istituzionale*, in *Foro it.*, 1999, I, 2931.

DE MARTINI A., *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1223.

DE MATTEIS R., *La responsabilità in ambito sanitario*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, vol. II, Cedam, Padova, 2009.

DE MATTEIS R., *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impr.*, 1/2014, 123.

DE MATTEIS R., *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XLVI, Cedam, Padova, 2007.

DE ROSA R., *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. mer.*, 1999, 1148.

DI CIOMMO F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, 3332.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Zanichelli, Bologna, 1988.

DI MAJO A., *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa dir. priv.*, 1/2015, 1.

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 4/1999, 446.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 2003.

DREIFUSS-NETTER F., *Fene la responsabilité civile contractuelle du médecin?*, in *Resp. civ. assur.*, 10/2002, 4.

- FACCIOLI M., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, in *Studium iuris*, 6/2017, 659 e 7-8/2017, 781.
- FACCIOLI M., *L'attività libero-professionale del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: natura e responsabilità connesse*, in *Studium iuris*, 6/2004, 720.
- FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004.
- FALCIMAIGNE CH., note sous Cass. civ. 3 marzo 1926, in *Rec. Dalloz*, 1927, 1, 93.
- FAVALE R., *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 3/2014, 693.
- FIORI A., *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/1996, 899.
- FLOUR J. – AUBERT J.-L. – SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Sirey, Paris, 2015.
- FORZIATI M., *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 653.
- FRANZONI M., *Il danno morale ed il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 7/2009, 581.
- FRENDI D. M., *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, 2^o ed., Cedam, Padova, 2013.
- GABRIELLI A., *La r.c. del professionista: generalità*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, *Responsabilità contrattuale*, vol. VI, UTET, Torino, 1998.
- GALGANO F., *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 710.
- GAMBINO F., *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, UTET, Torino, 2015.
- GAZZARA M., *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno resp.*, 3/2009, 279.

- GIORGIANNI M., *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, vol. I, Vincenzo Muglia, Catania, 1945.
- GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, LEH, Bordeaux, 2008.
- GNANI A., *La responsabilità solidale (art. 2055)*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2005.
- GORGONI M., *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità "sanitaria"*, in *Resp. civ. prev.*, 4-5/2000, 952.
- GRANELLI C., *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 1/2016, 22.
- GRANELLI C., *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria in Italia: chi vince e chi perde?*, in *Contr.*, 4/2017, 377.
- GRONDONA M., *La responsabilità del medico per emotrasfusione infetta*, in *Resp. civ.*, 11/2010, 732.
- GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2017, 1392.
- GROUDEL H., note sous Cass. 1^{re} civ., 12 luglio 2007, n. 06-12.624 et n. 06-13.790 in *Resp. civ. assur.*, 11/2007, 31.
- GROUDEL H., *Revirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés*, in *Resp. civ. assur.*, 5/2000, 7.
- HAUPT G., *Sui rapporti contrattuali di fatto* (Lipsia, 1941), trad. it. di G. Varanese, Giappichelli, Torino, 2012.
- HONTEBEYRIE A., *La responsabilité des cliniques du fait des médecins: à propos de deux solutions singulières*, in *Rec. Dalloz*, 2004, 81.
- IAMICELI P., *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 3/2000, 374.
- JOURDAIN P., *La responsabilité du fait d'autrui en matière médicale*, in *Petites Affiches*, 22 settembre 1999, n. 189, 29.

- JOURDAIN P., note sous Cass. 1^{re} civ. 3 juin 2010, in *RTD civ.*, 2010, 571.
- JOURDAIN P., obs. sous Cass. 1^{re} civ. 13 novembre 2002, in *Rec. Dalloz*, 2003, *juris.*, 460.
- KLESTA L., *La responsabilità medica in Francia: l'epilogo di un percorso movimentato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9/2013, 479.
- LAMBO L., *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in *Foro it.*, 2017, V, 242.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007.
- LANOTTE A., *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3332.
- LEPRE A., *La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Giuffrè, Milano, 2011.
- MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Jovene, Napoli, 1958.
- MALAURIE P. – AYNÈS L. – STOFFEL-MUNCK P., *Droit civil. Les obligations*, 7^e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2015.
- MANNA L., *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO e M. TALAMANCA, vol. I, t. III, Cedam, Padova, 2010.
- MARELLA M. R., *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, a cura di C. A. GRAZIANI, ESI, Napoli, 2007, 175.
- MARELLA M. R., *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2013, 35.
- MATTINA L., *“Legge Balduzzi”: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*, in *Danno e resp.*, 1/2015, 47.
- MATTINA L., *“Legge Balduzzi”: natura della responsabilità civile del medico*, in *Danno e resp.*, 6/2014, 638.
- MAZEAUD H., *Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle*, in *RTD civ.*, 1929, 551.

MAZZAMUTO S., *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.*, 3/2009, 589.

MAZZAMUTO S., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 1/2011, 121.

MAZZAMUTO S., *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 2/2000, 501.

MÉMETEAU G., *Contrat hospitalier et obligation de soins*, in *RDSS*, 3/1988, 517.

MÉMETEAU G. – GIRER M., *Cours de droit médical*, 5^e éd., LEH, Bordeaux, 2016.

MÉMETEAU G., *La responsabilité médicale de la clinique privée*, in *RDSS*, 1/1997, 96.

MENGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507.

MENGONI L., *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156, ora anche in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, 53.

MENGONI L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, vol. I, 185, 280, 366.

MENGONI L., *Profili di una revisione critica della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 3, ora anche in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, 385.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, vol. II, 360, ora anche in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, 267.

MENGONI L., voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072. ora anche in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011, 299.

MERUSI F. – CLARICH M., *Commento sub art. 28*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 1991.

MIRIELLO C. – SARICA I., *La responsabilità medico-sanitaria*, in *Le aziende sanitarie pubbliche*, a cura di C. MIRIELLO, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. I, Cedam, Padova, 2009.

MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2008.

MONATERI P. G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. (Analisi comparata di un problema)*, Cedam, Padova, 1989.

MONATERI P. G., voce *Cumulo di azioni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. III, UTET, Torino, 1992.

MUSOLINO G., *Contratto d'opera professionale (artt. 2229-2238)*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2014.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XVI, t. 2, *Il comportamento del debitore*, Giuffrè, Milano, 1984.

NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 7/2010, 728.

NAVARRETTA E., *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 7-8/2011, 1453.

NAVARRETTA E., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. IV, t. III, Giuffrè, Milano, 2009.

NAVARRETTA E., Δίκαιον come νόμιμον e δίκαιον come ἴσον: *riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, I, Giuffrè, Milano, 2008.

NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936.

NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 8-9/2008, 871.

NIVARRA L., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2014, 45.

NIVARRA L., *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2012, 475.

NIVARRA L., *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2/2000, 513.

NIVARRA L. – RICCIUTO V. – SCOGNAMIGLIO C., *Diritto privato*, 3° ed., Giappichelli, Torino, 2016.

ONNIS CUGIA F., *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 5/2016, 1751.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, 197.

PARADISO M., *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2001, 325.

PARADISO M., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 7/2009, 703.

PARDOLESI R., *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 3/2017, 261.

PARDOLESI R. – SIMONE R., *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 161.

PATTI S. (a cura di), *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. it., Giuffrè, Milano, 2013.

PERETTI GRIVA D. R., *Sul concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 275.

PISANI P., *La prestazione del medico ospedaliero nel sistema delle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2012, 495.

POMIATO R., *Profili problematici e ricostruttivi in tema di responsabilità da «fatto illecito» del medico*, in *juscivile.it*, 8/2015, 447.

PONTRELLI E., *Danno alla persona da responsabilità professionale medica: nuovi indirizzi (colpa lieve? no fault?)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 467.

PONZANELLI G., *L'applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2013, 145.

PONZANELLI G., *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 8-9/2016, 816.

PONZANELLI G., *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 3/2017, 268.

PORCHY-SIMON S., *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, Paris, 2002.

PRINCIGALLI A., *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2003, 532.

PRINCIGALLI A., *La responsabilità del medico*, Jovene, Napoli, 1983.

PUCELLA R., nota a Cass. civ. n. 2144/1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604.

QUADRI E., *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 1/2017, 27.

RADÉ C., *Le limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt Costedoat)*, in *Resp. civ. assur.*, 10/2000, 6.

RADÉ C., note sous CA Paris 1^{re} ch., sect. B, 20 janvier 2006, in *Resp. civ. assur.*, 11/2006, 21.

REBUT D., *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui e de son caractère autonome*, in *RRJ*, 2/1996, 409.

RICCA L., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Giuffrè, Milano, 1965.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

ROSSELLO C., *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 317.

- RUFFOLO U., *Sull'applicazione dell'art. 2050 c.c. all'attività sanitaria*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, 89.
- RUFFINI GANDOLFI M. L., *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 7-8/2013, 293.
- SACCO R., *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Giuffrè, Milano, 1984, 155.
- SANNA P., *Osservazioni critiche in tema di contratto di ospedalità*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/1998, 1554.
- SANTILLI M., *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982, 181.
- SARGOS P., note sous Cass. 3 giugno 2010, in *Rec. Dalloz*, 2010, 1522.
- SAVATIER E., *La responsabilité de la clinique en raison de la faute du médecin*, in *Rec. Dalloz*, 1999, I, *juris.*, 719.
- SAVATIER J., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, in *JCP G*, 1991, II, 21730.
- SCHIANO DI PEPE G., voce *Società e associazioni tra professionisti e artisti*, in *Enc. Giur. Trecani*, XXIX, Roma, 1993.
- SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 6/2013, 1988.
- SCOGNAMIGLIO C., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 6/2017, 740.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, UTET, Torino, 1968.
- SINESIO D., *Le obbligazioni soggettivamente complesse. Obbligazioni solidali e parziarie, divisibili e indivisibili*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. III, t. I, Giuffrè, Milano, 2009.
- TERRÉ F. – SIMLER P. – LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2013.

- THIENE A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2000, I, 343.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.
- TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- VENOSTA F., *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2014, 109.
- VETTORI G., *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e Mercato*, 4/2013, 351.
- VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, *Rimedi*, t. 2, Giuffrè, Milano, 2006.
- VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), 3^e éd., LGDJ, Paris, 2006.
- VINEY G. – JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), 3^e éd., LGDJ, Paris, 2006.
- VINEY G. – JOURDAIN P. – CARVAL S., *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN), 4^e éd., LGDJ, Paris, 2013.
- VINEY – JOURDAIN, *L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?*, in *JCP G*, 1997, I, 4016.
- VINEY G., obs. sous Cass. ass. plén., 25 febbraio 2000, in *JCP G*, 2000, I, 241, 1244.
- VISINTINI G., *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 3/2015, 530.
- ZACCARIA A., *“Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *juscivile.it*, 3/2017, 185.
- ZACCARIA A., *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 77.
- ZACCARIA A., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2015, 344.

ZACCARIA A., *Rappresentanza apparente e “contatto sociale”: considerazioni circa il ruolo dell’affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium iuris*, 10/2016, 1161.

ZAMBRANO V., *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, ESI, Napoli, 1993.

ZANA M., *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, Milano, 1993.

ZENO-ZENCOVICH V., *Per una «riscoperta» della rendita vitalizia ex art. 2057 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/1999, 131.

ZENO-ZENCOVICH V., *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2008, 297.

ZWEIGERT K. – KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, ed. italiana a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2011.