



ROBERTO POMIATO

*Dottorando di ricerca in Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia*

## PROFILI PROBLEMATICI E RICOSTRUTTIVI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DA «FATTO ILLECITO» DEL MEDICO

*SOMMARIO: 1. La sentenza e il problema. – 2. Il contesto di riferimento. – 3. L'orientamento precedente. Osservazioni sull'accostamento dell'art. 2049 c.c. all'art. 1228 c.c. – 4. Segue. Il ruolo della scelta dell'assistito. – 5. Il medico di base quale ausiliario dell'Ente e l'obbligazione ex lege. – 6. La qualificazione della responsabilità del medico. – 7. Segue: La responsabilità solidale e il contenuto della condotta del medico in rapporto alla prestazione dell'Ente. – 8. Sguardi prospettici.*

1. – La sentenza da cui queste pagine prendono le mosse costituisce l'epilogo di una vicenda iniziata il 1° dicembre 1997, quando una signora chiese l'intervento del medico di famiglia in favore del proprio marito, il quale presentava sintomi di ischemia cerebrale. Il medico intervenne solamente nel pomeriggio del giorno successivo, prescrivendo delle cure che si rivelarono poi del tutto inadeguate, non impedendo l'insorgenza nel paziente di un attacco ischemico e la successiva paralisi della parte sinistra del corpo.

La coppia convenne allora in giudizio sia il medico sia l'Azienda Sanitaria Locale (ASL) con la quale il sanitario era convenzionato, ritenendola corresponsabile dell'operato del medesimo.

Con sentenza non definitiva del febbraio 2007 il Tribunale di Torino affermò la responsabilità del medico e nel marzo 2008, a seguito di supplemento di CTU, condannò in via definitiva quest'ultimo in solido con l'ASL al risarcimento dei danni in favore dei coniugi.

La decisione fu impugnata sia dal medico sia dall'Azienda Sanitaria. Con la sentenza 22 dicembre 2011, n. 1830, la Corte d'appello di Torino da un lato confermò la condanna al risarcimento del danno a carico del medico, e dall'altro riformò la pronuncia di primo grado escludendo la concorrente responsabilità dell'Ente sanitario sotto tre diversi profili:

– con riguardo all'art. 1228 c.c. perché non vi sarebbe alcun rapporto diretto (contrattuale o anche solo per “contatto”) tra il paziente e l'ASL, prevedendo la legge in capo a essa (con riguardo ai medici di base) solo compiti *organizzativi* e non anche obblighi «aventi ad oggetto il contenuto della prestazione professionale»<sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> Più precisamente, secondo la Corte d'appello, affinché vi possa essere un tale rapporto diretto (per contratto o “contatto”) tra paziente e struttura, servirebbe almeno che quest'ultima avesse «conoscenza (...) del fatto che il paziente vi viene ricoverato». Così affermando, però, la Corte incorre in un duplice equivoco. In primo luogo sembra ritenere che il rapporto diretto del paziente con l'Ente sia da escludersi per il solo fatto che il medico di base non sarebbe parte della struttura ospedaliera, intesa evidentemente quest'ultima come comprensiva dei soli ospedali (c.d. *presidi ospedalieri*): una visione, come si dirà, probabilmente agganciata all'idea che la “struttura” (e quindi l'Ente) possa esistere solo ove siano possibili vigilanza, controllo e direzione. In



– con riguardo all’art. 2049 c.c. perché non sarebbe ravvisabile, tra ASL e medico convenzionato, un rapporto di preposizione, operando tale medico alla stregua di un libero professionista, «scelto dal paziente in piena libertà», senza che l’Azienda possa esercitare sul medesimo alcun potere di vigilanza, controllo o direzione;

– con riguardo a un rapporto di immedesimazione organica, essendo il rapporto di lavoro che lega il medico di base all’Ente non già di tipo dipendente, bensì convenzionato, né essendo il medico chiamato a «estrinsecare all’esterno la volontà dell’ente», o soggetto a direttive di quest’ultimo.

Contro la predetta sentenza hanno proposto ricorso per cassazione i soli coniugi, denunciando la violazione e/o falsa applicazione sia dell’art. 1228 c.c. che dell’art. 2049 c.c. Pertanto in sede di legittimità la responsabilità del sanitario risultava già accertata e qualificata in via definitiva, trattandosi solo di esaminare la corresponsabilità dell’ASL<sup>2</sup>.

La Corte di cassazione, con la pronuncia 27 marzo 2015, n. 6243, ha ribaltato in parte la sentenza di secondo grado, affermando nuovamente la concorrente responsabilità dell’Azienda Sanitaria con quella del medico, ritenendo applicabile l’art. 1228 c.c. a motivo della sussistenza di un rapporto obbligatorio diretto tra ASL e paziente. In particolare la Corte di legittimità, attraverso un lungo percorso argomentativo, ha dimostrato l’esistenza, a carico dell’ASL e nei confronti del paziente-utente del SSN, di un’obbligazione *ex lege*, che viene adempiuta dall’Ente pubblico attraverso propri ausiliari, del cui operato pertanto esso risponde.

2. – Prima di addentrarsi nell’analisi della pronuncia e di sviluppare alcune conseguenti riflessioni, è opportuno premettere alcuni cenni sull’organizzazione dell’erogazione dell’assistenza medico-generica, onde comprendere quali siano i problemi affrontati in questi anni dalla giurisprudenza.

L’art. 14 co. 3 lett. *h*) della l. 23 dicembre 1978, n. 833, prevede, quale compito delle (allora) USL (ora ASL), quello di provvedere alla «assistenza medico-generica»; l’art. 25 della legge citata prevede che tale assistenza (così come quella pediatrica) sia prestata da «personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino». Detta assistenza è in concreto erogata dai medici di medicina generale, più noti come “medici di base” o “di famiglia” e dai pediatri di libera scelta, il cui rapporto con l’Ente sanitario è di natura convenzionata, regolato da appositi Accordi Collettivi

---

secondo luogo la Corte pare alludere alla possibilità che si instauri un “contatto sociale” tra paziente e struttura, mentre invece non v’è dubbio che a fondamento della responsabilità di quest’ultima c’è l’inadempimento di una vera e propria obbligazione, derivante da contratto o, come ritiene la sentenza da cui queste pagine prendono le mosse, sussistente *ex lege*.

<sup>2</sup> Non si è posta pertanto alcuna questione, anche solo interpretativa, legata al sopravvenuto art. 3, co 1, l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi).



Nazionali (AA.CC.NN.)<sup>3</sup>, e da qualificare pertanto come rapporto di lavoro autonomo «parasubordinato»<sup>4</sup>, distinto sia dal rapporto di lavoro subordinato, sia dalla libera professione, che pure il medico può esercitare (nei limiti dell'art. 8 lett. c) del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502). Nell'ambito di tale rapporto il medico convenzionato può organizzare l'erogazione dell'assistenza con una certa libertà, nel rispetto di quanto previsto dai diversi AA.CC.NN., mentre all'Ente compete la vigilanza sul rispetto dei requisiti prescritti<sup>5</sup>, nonché la corresponsione della retribuzione al medico, in ragione (prevalentemente, pur se non è l'unico criterio) del numero degli assistiti.

Riassunto dunque il contesto normativo, è più facilmente comprensibile il percorso logico seguito dalla Corte: l'assistenza medico-generica rientra, *ex art. 25*, co. 1, l. 23 dicembre 1978, n. 833, nelle «prestazioni curative» cui ha diritto il cittadino, quale «utente» del SSN<sup>6</sup> e al quale è assicurato il «diritto alla libera scelta del medico» pur se «nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitari» (essendo tale scelta «ristretta» ai soli medici che l'Ente metta a disposizione per il territorio di residenza dell'assistito). Detta scelta, tuttavia, produce effetti nei soli confronti dell'Ente, essendo il sanitario obbligato a eseguire la prestazione di cura in virtù del solo rapporto di convenzione, senza poterla rifiutare<sup>7</sup>. Il medico convenzionato, inoltre, è retribuito dall'Ente<sup>8</sup>, le cui risorse finanziarie sono costituite da contributi a carico della fiscalità generale che hanno natura di *imposta* e non di *tassa* (e classificabili tra le imposte sui redditi). Ebbene, affermano i giudici, da un tale impianto normativo, che non è mutato a seguito delle successive riforme che hanno interessato la materia<sup>9</sup> (poiché ora l'assistenza medico-generica è pur sempre ricompresa nei L.E.A.<sup>10</sup>, si deve dedurre che unico debitore (verso l'assistito) dell'obbligazione avente ad oggetto la prestazione medico-generica è l'Azienda Sanitaria.

---

<sup>3</sup> Stipulati in origine in base all'art. 48 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 e, ora, in base all'art. 8 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502. In particolare si tratta, attualmente, dell'ACN 23 marzo 2005 e s.m.i. che disciplina i rapporti con i medici di medicina generale nonché con i medici di continuità assistenziale (*ex* «guardie mediche»), e dell'ACN 15 dicembre 2005 e s.m.i. che, similmente, disciplina i rapporti con i pediatri di libera scelta.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. sez. lav. 13 aprile 2011 n. 8457, citata dalla pronuncia in commento.

<sup>5</sup> V. l'art. 36 ACN 23 marzo 2005 per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale.

<sup>6</sup> E come tale iscritto «negli appositi elenchi periodicamente aggiornati presso l'unità sanitaria locale» nel cui territorio ha la residenza, ai sensi dell'art. 19 co. 3, l. cit.

<sup>7</sup> Potendo solo, semmai, ricusare l'assistito ai sensi dell'art. 41 dell'Accordo Collettivo Nazionale; atto, la ricusazione, che è però sindacabile dall'ASL, posto che dev'essere motivato da «eccezionali ed accertati motivi di incompatibilità» ai sensi dell'art. 8, co. 1, lett. b), d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

<sup>8</sup> Non potendo ricevere alcun compenso dall'assistito, a pena di sanzione disciplinare.

<sup>9</sup> Principalmente la riforma avvenuta con d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, il quale, unitamente al d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, ha semmai potenziato tale meccanismo.

<sup>10</sup> I L.E.A. (Livelli Essenziali di Assistenza) sono costituiti dal complesso di attività, prestazioni e servizi che il SSN garantisce sull'intero territorio nazionale a tutti i cittadini, gratuitamente ovvero con compartecipazione alla spesa (il c.d. «ticket») e costituiscono il «contenuto» del diritto alla salute sul fronte «pretensivo». Attualmente sono stabiliti con DPCM 29 novembre 2001, in attuazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 502/1992.



3. – La dettagliata analisi svolta dalla Corte è stata probabilmente stimolata dalla necessità di superare il precedente orientamento della giurisprudenza, che riteneva quale «unico debitore» della prestazione sanitaria il medico convenzionato. Si trattava, in particolare, di pronunce della IV sez. penale della Corte di cassazione, rese in punto di condanna dei responsabili civili in occasione della commissione di un reato da parte del medico<sup>11</sup>.

Tale linea interpretativa, in sostanza, escludeva l'applicazione degli artt. 1228 e 2049 c.c.<sup>12</sup> ai fini della configurazione della concorrente responsabilità dell'ASL, sui presupposti da un lato della notevole autonomia organizzativa e tecnico-professionale del medico (sulla quale ultima, in particolare, l'Azienda non esercita alcun controllo) e dall'altro sul presupposto che tale «professionista» viene dal paziente scelto «in piena libertà».

Una prima osservazione che si può muovere alla predetta ricostruzione è che essa si fonda, all'evidenza, su una concezione “soggettiva” della responsabilità *ex artt. 1228 e 2049 c.c.*, secondo la quale a fondamento della responsabilità del creditore (*ex art. 1228 c.c.*) o del committente (*ex art. 2049 c.c.*) vi sarebbe una colpa *in eligendo* o *in vigilando*. Concezione, però, che è superata con riguardo all'art. 2049 c.c. ed erronea con riguardo all'art. 1228 c.c. Invero, in relazione all'art. 2049 c.c. è oramai assodato che esso non si fonda su alcuna presunzione di colpa *in eligendo* o *in vigilando*<sup>13</sup>, ma costituisce in realtà un'ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto altrui<sup>14</sup>; mentre invece in relazione all'art. 1228 c.c. tale opinione è erronea in

---

<sup>11</sup> In particolare Cass. pen. 16 aprile 2003, n. 34460; Cass. pen. 11 aprile 2008, n. 36502 e Cass. pen. 14 marzo 2012, n. 41982.

<sup>12</sup> Impropiamente, come meglio si dirà, spesso accomunati dalla giurisprudenza, posto che nel primo caso si ha riguardo all'adempimento di un'obbligazione (e quindi a un previo rapporto tra debitore e creditore), adempimento per effettuare il quale l'ausiliario è *strumento* del debitore, mentre nel secondo caso manca qualsiasi rapporto tra committente e terzo leso, e il fatto del commesso è del tutto autonomo, rispondendo di esso anche il preposto (v. in tal senso NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da Cicu-Messineo), vol. XVI, t. 2, *Il comportamento del debitore*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, p. 75, nt. 80). V. inoltre, per la critica alla tendenza giurisprudenziale ad applicare le due norme senza la preoccupazione di metterne previamente a fuoco il rispettivo ambito di operatività, FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Artt. 2043-2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli Editore, Bologna, 1994, p. 422.

<sup>13</sup> Come invece accadeva sotto il vigore dell'art. 1153 del codice civile del 1865, motivo per cui (com'è noto) l'art. 2049 c.c. è stato inteso, al fine di mantenere l'unità di sistema nella prima fase della sua applicazione, come fondato su una presunzione *iuris et de iure* di colpa *in vigilando* o *in eligendo*; per tale osservazione v. già TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 58, il quale rileva però l'incongruenza, a fronte della supposta colpa *in vigilando* o *in eligendo*, di ammettere l'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 v. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 63, secondo il quale è 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 colpa *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.

<sup>14</sup> Cfr. D'ADDA, *Commento sub art. 1228*, in *Commentario del Codice Civile* (diretto da Enrico Gabrieli), Utet, Torino, 2013, p. 330; NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 75, e CECCHERINI, *Responsabilità per fatto de-*



quanto nella responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari non ha senso alcuno ragionare di *culpa in eligendo* o *in vigilando*, posto che tale responsabilità è *diretta*, nel senso che l'attività dell'ausiliario va imputata al debitore (che è e resta unico titolare dell'obbligazione) *come se* quest'ultimo eseguisse la prestazione personalmente<sup>15</sup>: la condotta dell'ausiliario, dunque, è la condotta del debitore. Di qui la conseguenza per cui la responsabilità *ex art. 2049 c.c.* è *per fatto altrui* e, per di più, *oggettiva* (non essendo ammessa prova liberatoria), mentre quella *ex art. 1228 c.c.* è responsabilità *per fatto proprio*, e tendenzialmente legata allo stesso criterio di valutazione dell'inadempimento<sup>16</sup>. In tal senso potrebbe allora apparire quasi superfluo discorrere, con riguardo all'imputazione del fatto dell'ausiliario al debitore, di responsabilità *oggettiva*: si tratterebbe, più semplicemente, di (normale) responsabilità<sup>17</sup>. L'orientamento in esame, ad ogni modo, concludeva che, mancando i presupposti in base ai quali il medico potesse essere considerato "commesso" o "ausiliario" dell'Ente, ed essendo il sanitario scelto dal paziente «in piena libertà», «unico debitore» della prestazione sanitaria dovesse

---

*gli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità. Artt. 1228-1229, in Commentario del Codice Civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2003, p. 37 ss. Peraltro inizialmente, quando l'art. 2049 c.c. si riteneva fondato sulla presunzione di *culpa in vigilando* o *in eligendo*, la Corte di cassazione (che riteneva la responsabilità della P.A. "diretta" in virtù della teoria dell'immedesimazione organica), non lo riteneva applicabile ove tale immedesimazione mancasse (ossia nei casi in cui l'agente non potesse qualificarsi come "organo"), posto che una tale presunzione doveva ritenersi estranea all'Amministrazione, la quale «preseglie i propri dipendenti con cautele predisposte dalla legge (concorsi ed esami) e ne controlla l'attività con gli uffici di sorveglianza dalla legge istituiti» (Cass. 21 luglio 1953, n. 2433, in *Foro it. Mass.*, 1953, p. 466); per una critica alla teoria della responsabilità "diretta" della P.A. v. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, p. 191, secondo il quale la circostanza che comunque in tali casi permanga (secondo la giurisprudenza) la responsabilità del soggetto fisico agente legato alla persona giuridica pubblica costituisce una «notevole e grave deviazione dalla teorica della responsabilità c.d. diretta di quest'ultima». In seguito, una prima affermazione del superamento dell'idea della presunzione di colpa si è avuta con Corte Cost. 9 marzo 1967, n. 22, 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. V. ora, per la configurazione della responsabilità *ex art. 2049 c.c.* come responsabilità oggettiva e «per rischio», Cass. civ. 16 marzo 2010, n. 6325 e Cass. civ. 11 dicembre 2012, n. 22619. Tuttavia l'idea della presunzione di colpa ha continuato a serpeggiare nel tempo nella giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. civ. 12 novembre 1979, n. 5851, Cass. civ. 22 marzo 1994, n. 2734, Cass. civ. 7 agosto 1997, n. 7331.

<sup>15</sup> Cfr. D'ADDA, *op. cit.*, p. 329.

<sup>16</sup> Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 1979, p. 458. Per il che appare indebita l'estensione all'art. 1228 c.c. della *ratio* propria dell'art. 2049 c.c. Per l'opinione, risalente, secondo cui le due disposizioni darebbero vita a un unico sistema completo di responsabilità di un soggetto per gli ausiliari di cui si serve, v. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2<sup>a</sup> ed., vol. II, *Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 509.

<sup>17</sup> Tutto ciò naturalmente non impedisce di distinguere, su di un piano però meramente descrittivo, la condotta inadempiente del debitore da quella dell'ausiliario: si intende dire che oltre che per l'inadempimento che derivi da fatto doloso o colposo di quest'ultimo, il debitore risponderà ovviamente anche per il fatto proprio, costituito ad esempio dall'inesatto utilizzo della prestazione dell'ausiliario medesimo (in ipotesi per effetto di errate istruzioni); in tal senso v. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 454 e, più in dettaglio, pp. 458-459.



essere considerato il medico, con il quale solo il paziente instaura un rapporto<sup>18</sup>.

E qui trova spazio una seconda osservazione: la ricostruzione in parola, nel richiamare (pur per escluderlo) l'art. 2049 c.c., sembrava lasciar intendere che la responsabilità del medico convenzionato fosse di natura extracontrattuale. Tuttavia è singolare che l'applicazione di tale norma venisse esclusa (oltre che per il criticabile argomento dell'assenza di vigilanza, controllo e direzione) anche per il fatto che il medico di medicina generale doveva essere considerato alla stregua di un libero professionista: con il quale però allora il paziente avrebbe pur sempre dovuto instaurare una qualche forma di relazione (forse, trattandosi di «libero professionista», simil-obbligatoria?), che mal si conciliava con la presunta natura extracontrattuale della responsabilità ventilata dal richiamo all'art. 2049 c.c. Il che costituiva indice di un'evidente irrisolta ambiguità di fondo<sup>19</sup>.

Nella sentenza n. 6243/2015 invece, la Corte, una volta ritenuto, sulla base della normativa richiamata, che la relazione giuridica intercorra non già tra paziente e medico, bensì tra paziente e ASL, e ritenuto trattarsi di obbligazione *ex lege*, applica la disciplina in materia di inadempimento, senza quindi affrontare il profilo (pur dedotto in via alternativa dai ricorrenti) dell'art. 2049 c.c.

4. – Ulteriore punto di forza dell'orientamento precedente che andava scardinato, e sul quale quindi è opportuno soffermarsi, è quello del valore da attribuire alla scelta dell'assistito.

Sembrava infatti, secondo quell'orientamento, che la «libera scelta» garantita dalla legge al paziente (*ex art. 8, co. 1, lett. a*) del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) potesse quasi condizionare la relazione intercorrente tra ASL e medico convenzionato, nel senso che siccome è il paziente a individuare il sanitario, delle condotte di quest'ultimo l'Ente non può rispondere. A riprova di tale opinione basti richiamare una recente pronuncia (delle stesse sezioni penali della Cassazione)<sup>20</sup> che ha sì ritenuto applicabile l'art. 1228 c.c. per sancire la responsabilità dell'ASL, ma ciò ha fatto in un caso in cui ausiliario è stato considerato non il medico di base, bensì un medico di continuità assistenziale (*ex guardia medica*): e tale risultato è stato giustificato proprio in virtù della differenza tra il servizio di continuità assistenziale e quello di medicina generale, data dalla presenza in quest'ultimo dell'elemento della scelta del medico (che comporta l'instaurazione di una «complessa relazione di durata e di fiducia»), per cui quel servizio si connota come «rapporto privatistico fondato sul consenso». Scelta che invece manca nel rapporto con il medico di continuità assistenziale, per il che in tale ultimo caso «il diritto alla salute si esercita nei con-

---

<sup>18</sup> Così Cass. pen. 11 aprile 2008, n. 36502.

<sup>19</sup> E a tal proposito si può notare, per inciso, che pure parte della giurisprudenza civile della Corte aveva richiamato l'art. 2049 c.c. con riguardo alla responsabilità dell'ASL o della casa di cura. V. per es. Cass. civ. 14 luglio 2004, n. 13066.

<sup>20</sup> Cass. pen. 23 maggio 2014, n. 9814.





fronti di una struttura pubblica che garantisce l'erogazione della prestazione mediante un regime articolato di responsabilità sussidiarie»<sup>21</sup>.

Orbene, un tale indirizzo non poteva dirsi superato con la semplice affermazione che il rapporto obbligatorio intercorre tra assistito ed Ente; perché in effetti la preferenza per il medico di base è pur sempre espressa dal paziente-creditore. La Corte risolve il problema affermando che la scelta dell'utente, effettuata «a monte», opera «nei confronti [non del medico ma] del debitore ASL», e comunque è realizzata «all'interno dell'organizzazione del servizio sanitario predisposto dalla ASL», deducendone l'inconsistenza quale motivo ostativo alla qualificazione come ausiliario del medico convenzionato.

In realtà, contro l'inquadramento del medico di medicina generale come «libero professionista», basterebbe osservare che la scelta del paziente non viene effettuata di volta in volta per la singola prestazione a fronte di una specifica patologia, bensì è effettuata *ab initio* e a tempo potenzialmente indeterminato<sup>22</sup>; è cioè una scelta che non riguarda la prestazione, ma il *rapporto*, perché effettuata *dopo* che un'obbligazione (*ex lege*) è costituita, mentre la “scelta” del libero professionista *crea* l'obbligazione<sup>23</sup>. Come pure riguarda il rapporto la possibilità, prevista per il medico, di ricusare l'assistito: possibilità che non può certo essere esercitata per la singola prestazione (pur quando il medico non si ritenga in grado di eseguirla, dovendo piuttosto in tal caso inviare l'assistito ad altro specialista) e che comunque è soggetta a limitazioni<sup>24</sup>. Il che basta a privare il rapporto utente-medico del connotato di obligatorietà. Né, inoltre, sarebbe corretto ritenere che l'assistito, nel momento in cui effettua l'opzione, possa in qualche modo anche solo contribuire alla causazione del danno<sup>25</sup>: è bensì vero che si potrebbe ipotizzare una sorta di

---

<sup>21</sup> Nella medesima sentenza si poneva inoltre il problema della responsabilità *ex art.* 1228 c.c. del pediatra “titolare” per fatti commessi dal suo sostituto (il quale è individuato dallo stesso titolare *ex art.* 36 ACN 15 dicembre 2005): in effetti, essendo anche il pediatra (come il medico di base) scelto dagli assistiti, a ragionare secondo l'anzidetto orientamento secondo cui in tali fattispecie «unico debitore» è il medico, la questione poteva ragionevolmente venire in rilievo. Ebbene, è interessante notare che la Corte, senza voler smentire quell'orientamento, perviene ad escludere la responsabilità del medico “titolare” sul presupposto che la sua affermazione contrasterebbe con la «natura personalissima» della prestazione medica, per cui «il medico sostituto non agisce come ausiliario del medico sostituto, inteso quale debitore, come richiesto dall'art. 1228 c.c., poiché egli svolge l'attività in nome e per conto proprio».

<sup>22</sup> Per la precisione l'art. 40, c. 11, ACN 23 marzo 2005 (in ottemperanza alla previsione generale dell'art. 8, co. 1, lett. a), del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) prevede che la scelta del medico effettuata dai cittadini residenti ha validità annuale (salvo revoca in corso d'anno) ed è tacitamente rinnovata.

<sup>23</sup> Per cui, in tale ultimo caso, più che di “scelta” (unilaterale) dovrebbe parlarsi di contratto, essendo necessario anche il consenso del medico.

<sup>24</sup> V. il già richiamato art. 8, co. 1, lett. b), d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, secondo cui la ricazione è possibile solo in caso di «eccezionali ed accertati motivi di incompatibilità».

<sup>25</sup> Come invece avverrebbe secondo certa dottrina laddove l'ausiliario fosse scelto di comune accordo tra debitore e creditore e si riveli manifestamente inidoneo a eseguire la prestazione: v. BIANCA, *op. cit.*, p. 471, il quale afferma che in tal caso si profila la possibilità di ravvisare il concorso del fatto negligente dell'avente diritto (art. 1227 c.c.).



“cooperazione” tra ASL e assistito nell’individuazione del medico<sup>26</sup>, ma non è sostenibile l’applicazione dell’art. 1227, co. 1, c.c. all’atto di scelta dell’assistito, sia perché essa non riguarda, s’è detto, la singola prestazione, bensì il *rapporto* (con l’ASL, per il tramite del medico), sia perché, anche in disparte tale argomento (e a voler considerare la scelta come *costitutiva* della relazione), sarebbe come imporre al creditore, che abbia subito l’inadempimento, una riduzione del risarcimento del danno per aver “scelto” di entrare in relazione con quel determinato debitore<sup>27</sup>: vero è invece che, per aversi condotta causalmente efficiente ai fini dell’art. 1227 c.c., essa deve riguardare la fase esecutiva della *prestazione*, e non già quella iniziale di instaurazione del *rapporto*.

Va inoltre notato che la Corte, ai fini dell’affermazione di irrilevanza della scelta dell’assistito, richiama la giurisprudenza relativa a casi di prestazioni specialistiche (non quindi di medicina generale), nei quali il paziente si era rivolto (questo è il punto) primariamente al medico, e ciononostante era comunque stata affermata la corresponsabilità della struttura (ai sensi appunto dell’art. 1228 c.c.)<sup>28</sup>. A ben vedere, però, si tratta di situazioni diverse, nelle quali la scelta del paziente assume un differente significato. Invero nel caso dell’erogazione dell’assistenza medico-generica il rapporto tra ASL e utente è preesistente all’individuazione del medico da parte di quest’ultimo (perché in effetti tale rapporto può ritenersi instaurato nel momento di iscrizione dell’assistito nelle liste dell’ASL nel cui territorio egli risiede, momento nel quale sorgerebbe, secondo la Corte, l’obbligazione *ex lege* dell’Ente), per cui l’opzione del paziente si colloca all’interno di tale rapporto; mentre invece nel caso in cui il paziente si rivolge direttamente al medico (perché, ad esempio, si rivolge a una struttura privata) manca un previo rapporto con qualsiasi struttura. Ebbene, la posizione della giurisprudenza in tali casi è nel senso di ritenere che la scelta del paziente sia ininfluente ad escludere la responsabilità della struttura in cui è avvenuta la prestazione sanitaria a motivo del fatto che comunque sussiste un «collegamento» tra la prestazione effettuata dal medico e la struttura presso la quale il sanitario operi (pure occasionalmente e qualsiasi sia il tipo di rapporto che ad essa lo leghi)<sup>29</sup>. Posizione, que-

---

<sup>26</sup> Nel senso che da un lato l’ASL seleziona il sanitario (e lo mette a disposizione assieme ad altri per garantire l’assistenza in un certo ambito territoriale) e dall’altro il paziente lo sceglie come proprio medico “di fiducia”.

<sup>27</sup> Posto che, in effetti, la scelta dell’ausiliario (specie laddove il debitore sia una persona giuridica, che strutturalmente deve avvalersi di terzi per svolgere la propria attività) di poco differisce dalla “scelta” del debitore principale. A ciò si aggiunga che la scelta del medico da parte dell’assistito può risultare in certi casi quasi “vincolata”, sia perché il numero di medici destinati dall’ASL alla copertura di una determinata zona dipende dal numero di abitanti in essa residenti e dalle sue caratteristiche, sia perché, pur in presenza di vari medici, potrebbe risultare per alcuno di essi già esaurito il massimale di scelte (fissato in 1.500 dall’art. 39 ACN 23 marzo 2005, in ottemperanza alla previsione generale dell’art. 8, co. 1, lett *a*) del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e salve le deroghe previste dal medesimo art. 39).

<sup>28</sup> La Corte richiama le sentenze di Cass. civ. 14 luglio 2004, n. 13066; 2 febbraio 2005, n. 2042; 26 gennaio 2006, n. 1698 e 13 aprile 2007, n. 8826.

<sup>29</sup> V. Cass. civ. 28 novembre 2008, n. 24742; Cass. civ. 14 giugno 2007, n. 13953; Cass. civ. 22 marzo





sta, che non è difficile ritenere motivata dal bisogno di estendere l'area della responsabilità. Tuttavia, come detto, in tali casi (in cui il paziente si rivolge direttamente al medico), la mancanza di un previo rapporto con la struttura<sup>30</sup> impedisce di qualificare la scelta del medico da parte del paziente come "scelta dell'ausiliario". Si tratta semmai, se così si può dire, di "scelta del debitore", non già innestata all'interno di un precedente rapporto, bensì costitutiva essa stessa del medesimo. Per cui, a rigore, ausiliario non andrebbe considerato il medico, ma la struttura; e sarebbe il medico a dover rispondere per l'inadempimento di questa. Non si possono però ignorare i problemi che tale soluzione comporta; per non dire della miopia che connoterebbe una tale lettura del fenomeno. Invero è da dire che nel momento in cui un soggetto sceglie un determinato professionista, sa bene presso quale struttura egli operi (se non altro perché sarà presso quest'ultima che viene ricevuto), per cui ben si può ritenere che la scelta del medico porti con sé anche l'opzione per la struttura, non apparendo quindi corretto disgiungere le due relazioni<sup>31</sup>; senza contare, inoltre, che spesso la fama di molte cliniche è legata ai nomi dei professionisti che ivi operano (si pensi al caso di medici docenti universitari), per il che non pare fuori luogo ritenere che il medico *rappresenti* una certa struttura sanitaria, onde il paziente si rapporta (leggittimato o no che sia il sanitario a farlo) inevitabilmente anche con essa<sup>32</sup>.

In tale ultimo caso, dunque, se è corretta la conclusione giurisprudenziale dell'affermazione di responsabilità della struttura *ex art. 1228 c.c.* (essendo essa comunque debitrice *in toto* della prestazione medica), ciò è a dirsi non già per la "irrilevanza" della scelta del medico da parte del paziente, bensì, tutt'al contrario, per la sua rilevanza *costitutiva* di un rapporto *anche* nei confronti della struttura, oltre che con il sanitario. Il che spiega allora perché il richiamo da parte della Corte di tale casistica non sia appropriato con riguardo ai medici convenzionati. Sarebbe invece bastato, ad affermare l'irrilevanza della scelta dell'assistito, il riferimento al fatto che essa si innesta in un rapporto già instaurato (quello con l'ASL), riguardandone pertanto le sole *modalità esecutive*.

---

2007, n. 6945; Cass. civ. 9 novembre 2006, n. 23918; Cass. civ. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. civ. 13 gennaio 2005, n. 571; Cass. civ. 14 luglio 2004, n. 13066, nonché, nella giurisprudenza di merito più recente, Trib. Milano 3 dicembre 2014, n. 14401; Trib. Reggio Emilia 3 aprile 2013, n. 618; Trib. Piacenza 6 marzo 2012, n. 146.

<sup>30</sup> Anche laddove la struttura fosse pubblica: in effetti, è vero che grava sulle ASL anche l'obbligo di erogare l'assistenza specialistica, ma con riguardo ad essa non opera (né potrebbe operare) un meccanismo di "scelta a monte" analogo a quello dell'assistenza medico-generica che faccia sì che per ogni specialità l'assistito esprima un'opzione preventiva in favore di un medico cui (eventualmente) si debba poi rivolgere.

<sup>31</sup> In tal senso v. Cass. civ. 26 giugno 2012, n. 10616, in cui tuttavia si fa pur sempre riferimento a un «collegamento» tra i due contratti e nella quale, comunque, l'adombrata responsabilità del medico è pur sempre fondata sull'inadempimento di suoi doveri di controllo sull'operato (dei dipendenti) della struttura, ossia in una *culpa in vigilando* che però, come s'è detto, non costituisce fondamento dell'art. 1228 c.c.

<sup>32</sup> In effetti ove il paziente, come spesso accade, contratti direttamente con lo specialista non solo la prestazione strettamente medica, ma anche il luogo del suo svolgimento nonché la prestazione delle attività ausiliarie, l'attività del sanitario assumerebbe, rispetto alla clinica in cui operi, rilevanza "esterna". Circa l'attribuzione all'ausiliario del potere di rappresentanza, v. BIANCA, *op. cit.*, p. 461.



5. – Con riguardo alla possibilità di qualificare il medico in qualche modo legato a una struttura come «ausiliario» di essa, va in primo luogo osservato che l'applicazione dell'art. 1228 c.c. alla professione medica non è pacifica in dottrina<sup>33</sup>. Ciononostante la giurisprudenza di legittimità non ha avuto difficoltà a utilizzare tale disposizione (come ammesso dalla stessa Cass. n. 6243/2015). È però importante sottolineare che nella gran parte dei casi ciò è avvenuto (sia verso le strutture pubbliche che private) sul presupposto che vi fosse un “contratto” tra Ente e paziente, che si sarebbe concluso al momento dell'accettazione di quest'ultimo da parte della struttura<sup>34</sup>. Invece l'applicazione dell'art. 1228 c.c. ai rapporti con i medici convenzionati era ostacolata dal fatto che in quei casi si riteneva che l'utente non si rivolgesse propriamente alla struttura, bensì al singolo medico, cosa che sembrava impedire di riconoscere instaurato un rapporto obbligatorio con l'Ente sanitario. Senza contare che ulteriori resistenze parevano fondarsi sulla tipologia del contratto di lavoro del medico, considerato alla stregua di un «libero professionista». In realtà, però, mai si è dubitato del fatto che la tipologia del rapporto che lega il terzo al debitore non sia dirimente ai fini della qualificazione del primo come ausiliario, né in dottrina<sup>35</sup>, né in giurisprudenza<sup>36</sup>; è significativo allora che nella pronuncia in discorso la Corte, probabilmente col proposito di rafforzare il superamento del precedente orientamento, abbia sentito la necessità di doverlo riaffermare, nel momento in cui

---

<sup>33</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2000, p. 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». Favorevole invece all'applicazione dell'art. 1228 c.c., CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 345, pur con riferimento alle case di cura private; l'A., a conferma dell'irrelevanza del carattere professionale dell'attività ai fini della configurazione di un rapporto di ausiliarità, richiama poi anche la giurisprudenza inglese (v. p. 347, nt. 7).

<sup>34</sup> V. le plurime decisioni costantemente richiamate nei testi delle sentenze e via via implementate: Cass. civ. 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass. civ. 8 marzo 1979, n. 1716; Cass. civ. 1 marzo 1988, n. 2144; Cass. civ. 4 agosto 1988, n. 6707; Cass. civ. 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. civ. 11.4.1995, n. 4152; Cass. civ. 27 luglio 1998, n. 7336; Cass. civ. 2 dicembre 1998, n. 12233; Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 589; Cass. civ. 1° settembre 1999, n. 9198; Cass. civ. 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. civ. 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. civ. 21 luglio 2003, n. 11316; Cass. civ. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. civ. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. civ. 19 aprile 2006, n. 9085; Cass. civ. 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. civ. 19 ottobre 2006, n. 22390; Cass. civ. 13 aprile 2007, n. 8826; Cass. civ. sez. un. 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. civ. 26 maggio 2011, n. 11621; Cass. civ. 20 gennaio 2014, n. 993.

<sup>35</sup> V., tra i tanti, D'ADDA, *op. cit.*, p. 336, secondo il quale “ausiliario” è qualunque soggetto che «anche occasionalmente accetti l'incarico a collaborare nell'esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione» richiamando, a conferma, l'argomento testuale del generico riferimento, operato dalla norma, a tutti i «terzi» della cui opera il debitore si vale nell'adempimento, in adesione a VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Cedam, Padova, 1965. In tal senso v. anche BIANCA, *op. cit.*, pp. 459-460, secondo il quale l'art. 1228 c.c. «indica testualmente che la responsabilità dell'obbligato prescinde dalla natura del rapporto che intercorre tra tale soggetto e il suo ausiliario».

<sup>36</sup> V. BIANCA, *op. cit.* p. 460, nt. 2, che richiama giurisprudenza risalente; per la giurisprudenza più recente v. D'ADDA, *op. cit.*, pp. 336-337.



richiama la natura parasubordinata del rapporto di convenzionamento del medico<sup>37</sup>.

Con riguardo invece all'affermazione della sussistenza di un'obbligazione di fonte legale, la questione che la Corte tocca è, in sintesi, quella delle cc.dd. "prestazioni pubbliche"<sup>38</sup>, cioè quelle erogate in forma di servizio pubblico. Questione che, in effetti, non si era posta spesso all'attenzione della giurisprudenza in tema di responsabilità medica, perché la quasi totalità dei casi trattati nelle aule giudiziarie riguarda medici in qualche modo "incardinati" nella struttura (ossia al suo interno operanti e in essa inseriti, indipendentemente dalla tipologia di contratto di lavoro con cui ciò avvenga), per il che, ravvisandosi nel rapporto del paziente con essi un "contatto" di quest'ultimo con la struttura, la giurisprudenza ha sempre preferito utilizzare il più semplice (e rassicurante, forse) modello contrattuale<sup>39</sup>. Modello che però si può adattare a quest'ultima casistica (ossia all'erogazione delle prestazioni ospedaliere) perché in essa manca un previo rapporto tra l'utente e il medico, e pure tra la struttura e l'utente, posto che quest'ultimo, per fruire dell'assistenza ospedaliera, può recarsi in qualsiasi struttura pubblica e non necessariamente in quella all'interno del cui territorio risiede. Nel caso invece della relazione con il medico di medicina generale il modello contrattuale (concepito nel senso dell'orientamento pregresso) incontrava evidentemente delle difficoltà. In effetti, allorché l'assistito decida di avvalersi dell'assistenza medico-generica, le particolari modalità in cui essa è prestata (cioè la previa individuazione di un preciso medico per i casi in cui se ne abbia bisogno, e pur sempre scelto all'interno dell'ASL di residenza), fanno sì che il paziente debba necessariamente recarsi dal sanitario prescelto. Per cui delle due l'una: o si riteneva, oblite-

---

<sup>37</sup> Semmai, a fronte dell'avvalimento di un terzo (con qualsiasi tipologia di rapporto, s'è detto), si tratta di verificare solamente che l'utilizzo della sua attività sia destinato all'adempimento dell'obbligazione del debitore: verifica che infatti la Corte compie, richiamando l'ACN dell'epoca dei fatti, che qualificava il medico di medicina generale come «parte integrante ed essenziale dell'organizzazione sanitaria complessiva», e che opera «a livello distrettuale per l'erogazione delle prestazioni demandategli dal Piano sanitario nazionale»; analoghe considerazioni possono valere con riguardo all'ACN vigente, il quale prevede addirittura, all'art. 36, che lo studio del medico sia considerato «presidio del Servizio Sanitario Nazionale» e che concorra, «quale bene strumentale e professionale del medico, al perseguimento degli obiettivi di salute del Servizio medesimo nei confronti del cittadino (...)».

<sup>38</sup> V., sul tema, GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Jandi Sapi Editori, 1964; BARETTONI ARLERI, voce *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1979; ID., voce *Prestazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1986; FALCON, voce *Obbligazione VIII) Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.

<sup>39</sup> Non si dimentichi infatti che l'orientamento precedente escludeva che la relazione con il medico di base comportasse l'instaurazione di una relazione anche con l'Ente; v. la già citata Cass. pen. 11 aprile 2008, n. 36502 laddove afferma che non si può sostenere che «il fatto del sanitario convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale sia in qualche modo riferibile all'ASL o che, in ogni caso, venga in essere un contatto sociale fra quest'ultima ed il paziente, con conseguente insorgenza di un rapporto obbligatorio (...)». Del resto, la stessa sentenza d'appello sul caso qui in esame (v. nota 1) riteneva che affinché vi possa essere un rapporto diretto (per contratto o "contatto") tra paziente e struttura, servirebbe almeno che quest'ultima avesse «conoscenza (...) del fatto che il paziente vi viene ricoverato». Per il riferimento in giurisprudenza al contratto quale categoria per definire il rapporto tra utente e struttura v. le sentenze citate alla nota 34. Di «contratto atipico di spedalità» tra ASL e paziente si scrive in giurisprudenza sin da Trib. Verona 4 ottobre 1990.



rando la relazione utente-Ente, che il “contratto” fosse concluso direttamente con il medico con il quale solo il paziente si rapportava (come infatti si affermava in precedenza), oppure andava valorizzata la relazione (già esistente) tra paziente e ASL: ma in tal caso, essendo distinto il momento della sua instaurazione da quello del bisogno della prestazione (diversamente invece da quanto accade quando il paziente si reca in ospedale), non era più possibile parlare di “contratto”. Ecco allora l’individuazione, ad opera della Corte, dell’obbligazione *ex lege* dell’Azienda Sanitaria, recuperando un’idea già autorevolmente espressa in dottrina pur in un diverso contesto normativo<sup>40</sup>, ma indubbiamente applicabile anche nel contesto attuale, in considerazione dell’intervenuta istituzione del SSN e quindi dei più estesi doveri posti dall’Ordinamento in capo agli Enti sanitari. Per la verità non è la prima volta che la giurisprudenza di legittimità richiama le obbligazioni *ex lege*<sup>41</sup>; come pure ad esse aveva fatto riferimento certa dottrina proprio in tema di responsabilità medica, ma affermandone la sussistenza non già nel rapporto Ente-assistito, bensì in quello medico-paziente, per il che sarebbe il singolo sanitario ad essere gravato di un’obbligazione *ex lege* verso l’assistito<sup>42</sup>. La Cassazione invece afferma che il rapporto intercorre tra utente e ASL e, in tale ottica, richiama la circostanza che i contributi a carico della fiscalità generale che finanziano il Fondo sanitario nazionale hanno natura di «imposta», non di «tassa per la fruizione di un servizio». A tal proposito, però, non si può fare a meno di notare che, così affermando, la Corte finisce, più o meno consapevolmente, per mettere implicitamente in crisi quel “modello contrattuale” che pure è ancora in voga nella casistica paziente-struttura<sup>43</sup> (ma già, pur nel contesto dell’epoca, criticato

---

<sup>40</sup> Il riferimento è a CASSETTA, *La responsabilità degli ospedali e dei sanitari ospedalieri*, in *Gli ospedali e le farmacie* (a cura di Pietro Bodda), Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, *L’ordinamento sanitario*, 2, Neri Pozza Editore, Vicenza, 1967, p. 46, il quale scrive che «l’obbligazione preesistente il cui inadempimento dà luogo alla responsabilità contrattuale degli enti pubblici può costituirsi anche al di fuori di un contratto e può ben derivare dalla legge».

<sup>41</sup> Il riferimento è a Cass. sez. un. 17 aprile 2009, n. 9147, secondo la quale la mancata attuazione da parte dello Stato di una direttiva non *self-executing* comporta, a carico del medesimo, la nascita di una obbligazione *ex lege* di natura indennitaria (nella specie si trattava delle direttive concernenti l’obbligo di retribuire la formazione dei medici specializzandi) e alla successiva Cass. civ. 17 maggio 2011, n. 10813. Ma v. già molto prima la giurisprudenza in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo: Cass. civ. 26 luglio 2002, n. 11046, Cass. civ. 8 agosto 2002, n. 11987, Cass. civ. 22 ottobre 2002, n. 14885, nonché, più recenti, Cass. civ. 19 settembre 2005, n. 18455 e Cass. civ. 5 settembre 2011, n. 18150.

<sup>42</sup> PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2001, p. 337 e ID., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 7/2009, p. 706. Opinione, questa, che desta qualche perplessità, perché in effetti le previsioni normative pongono i doveri di assistenza in capo al SSN (e per esso alle AA.SS.LL.), ma non mai in capo ai singoli medici.

<sup>43</sup> V. la nota 34 per l’indicazione della giurisprudenza che vi fa riferimento; modello fondato, in effetti, anche sull’accezione di «corrispettivo» del contributo corrisposto dal cittadino (o dal SSN, o dall’assicurazione); in tal senso v. da ultima Cass. civ. 10 aprile 2014, n. 8413; in precedenza Cass. civ. 28 novembre 2008, n. 24742; Cass. civ. 14 giugno 2007, n. 13953; Cass. civ. 22 marzo 2007, n. 6945; Cass. civ. 9 novembre 2006, n. 23918; Cass. civ. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. civ. 13 gennaio 2005, n. 571; Cass. civ. 14 luglio 2004, n. 13066.

## JUS CIVILE



dalla dottrina richiamata<sup>44</sup>, perché la nuova ricostruzione cui la sentenza approda è all'evidenza applicabile a tutte le manifestazioni del rapporto cittadino-ASL. In effetti il vero è che anche laddove il paziente si rivolga direttamente alla struttura sussiste pur sempre il dovere in capo all'Ente di erogare le prestazioni previste dai L.E.A.; solo che in tal caso sono diverse le *modalità* con cui esso adempie a tale dovere, non essendo necessaria la previa individuazione da parte dell'utente di un medico, né sussistendo vincoli territoriali circa l'ASL a cui rivolgersi. Eppure sempre di dovere si tratta, per cui ben si potrebbe ritenere che anche al complesso delle altre attività sia applicabile il modello dell'obbligazione *ex lege*, semplicemente precisando che in tali casi la determinazione del destinatario della prestazione (cioè di uno dei due termini del rapporto obbligatorio) avviene nel momento in cui essa è richiesta<sup>45</sup>. La ricostruzione proposta dalla Corte dunque, pur con qualche incertezza probabilmente dovuta allo scostamento (in un certo senso obbligato) dal più rassicurante schema del contratto<sup>46</sup>, potrebbe costituire un primo passo per una riflessione (almeno nell'ambito delle prestazioni sanitarie) sull'utilizzo del "modello contrattuale" quale chiave di lettura della relazione utente-ASL<sup>47</sup>. Modello, invero, notevolmente invalso nella giurisprudenza per la qualificazione dei rapporti cittadino-Pubblica Amministrazione, probabilmente perché ritenuto di più immediata valenza descrittiva e più duttile<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> CASETTA, *La responsabilità*, cit.

<sup>45</sup> Richiesta che invece, laddove i soggetti siano già individuati (come nel caso delle prestazioni di medicina generale), è necessaria per l'*esecuzione* della prestazione e non per l'individuazione dei soggetti del rapporto.

<sup>46</sup> Incertezza rilevabile nel passo in cui, in relazione alla sussistenza di un'obbligazione *ex lege* appena asserita, la Corte afferma che «sebbene non derivante da «contratto» (né ovviamente da fatto illecito), la sua fonte è comunque da ricomprendersi tra quelle contemplate dall'art. 1173 c.c. (ossia, in «atto e fatto idoneo a produrre») e la relativa disciplina è quella, se non altrimenti specificamente derogata, di cui al titolo I («Delle obbligazioni in generale») del libro quarto del codice civile e cioè dettata dagli artt. 1173 e ss. c.c. Si tratta, dunque, di obbligazione *quoad effectum* contrattuale, per cui, segnatamente nella sua fase patologica, vengono in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 1218 e ss. cod. civ.». Ora, il regime delle obbligazioni (se di queste si afferma l'esistenza) è unico, per cui non è affatto necessario equiparare quelle *ex lege* a quelle contrattuali ai fini di individuare la disciplina in tema d'inadempimento: l'obbligazione *ex lege* è "obbligazione". Cfr. a tal riguardo CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 487.

<sup>47</sup> Può risultare significativo che FALCON, voce *Obbligazione*, cit., preferisca non utilizzare la categoria delle obbligazioni pubbliche, ma piuttosto, anche in relazione al fatto che essa non riuscirebbe a dar conto della complessità di rapporti legati alla prestazione di servizi come quelli sanitari o d'istruzione, quella dei *rapporti di prestazione amministrativa*.

<sup>48</sup> Si pensi solo, in diverso ambito, alla qualificazione del rapporto tra alunno e istituto scolastico pubblico, circa il quale la giurisprudenza ha affermato che «l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determina infatti l'instaurazione di un vincolo negoziale, in virtù del quale, nell'ambito delle obbligazioni assunte dall'istituto, deve ritenersi sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica (...)» (Cass. civ. sez. un. 27 giugno 2002 n. 9346, ma v. recentemente, negli stessi termini, Cass. civ. 4 febbraio 2014, n. 2413).





6. – Appare opportuno, a questo punto, soffermarsi sull'inquadramento della responsabilità del medico, a partire dagli spunti offerti dalla sentenza in questione. Invero con riferimento alla posizione del sanitario la Corte afferma che quest'ultimo «non è parte» del rapporto obbligatorio gravante sull'ASL, «ma interviene nella fase del suo svolgimento, per rendere la prestazione curativa che la USL è tenuta per legge ad erogare (...)». Di qui l'applicazione dell'art. 1228 c.c. nei confronti della struttura. E tuttavia alla responsabilità dell'Ente si associa anche quella personale del singolo<sup>49</sup>.

Proprio in relazione alle considerazioni svolte circa la responsabilità di quest'ultimo non può passare inosservato che la Cassazione per ben quattro volte (tra le quali l'enunciazione del principio di diritto) si riferisce alla condotta del medico con il termine «fatto illecito»: termine che indubbiamente potrebbe suonare inappropriato, se il rapporto tra ASL e assistito è qualificato come *obbligatorio* e se il medico di medicina generale è ritenuto essere *ausiliario* dell'Ente. In effetti, in base a tale premessa, il comportamento del medico andrebbe qualificato come *inadempimento* (dell'obbligazione dell'ASL), non come *fatto illecito*. È possibile però ipotizzare che la Cassazione intenda rifarsi, più o meno consapevolmente, alla tesi di Castronovo, secondo cui l'art. 1228 c.c., nel momento in cui fa riferimento ai «fatti dolosi o colposi» degli ausiliari, non si riferirebbe alle condotte che producono inadempimento dell'obbligazione assunta dal debitore (ché sarebbe ovvio che il debitore risponde del fatto di coloro ai quali ha affidato l'esecuzione della prestazione), ma si riferirebbe invece a condotte estranee al contenuto della prestazione in senso stretto, appunto a quei «fatti illeciti» commessi dagli ausiliari nei confronti del creditore “in occasione” dell'esecuzione della prestazione<sup>50</sup>. In altri termini, sostiene l'A., l'art. 1228 c.c. servirebbe a «rendere contrattuale» la responsabilità del *dominus* per fatti che, in as-

---

<sup>49</sup> Responsabilità che, nel caso di specie, era “necessitata”, essendo su di essa già calato il giudicato, dato che il medico non aveva impugnato la sentenza di secondo grado, a esso sfavorevole.

<sup>50</sup> CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, Milano, 1979, spec. p. 45 ss. L'A. afferma che, se l'art. 1228 c.c. si riferisse alle condotte degli ausiliari che integrano l'inadempimento del debitore, di tale norma non vi sarebbe alcun bisogno, perché «la necessità che il debitore risponda dell'inadempimento, sia esso dovuto a fatto proprio o degli ausiliari, è principio che coincide col concetto stesso di obbligazione», altrimenti se ne dovrebbe inferire 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». Per la qualificazione come «illecita» della condotta del medico v. ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 3/2009, in cui l'A. afferma che «quella della struttura sanitaria è invero la responsabilità di un soggetto articolato in un'organizzazione, nella quale il singolo medico è inserito come qualsiasi altro ausiliario della cui condotta illecita l'unico debitore, la struttura sanitaria, risponde ex art. 1228». Va dato qui atto della diversa tesi secondo cui le «ingerenze dannose» commesse dall'ausiliario in danno del creditore costituirebbero non già violazione di autonomi obblighi di protezione, ma piuttosto di «doveri di cautela che ineriscono alla prestazione come aspetto dello sforzo diligente» e la cui violazione giammai rientrerebbe nell'art. 2049 c.c., ma costituirebbe pur sempre inadempimento dell'obbligazione (v. BIANCA, *op. cit.*, pp. 457-458). In altri termini quest'ultimo A. non riconosce i doveri di protezione come categoria autonoma sicché, pur restando quelle «ingerenze dannose» regolate dall'art. 1228 c.c., «tutto si riduce all'inadempimento dell'obbligo di prestazione» (come osserva CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 45, nt. 84).





senza di detta norma, rientrerebbero nella sfera dell'art. 2049 c.c., in tal modo riconoscendosi come obblighi autonomi i c.d. doveri di protezione, alla cui violazione la dottrina che aderisce all'elaborazione originaria di matrice germanica riconnette una responsabilità di natura contrattuale<sup>51</sup>. Ebbene, la sentenza afferma che tra utente e medico (convenzionato, ma lo stesso varrebbe se fosse dipendente) non sussiste alcun vincolo preesistente all'effettuazione della prestazione, né negoziale né obbligatorio *ex lege*<sup>52</sup>, per cui la responsabilità di quest'ultimo «è da ricondursi al «contatto sociale»», in considerazione di un «affidamento» che la Corte sembra ritenere essere ancora più forte di quello che si sviluppa con il medico dipendente (quello, per intendersi, «ospedaliero»), riguardando un soggetto «prescelto» dall'assistito per rendere l'assistenza sanitaria. Il che, tra l'altro, dischiude un'ulteriore rilevanza che la scelta dell'utente assume (come corroborante cioè l'affidamento), risultando perciò meno assoluta l'affermazione (contenuta invece nella sentenza) che essa rileva nei soli confronti dell'ASL<sup>53</sup>.

Ad ogni modo non si può sottacere che la Corte, nel richiamarsi al «contatto sociale» (qualificato), ne dà una lettura affatto diversa da quella esposta dal suo principale teorico in Italia<sup>54</sup>. Secondo infatti la teoria dell'obbligazione senza prestazione, la responsabilità non deriverebbe propriamente dal «contatto sociale», ma piuttosto dalla violazione di quegli obblighi di protezione che nascono (per volontà di legge) per effetto dell'affidamento sorto *all'interno* di un «contatto sociale»; affidamento reso giuridicamente rilevante (appunto: *qualificato*) dalla buona fede<sup>55</sup>. Né soprattutto vi è, in tale relazione che si instaura tra le parti, una vera e propria *prestazione*, essendo i doveri di protezione autonomi e indipendenti dalla sussistenza di una prestazione<sup>56</sup>; e infatti di essi non è possibile pretendere l'adempimento<sup>57</sup>. Afferma invece la Corte, con

<sup>51</sup> CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 50.

<sup>52</sup> Può non essere un caso che la Corte si premuri di specificare che l'obbligo *ex lege* non riguarda il medico: probabilmente l'intento era di evitare sovrapposizioni con quello gravante sulla struttura.

<sup>53</sup> Pur se non è l'affidamento (certo rafforzato dalla scelta dell'assistito) il fondamento della responsabilità del medico: nella teoria dell'obbligazione senza prestazione l'affidamento è solo presupposto di fatto che innesci l'obbligo di protezione, la cui violazione comporta responsabilità. Fonte dell'obbligo di protezione è pur sempre la legge (v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 464 ss.).

<sup>54</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Carlo Castronovo.

<sup>55</sup> Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., p. 482; e ID., *Ritorno*, cit.

<sup>56</sup> CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2011, p. 55 ss.

<sup>57</sup> Va detto che la teoria dell'obbligazione senza prestazione, e in particolare la possibilità di una sua estensione a disciplinare fattispecie di responsabilità diverse dalla responsabilità precontrattuale, è stata, anche di recente, sottoposta a critica da parte di altra dottrina. In particolare v. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, p. 77; secondo tale A. (che si richiama a certa dottrina tedesca e in particolare a E.A. Kramer), già in quella dottrina si era affermata l'idea che il «contatto sociale» non potesse dar vita a un rapporto obbligatorio (senza prestazione) se non nei casi in cui il contatto fosse «negoziale», ossia in qualche modo preordinato alla conclusione di un contratto (si realizzi poi essa oppure no). Prova ne sarebbe la modifica, a seguito della *Schuldrechtsmodernisierung*, del § 311 (2) BGB, il quale ora prevede, quali fonti di obblighi di attenzione a diritti, beni e interessi altrui (ossia obbligazioni di protezione), accanto al vero e proprio inizio delle trattative e a comportamenti precedenti di av-



riguardo all'attività del medico, che «la sua prestazione (e per l'effetto il contenuto della sua responsabilità) per quanto non derivante da contratto, ma da altra fonte (art. 1173 cod. civ.), ha un contenuto contrattuale», richiamandosi alla precedente giurisprudenza e in particolare alla nota Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 589. La Cassazione scrive espressamente di «prestazione» del medico, mentre è noto che, secondo la dottrina prima richiamata, la responsabilità di quest'ultimo consegue 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 tali obblighi si creano e sussistono tra le parti (questo è infatti il punto di partenza della teoria richiamata) nella responsabilità precontrattuale, ove appunto obbligo di prestazione non c'è (ancora). Tuttavia è pressoché costante in giurisprudenza l'interpretazione del «contatto sociale» anziché quale *humus* dal quale far sorgere dei soli obblighi di protezione, quale fonte di una vera e propria obbligazione<sup>58</sup>, e ciò, secondo altra autorevole dottrina, proprio a partire dalla primigenia Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 589<sup>59</sup>. La sentenza in commento dunque sembra richia-

---

viamento al contratto [rispettivamente i nn. 1 e 2 del § 311 (2)], anche, al n. 3, i *contatti di natura negoziale simili (ähnliche geschäftliche Kontakte)*. La giurisprudenza italiana invece, a detta dell'A., ignorando completamente tali riflessioni provenienti proprio dagli autori del Paese in cui la teoria del «contatto sociale» ha preso le mosse, avrebbe applicato quest'ultima in «situazioni le più disparate e a fini anche considerevolmente diversi». Replica a tale critica CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 133 ss., secondo il quale, onde evitare l'assorbimento della fattispecie del n. 3 del § 311 (2) entro quella del n. 2, è necessario valutare la *somiglianza* ai *geschäftliche Kontakte* «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». E comunque, secondo Castronovo, il presunto ravvedimento avvenuto in Germania «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». Allo scritto di Zaccaria si richiama invece, condividendolo, BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2015, p. 4. Infine, per un ulteriore recente contributo critico sull'estensione delle obbligazioni senza prestazione al di fuori dello specifico ambito della *culpa in contrahendo*, v. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2015.

<sup>58</sup> Di «erronea prospettiva» parla LAMBO, *Obblighi di protezione*, Cedam, Padova, 2007, p. 354 ss., con riferimento a Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 589 (ma l'affermazione riguarda in generale questa concezione). «È nata così», conclude l'A., «da un malinteso significato del concetto di obbligazione senza prestazione, la costruzione «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». In questa linea v. anche MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni* (diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca), vol. I, Tomo III, Cedam, Padova, 2010, pp. 42 e 53, che parla di snaturamento dell'obbligazione senza prestazione, richiamando Cass. civ. 8 ottobre 2008, n. 24791, ove 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.», tendendosi così (come scrive CASTRONOVO, *Ritorno, cit.*) ad assimilare le due responsabilità all'insegna della (presunta) comune natura contrattuale.

<sup>59</sup> Cfr. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 4/1999, p. 441 ss., che valorizza l'inciso in cui la Corte afferma che «se il medico in ogni caso interviene (...) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico»; secondo l'A. (v. p. 450) se la responsabilità si concretizza e attualizza «non all'atto dell'assunzione formale di un obbligo ma in occasione dell'esecuzione



marsi a tale tendenza giurisprudenziale, e in particolare alla recente Cass. civ. 13 aprile 2007, n. 8826<sup>60</sup>, la quale, pur affermando che contenuto del rapporto paziente-medico (dipendente, in quel caso) è una «prestazione», afferma contestualmente che il paziente non la può pretendere (in linea qui con la tesi dell'obbligazione senza prestazione) salvo però che il medico intervenga (nel qual caso, richiamandosi a Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 589, il contenuto del rapporto non potrà essere differente da quello che abbia per fonte un contratto), e concludendo, in linea quindi con l'idea della prestazione, che la responsabilità del medico è contrattuale «per non avere il soggetto fatto ciò a cui era tenuto»<sup>61</sup>. Ebbene, con riguardo a tale modo d'intendere gli effetti del «contatto sociale» si è parlato in dottrina di «diritto di credito (alla protezione) senza pretesa»<sup>62</sup>, per cui il paziente «non avrebbe diritto di esigere l'adempimento verso quel medico determinato, ma, 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»<sup>63</sup>: in altri termini si afferma l'obbligo di prestazione (a differenza della teoria dell'obbligazione senza prestazione, che afferma la sussistenza di soli obblighi di protezione), ma di una prestazione ... di

---

della prestazione sanitaria (...)), il contenuto dell'obbligazione non può che essere “pieno”, ossia comprendere la prestazione, così però delineandosi un capovolgimento della normale sequenza che vede l'obbligazione precedere la prestazione, «giacché è quest'ultima a precedere la responsabilità e quindi l'obbligazione»; vero elemento di novità della responsabilità del medico, continua l'A., nella ricostruzione di Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 589, andrebbe allora rilevato sul versante delle fonti dell'obbligazione più che su quello di una diversa tipologia di obbligazione (cioè l'obbligazione senza prestazione). Per la critica a tale impostazione, che darebbe vita a una inversione tra fatto e diritto (nel senso che in tal modo fonte dell'obbligazione sarebbe «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» per cui invece che di obbligazione senza prestazione si dovrebbe parlare di «prestazione senza obbligazione»), v. CASTRONOVO, *La relazione*, cit. e, in precedenza, ID., *Ritorno*, cit. Da ultimo, la posizione di DI MAJO è stata ribadita in *L'obbligazione “protettiva”*, cit., ove l'A. afferma che «attivato il circuito del contratto-contatto sociale, e 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», tanto più che dotando di contenuto effettivo il rapporto, aveva in precedenza scritto l'A., si giustificerebbero «comportamenti “virtuosi” del soggetto finalizzati non solo alla prevenzione del danno ma ad arrecare benefici al soggetto».

<sup>60</sup> Citata in effetti dalla Corte, pur se con riferimento al valore della scelta del medico da parte del paziente.

<sup>61</sup> Questo, per esteso, il passo cui si è accennato: «non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. 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, in base al quale [rapporto] il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione di detto «contatto», e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi». Concludere poi che il medico risponde per non aver fatto ciò a cui era tenuto significa affermare che vi è una vera e propria prestazione a contenuto positivo.

<sup>62</sup> 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, p. 874.

<sup>63</sup> NICOLUSSI, *Sezioni*, cit.



protezione, non esigibile dal creditore-paziente. Si tratterebbe di 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*). Circa tale prospettazione si potrebbe osservare che indubbiamente questo “credito alla protezione” è forse l’unico modo per dare in apparenza un senso alle altrimenti contraddittorie asserzioni della giurisprudenza; e però si è notato che anche questa ricostruzione, per la commistione cui dà luogo, finisce per essere intimamente inconciliabile, perché se davvero pretesa (credito) vi è, essa non può poi (come invece affermano la giurisprudenza e la dottrina da ultimo citata) non essere esigibile<sup>64</sup>. Inoltre, a seguire l’anzidetta tesi, si dovrebbe pure affermare che struttura sanitaria e medico sono coobbligati nei confronti del paziente, e tuttavia lo sono in modo “asimmetrico”, perché quest’ultimo può far valere il proprio credito solo verso la prima.

Anche nel pensiero appena descritto allora, pare lecito ritenere che la vera essenza del rapporto medico-paziente resti pur sempre una mera protezione, checché la si travesta da credito. Ad ogni modo quella esposta sembra essere la tesi sposata (e forse suggerita dalle caratteristiche della vicenda concreta<sup>65</sup> anche dalla sentenza in commento quando considera il «contatto sociale» come fonte di una prestazione che ha «contenuto contrattuale». Ma allora, a essere coerenti con tale impostazione, se ne dovrebbe dedurre che la responsabilità del medico discende da un vero e proprio *inadempimento* di una (vera e propria) prestazione, cioè da una *culpa in non faciendo*. Il problema invece è che, diversamente da quel che ci si aspetterebbe, la sentenza non qualifica la condotta del medico come *inadempimento*, bensì come «fatto illecito». Il che sembra manifestare tutta la debolezza della lettura che la Corte dà del «contatto sociale», quale fonte (così inteso) di una «prestazione senza obbligazione»<sup>66</sup>. Così come sembra manifestare l’ambiguità dell’idea, in precedenza richiamata (e a cui la Corte pare alludere), del “credito alla protezione”. In realtà la qualificazione della condotta medica come «fatto illecito» appare coerente con quell’impostazione (già riferita) secondo cui l’art. 1228 c.c. ser-

---

<sup>64</sup> Cfr. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., secondo il quale si avrebbe così un’obbligazione di «protezione», ossia nata di protezione ma che finisce in prestazione, e pertanto incoerente. Afferma 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».

<sup>65</sup> In effetti nel caso di specie la condotta del medico era consistita soprattutto in un ritardo (oltre che nella somministrazione di terapie non idonee a fronteggiare la patologia), per cui probabilmente tale circostanza poteva ingenerare l’equivoco che non si trattasse di un caso di violazione dell’obbligo di protezione, bensì di un *non facere* che costituiva inadempimento verso la (sola) struttura; tuttavia è sufficiente notare che l’equivoco sarebbe dipeso dal solo fatto che si tratta di condotta omissiva, essendo ben chiaro che non rileva il tipo di condotta ai fini della violazione degli obblighi di protezione (come cioè se essi fossero violabili da sole condotte attive), ma invece il fatto che attraverso di essa si produca il danno al paziente (come nella specie è avvenuto per il mancato impedimento del decorso della patologia).

<sup>66</sup> Per usare le parole di DI MAJO, *L’obbligazione*, cit., p. 451, nt. 21, criticato da CASTRONOVO, *La relazione*, cit., secondo il quale non può essere la mera condotta a dar vita a un’obbligazione che in realtà non esiste.



virebbe proprio a «rendere contrattuali» comportamenti che, in sua assenza, costituirebbero appunto fatti illeciti, e ciò per effetto del riconoscimento della sussistenza degli obblighi di protezione. E però, si noti, la “trasfigurazione” che detta norma opera di tali condotte comunque non può portare a considerarle «inadempimento», bensì solamente «violazioni» (dei doveri di protezione), non essendoci alcuna prestazione che, in senso tecnico, possa dirsi «inadempiuta»<sup>67</sup>. Ecco perché la sentenza risulta incoerente nel momento in cui dapprima adombra tale ricostruzione nell’occuparsi della responsabilità della struttura *ex art.* 1228 c.c., e successivamente la contraddice parlando di «prestazione» con «contenuto contrattuale» quando si occupa di quella del medico. È bensì vero che, anche a discorrere di «violazione» (e non di «inadempimento») il risultato è la responsabilità contrattuale, e tuttavia ciò, a seguire la dottrina richiamata, non deriverebbe da un’applicazione diretta dell’art. 1218 c.c., ma solamente analogica<sup>68</sup>.

7. – *Segue.* Al di là delle ricostruzioni e qualificazioni più o meno consapevoli, esito della sentenza che qui ci occupa è l’affermazione della responsabilità dell’ASL in concorso e in solido con quella (già statuita) del medico<sup>69</sup>. Circa tale responsabilità solidale è utile svolgere alcune considerazioni.

Invero va sottolineata la diversità di struttura che intercorre, a rigore, tra l’obbligazione del medico e quella dell’Ente: la prima si dice essere obbligazione senza prestazione (cioè di sola protezione), mentre la seconda obbligazione di prestazione *tout court* (e di contenuto più ampio dell’erogazione della sola attività medica, comprendendo anche le prestazioni cc.dd. “alberghiere”). Per cui va escluso che Ente e medico (rispettivamente: debitore e ausiliario) siano coobbligati in solido alla *prestazione*<sup>70</sup>. Né, in contrario, pare possibile affermare (come fa altra dottrina) che il medico risponde pur sempre per *culpa in non faciendo*<sup>71</sup> (allineandosi così la sua responsabilità a quella dell’Ente sanitario) perché, se diversità strutturale tra le obbligazioni vi è, i due soggetti non possono rispondere allo stesso titolo (un conto essendo l’inadempimento, altro

---

<sup>67</sup> Il medico, piuttosto, adempie un obbligo di prestazione altrui (precisamente della struttura); in tal senso v. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit. La peculiarità è, come si vedrà oltre, che il fatto illecito del medico non è commesso “in occasione” della prestazione, ma “in esecuzione” della prestazione (altrui).

<sup>68</sup> Cfr. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., che si richiama al proprio *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 503, nt. 200, in cui appunto afferma che l’applicazione dell’art. 1218 c.c. alla violazione degli obblighi di protezione debba ritenersi «non diretta ma analogica».

<sup>69</sup> Responsabilità solidale già affermata in dottrina (pur con riferimento ai medici dipendenti) in CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., p. 490, nt. 105.

<sup>70</sup> CASTRONOVO, *Ritorno*, cit. Altro è invece il discorso per la solidarietà nell’obbligazione risarcitoria, di cui subito si dirà nel testo.

<sup>71</sup> DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 12/2007, p. 1711 ss., nt. 8.





la «violazione»<sup>72</sup>. E però una tale diversità di titolo appare, allora, elemento che potenzialmente compromette la solidarietà nell'obbligazione risarcitoria, richiedendo invero la solidarietà *la eadem causa obligandi*. La situazione è, in altri termini, quella di due responsabilità (l'una per inadempimento, l'altra per «violazione») che si fondano su titoli diversi, e che quindi non potrebbero dar luogo a solidarietà. Per il che potrebbe quasi apparire più coerente, se si voglia invece giungere ad affermare la solidarietà, la tesi giurisprudenziale (avallata da di Majo) che vede nel «contatto sociale» la fonte (per il medico) di una vera e propria prestazione e quindi di un inadempimento; se non fosse che è facile osservare che medico e struttura comunque non sarebbero tenuti a prestazioni del tutto coincidenti (essendo la prestazione dell'Ente di contenuto più ampio)<sup>73</sup>. Per cui, a seguire invece la tesi dell'obbligazione senza prestazione, per affermare la solidarietà nell'obbligazione risarcitoria bisognerà ritenere che anch'essa sia conseguenza dell'estensione analogica alle violazioni dei doveri di protezione delle norme sulla responsabilità contrattuale, le quali dunque si applicheranno sia ai fatti (della struttura) costituenti inadempimento in senso tecnico della prestazione, sia ai «fatti illeciti» commessi dal medico “in occasione” della condotta tenuta in favore del paziente<sup>74</sup>.

In tal modo però accomunando condotte (l'inadempimento e la «violazione») la cui essenza è affatto distinta<sup>75</sup>.

Ma a ben vedere, il problema di fondo di queste ipotesi di responsabilità medica è, come

---

<sup>72</sup> CASTRONOVO, *Ritorno*, cit.

<sup>73</sup> Può non esser casuale allora che la Cassazione si sia premurata di “approvare” la soluzione data dalla Corte d'appello circa la qualificazione come da “contatto sociale” della responsabilità del medico. Approvazione della quale, in effetti, non v'era alcun bisogno, non essendo stato tale profilo sottoposto all'esame del Collegio. Si potrebbe allora ipotizzare che la preoccupazione della Cassazione fosse proprio quella di precisare che la nuova ricostruzione del rapporto medico di base-paziente non avrebbe comportato assorbimento della responsabilità del primo in quella della struttura (pur se tale rischio, di per sé, sussisterebbe a prescindere dalla tipologia del rapporto di lavoro del medico).

<sup>74</sup> Cfr. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione*, cit., il quale precisa che il fatto che la regola di responsabilità sia unica (l'art. 1218 c.c.) non comporta annegamento «della distinzione tra obbligo di prestazione e obbligo di protezione»; posto allora che il medesimo A. afferma la responsabilità solidale tra struttura e medico, se ne deduce che alla responsabilità per «violazioni» dei doveri di protezione la solidarietà è applicata pur sempre per analogia.

<sup>75</sup> In punto di solidarietà si potrebbe osservare che CASTRONOVO, in *Problema*, cit., p. 168 ss., nt. 185, sostiene (contrariamente a TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 77) che, nella fattispecie dell'art. 2049 c.c., non è ammissibile il regresso del committente (che abbia pagato l'intero) nei confronti del preposto, «dato che l'obbligazione del commesso e quella del committente non possono considerarsi tra loro solidali», essendo fondate l'una sull'illecito e l'altra sul rapporto di preposizione; né, continua l'A., a ciò osta l'art. 1292 c.c., perché la “medesima prestazione” «non si individua solo in relazione all'oggetto, ma anche al titolo, che qui è diverso» (concludendo l'A. che ciò non significa che il commesso non sia soggetto passivo dell'obbligo di risarcimento, ma «la divergenza tra profilo esterno e profilo interno dell'obbligo di risarcimento si risolve affermando la natura sussidiaria dell'obbligo del preposto, il quale sarà tenuto al risarcimento solo in caso di insolvenza del preponente»). Ci si potrebbe chiedere però perché invece, nel caso della concomitante responsabilità di medico e struttura (ritenuta solidale dallo stesso A. in *La nuova responsabilità*, cit., p. 490, nt. 105), la pur sussistente diversità di titolo tra le responsabilità non sia tale da far escludere la solidarietà (salvo ritenere, come detto, che essa vada applicata in via analogica).





emerge dalla lettura della massima della sentenza in commento, che il «fatto illecito» dell'operatore non è commesso “in occasione” dell'esecuzione della prestazione, bensì «in esecuzione» della prestazione curativa<sup>76</sup>. Il problema, intimamente connesso a quello della solidarietà, è insomma quello della coincidenza tra il contenuto (o comunque una sua parte) della prestazione dell'Ente e la condotta del medico rispettosa dei doveri di protezione; coincidenza che condurrebbe a dire che il medico risponde per la violazione di un dovere (di protezione) che però per l'ASL rientra nell'obbligo di prestazione. Quindi: ciò che per il medico è protezione, per l'Ente è prestazione, e la violazione del dovere di protezione comporta inadempimento dell'obbligo di prestazione, pur se sotto il solo profilo della causazione di un danno<sup>77</sup>.

Ebbene, la questione del contenuto della condotta del medico, e della sua identità sia nel caso in cui esista, sia in quello in cui manchi un contratto con il paziente, è stata discussa in dottrina, la quale ha affermato che «l'identità di contenuto della condotta del medico, vi sia o no un contratto con il paziente, risulta fuorviante, dato che questa condotta è bensì di prestazione, ma nei confronti di un creditore che non è il paziente bensì la struttura sanitaria»<sup>78</sup>, per cui «l'annidarsi dell'interesse di protezione del paziente nella situazione caratterizzata dalla prestazione dovuta dal medico nei confronti del proprio datore di lavoro non è in grado di trasformare il paziente a sua volta in creditore nei confronti del medico». La riflessione, nei termini in cui è posta, è senza dubbio condivisibile. Tuttavia sembra lecito notare che in tal modo il problema dell'identità viene osservato dalla sola angolatura che mette a confronto la condotta del medico verso il paziente con la prestazione che il sanitario deve eseguire in adempimento del contratto di lavoro con l'Ente; in altri termini nel confronto condotta-prestazione, la “prestazione” presa in considerazione è quella del medico nei confronti dell'ASL. Così facendo però lo scenario che tale visuale dipinge è quello di un medico che, per così dire, “volta le spalle” al paziente, il quale è visto come mero «sostrato materiale» della prestazione<sup>79</sup>. Mentre invece il problema del contenuto della condotta del medico si pone probabilmente in maniera più forte se l'attività del sanitario viene raffrontata, come *supra* accennato, non già con la prestazione che quest'ultimo deve alla struttura ma con quella che la struttura deve al paziente<sup>80</sup>. In tal caso infatti la prestazione della

---

<sup>76</sup> Prestazione, come visto, il cui obbligo la sentenza sembra attribuire in capo al medico, ma che in realtà è più corretto ritenere sussista solo in capo alla struttura.

<sup>77</sup> 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).

<sup>78</sup> CASTRONOVO, *La relazione*, cit.

<sup>79</sup> CASTRONOVO, *La relazione*, cit., che infatti scrive: «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».

<sup>80</sup> Il quale allora, in tale ottica, viene considerato non già (solamente) «sostrato materiale» di una prestazione da eseguire verso la struttura, ma destinatario di una prestazione (della struttura) nei propri confronti.

## JUS CIVILE



prima si sovrappone (quantomeno in parte<sup>81</sup> alla protezione dovuta dal medico, com'è nitidamente rappresentato dall'espressione della massima della sentenza secondo cui il «fatto illecito» del sanitario è commesso «in esecuzione» della prestazione (altrui, s'è detto)<sup>82</sup>.

Vale la pena notare che una tale sovrapposizione non significa, sia chiaro, che non possa darsi il caso di condotte illecite commesse dal medico (come pure da altri sanitari) “in occasione” dell'esecuzione della loro attività: si pensi, ad esempio, al danneggiamento di oggetti appartenenti al paziente. Ma è allora solamente in relazione a questo tipo di condotte che pare più opportuno parlare, almeno con riguardo alla figura (e alla conseguente responsabilità) del medico in qualche modo “incardinato” in una struttura sanitaria, di violazione di obblighi di protezione, mentre invece, con riguardo a quelle *latu sensu* sanitarie, nella parte in cui coincidono con la prestazione cui è obbligata la struttura, sarebbe più corretto parlare non già di «fatto illecito» (del medico), bensì di *inadempimento* (della struttura); per il che non appare fuori luogo interrogarsi circa l'effettiva sussistenza (e necessità) di un'autonoma responsabilità individuale del medico, specie se derivante dall'individuazione in capo a quest'ultimo di autonomi obblighi di protezione che ricalchino quelli di prestazione della struttura. Responsabilità individuale che, in verità, potrebbe addirittura rivelarsi esclusa anche in relazione alle condotte “altre” rispetto a quelle rientranti nella prestazione dell'Ente, laddove si ritenga che gli obblighi di protezione che dovrebbero prevenirle gravino (non anche sul singolo sanitario, ma) sulla sola struttura, in quanto accessori all'obbligo della prestazione principale; in tale ottica allora, secondo la lettura dell'art. 1228 c.c. che si è richiamata, i «fatti illeciti» commessi dal medico non sarebbero (più) quelli che coincidono con l'inadempimento della prestazione della struttura (almeno sotto il profilo della causazione di un danno) ma sarebbero appunto quelli estranei alla prestazione e di cui però in ogni caso risponderebbe l'Ente ex art. 1228 c.c., poiché costituenti «violazioni» di doveri di protezione in capo a esso solo gravanti.

A tale ricostruzione si potrebbe obiettare che, applicando l'art. 1228 c.c. così inteso a con-

---

<sup>81</sup> Poiché s'è già detto che la prestazione dovuta dalla struttura è più ampia di quella che coincide con l'attività strettamente medica.

<sup>82</sup> 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*, cit., p. 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», risolvendo però il problema (ritenendo non necessario prendere posizione sul tema degli obblighi di protezione), concludendo che «nel caso del medico (...) sembra che gli obblighi contrattuali relativi alla integrità fisica siano tutti compresi nell'obbligo di eseguire la prestazione principale», richiamandosi al precedente scritto di DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 1223, il quale afferma (p. 1244) che «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 dell'ausiliario (medico) con quella che dà adempimento all'obbligo di prestazione del debitore (struttura sanitaria) anche CASTRONOVO, nel recente *Eclissi*, cit., p. 158.



dotte che in sua assenza rientrerebbero nell'art. 2049 c.c., si elude la responsabilità del commesso (*i.e.* di colui che, se si applicasse l'art. 2049 c.c., sarebbe considerato tale), che resterebbe assorbita da quella del debitore. In realtà la questione va risolta individuando in capo a quale soggetto ritenere sussistenti gli obblighi di protezione: se in capo al debitore (l'Ente), per cui essi si affiancherebbero alla prestazione (che solo esso ha l'obbligo di eseguire), oppure in capo all'ausiliario, configurandosi allora quali mera protezione senza prestazione<sup>83</sup>, ma ponendo in tale caso il dubbio sul motivo per cui tali doveri di protezione debbano sorgere, qualora il debitore si serva di ausiliari, in capo a questi ultimi e non pur sempre in capo al debitore<sup>84</sup>. Non pare invece del tutto convincente affermare che siccome nella fattispecie dell'art. 2049 c.c. non è esclusa la responsabilità del commesso, allora anche nell'art. 1228 c.c. l'ausiliario debba essere a sua volta responsabile<sup>85</sup>. In contrario si può osservare che l'art. 2049 c.c. serve a rendere responsabile il committente sul presupposto di una responsabilità che comunque sussisterebbe (*ex* art. 2043 c.c.) per il commesso e soprattutto in una situazione in cui è la condotta dannosa (del commesso) che crea il rapporto, sul quale l'art. 2049 c.c. si innesta; mentre invece l'art. 1228 c.c. riguarda un rapporto che già c'è e intercorre tra chi risponde del fatto dell'ausiliario e il creditore. Per cui, se si ammette che tra le parti di tale rapporto vi siano degli obblighi di protezione<sup>86</sup>, dei fatti che ne costituiscono violazione solo il debitore risponderà; mentre la responsabilità degli ausiliari verrà semmai in rilievo nei rapporti interni con quest'ultimo<sup>87-88</sup>.

Ad ogni modo della questione della responsabilità individuale del medico la sentenza di cui si discorre non tratta diffusamente (né potrebbe trattare, per l'esistenza del giudicato sulla responsabilità del singolo professionista), limitandosi a confermare la ricostruzione della pronuncia d'appello. Tuttavia, in considerazione degli spunti che la Cassazione offre, un approfondimento del tema da parte della giurisprudenza che verrà appare opportuno.

**8.** – La sentenza che si è esaminata può avere ripercussioni non indifferenti su taluni aspetti del funzionamento delle strutture sanitarie pubbliche.

---

<sup>83</sup> Protezione, s'è detto, che dovrebbe comprendere condotte "altre" rispetto a quelle coincidenti con la prestazione del debitore-Ente.

<sup>84</sup> Salvo ritenere che sorgano in capo ad entrambi, ma si tratterebbe di inutile duplicazione.

<sup>85</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., pp. 489-490.

<sup>86</sup> E (se si ammette) che tali obblighi, dal lato passivo, gravino sul debitore (quindi non sugli ausiliari), come sembra in CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 50.

<sup>87</sup> Ma se si applica alla fattispecie dell'art. 1228 c.c. la soluzione data dalla dottrina prima richiamata all'art. 2049 c.c. (v. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 168 ss., nt. 185), si dovrebbe concludere che il regresso del debitore verso gli ausiliari non è ammissibile.

<sup>88</sup> Né si potrebbe richiamare, a sostegno della configurazione di un'autonoma responsabilità dell'ausiliario-medico pubblico dipendente, l'art. 28 Cost., perché esso riguarda, come autorevolmente argomentato, la sola responsabilità extracontrattuale (v. a tal proposito CASSETTA, *La responsabilità*, cit., p. 40 ss.).



In primo luogo è naturale che il principio espresso dalla Corte sia applicabile all'operato di tutte le categorie di medici convenzionati: medici di medicina generale, medici di continuità assistenziale<sup>89</sup> e pediatri di libera scelta<sup>90</sup>.

Sotto il profilo assicurativo, pur se il numero delle richieste di risarcimento che coinvolgono tali categorie di medici non è elevato<sup>91</sup>, è certo che dopo tale pronuncia le Aziende Sanitarie (o le imprese di assicurazione che le garantiscono per la RC) non potranno più respingere tali richieste (laddove indirizzate anche all'Ente quale corresponsabile) sulla sola scorta degli argomenti sostenuti dalla giurisprudenza precedente. Per non dire del fatto che la sentenza potrebbe costituire un pretesto per un (ingiustificato) innalzamento dei premi assicurativi.

Ma soprattutto l'affermazione della corresponsabilità solidale dell'ASL per l'operato del medico convenzionato, se da un lato indubbiamente offre al paziente un soggetto maggiormente solvibile dal quale ottenere il risarcimento, dall'altro solleva la questione dei rapporti interni tra Ente sanitario (al quale è presumibile si rivolga il danneggiato nella maggior parte dei casi) e medico convenzionato, ponendo il problema della configurabilità in tali casi di una responsabilità contabile del medico per danno erariale "indiretto", ossia il danno che consiste nella somma che l'Ente deve risarcire a terzi per effetto del pregiudizio provocato ad opera del soggetto a esso legato.

Invero la giurisprudenza di legittimità (ai fini del riparto di giurisdizione), stante il precedente orientamento giurisprudenziale che considerava responsabile del danno il solo medico convenzionato, non aveva per lo più affrontato il problema. In effetti le fattispecie di responsabilità contabile del medico di medicina generale hanno riguardato quasi esclusivamente i casi di c.d. "iperprescrizione" o erronea prescrizione di farmaci con costo a carico del SSN. Anzi, dalle sentenze che pur affermano in tali ipotesi la giurisdizione contabile sembra emergere che la stessa si fondi sulla natura amministrativa dei compiti di certificazione sanitaria attribuiti al medico convenzionato, rimanendo invece escluse dal perimetro di tale giurisdizione le prestazioni medico-professionali, nello svolgimento delle quali il medico sarebbe estraneo alla struttura amministrativa dell'Ente<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Questi ultimi, s'è visto, già recentemente considerati «ausiliari» dalla giurisprudenza.

<sup>90</sup> A dire il vero tra i medici convenzionati esiste anche la categoria dei medici Specialisti Ambulatoriali Interni, il cui rapporto è pure disciplinato da un Accordo Collettivo Nazionale (attualmente l'ACN 23 marzo 2005 per la disciplina dei rapporti con i medici specialisti ambulatoriali interni, veterinari ed altre professionalità (biologi, chimici, psicologi) ai sensi del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni); per essi, tuttavia, non si è nella prassi posta una questione di autonomia analoga a quella di altri medici convenzionati (di medicina generale o pediatri), posto che essi, oltre a non essere scelti dal paziente, operano pur sempre all'interno delle strutture (prevalentemente distrettuali, ma anche ospedaliere).

<sup>91</sup> A titolo meramente indicativo si può considerare il rapporto per l'anno 2014 (datato 27 aprile 2015 e reperibile in [www.provincia.bz.it](http://www.provincia.bz.it)) della Commissione conciliativa per questioni di responsabilità medica della Provincia Autonoma di Bolzano, istituita con legge provinciale 18 novembre 2005, n. 10. Dal rapporto di tale organismo (che pur opera su base volontaria) emerge che, a far data dalla sua entrata in funzione (agosto 2007) alla fine del 2014, i casi che hanno coinvolto medici di medicina generale costituiscono circa l'1,7% del totale.

<sup>92</sup> V. Cass. civ. sez. un. 13 novembre 1996, n. 9957 (che si rifà a Cass. civ. sez. un. 18 dicembre 1985, n.



Tuttavia ci si potrebbe ora interrogare sull'attualità di una tale conclusione, considerata l'affermazione di concorrente responsabilità dell'ASL, e considerato che i sanitari con rapporto di lavoro dipendente sono pacificamente soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti per i danni che l'Ente debba risarcire ai pazienti in conseguenza della loro condotta professionale dolosa o gravemente colposa<sup>93</sup>.

Un ultimo aspetto. La condivisibile affermazione di responsabilità *ex art. 1228 c.c.* dell'ASL per l'operato di un professionista del quale essa si serve per il perseguimento dei propri scopi istituzionali (a motivo, si legge, del «rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione») può dischiudere la via, all'interno del complesso sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, a nuovi ambiti di responsabilità: ci si riferisce, in particolare, all'operato delle strutture accreditate (pubbliche o private). In effetti, ai sensi dell'art. 8 *bis* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, le Regioni, per assicurare i livelli essenziali di assistenza, pos-

---

6442) secondo la quale «tra il medico di base e l'amministrazione pubblica si costituisce convenzionalmente un rapporto di servizio con riguardo alle attività che si inseriscono nell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell'USL, tra le quali rientrano quelle di natura non professionale, perché consistenti in certificazioni (compilazione di prescrizioni farmaceutiche e cartelle cliniche), nell'identificazione di assistiti e nell'accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie, ecc.; e, pertanto, qualora dall'espletamento di tali attività derivi un danno all'amministrazione, questa deve promuovere davanti alla Corte dei conti e non all'autorità giudiziaria ordinaria l'azione per il ristoro del pregiudizio che assuma d'avere subito, in quanto la responsabilità del sanitario dipende non dall'esercizio della sua professione medica, bensì dal comportamento illegittimo colposo o doloso posto in essere nell'ambito del rapporto di pubblico servizio». Successivamente, in tal senso, v. Cass. civ. sez. un. 21 dicembre 1999, n. 922 (relativa al danno patito dall'amministrazione in relazione all'indebita percezione da parte del medico di compensi per prestazioni professionali falsamente attestate ed in realtà non effettuate), che ha affermato la giurisdizione del giudice contabile sempre sul presupposto che i fatti fossero stati commessi dal medico non nell'espletamento della propria attività professionale, ma di «compiti di certificazione (identificazione dei soggetti assistibili, accertamento del loro diritto all'assistenza, compilazione di cartelle cliniche), i quali si inseriscono nell'ambito della struttura organizzativa degli enti mutualistici e sono, quindi, ricollegabili ad un rapporto di servizio con gli stessi». Ancora, di recente, in tal senso v. Cass. civ. sez. un. 2 aprile 2007, n. 8093.

<sup>93</sup> V. la recente Corte conti sez. giur. Umbria 11 dicembre 2013, n. 138, la cui massima recita: «è responsabile per danno erariale il personale dipendente, medico e paramedico, di un'azienda sanitaria in caso di dimenticanza di materiale estraneo nel corpo del paziente operato, allorché risulti evidente la grave colpevolezza del chirurgo e del personale infermieristico, nonché il nesso causale tra la loro condotta e l'evento dannoso, avendo ciascuno concorso, mediante un contributo causale, addizionale e indipendente (ossia non voluto e non concordato), al verificarsi del danno (nella specie, la Corte dei conti si è pronunciata in merito alla dimenticanza di una pinza nell'addome del paziente, configurando la responsabilità concorrente sia del primo e secondo operatore, che dell'infermiere strumentista tenuto alla conta iniziale dei ferri chirurgici ed alla verifica degli stessi al termine dell'intervento)». In precedenza v., *ex plurimis*, Corte conti sez. giur. Lombardia 1° febbraio 2011, n. 84; Corte conti sez. giur. app. 5 marzo 2009, n. 137; Corte conti sez. giur. Toscana 31 agosto 2007, n. 802. Tra l'altro va pure incidentalmente ricordato che la magistratura contabile ha sempre rivendicato la propria giurisdizione addirittura nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione danneggiata, e però legati alla stessa da un rapporto di servizio, «il quale si configura quando un soggetto viene inserito a qualsiasi titolo nell'apparato organizzativo pubblico» (v. Corte conti sez. giur. Lazio 27 ottobre 2008, n. 1685). E va sottolineato che, secondo la giurisprudenza di legittimità, a tal fine è ritenuta sufficiente la sussistenza di una «relazione funzionale» tra l'autore della condotta produttiva di danno e l'Ente pubblico (v. Cass. civ. sez. un. 9 settembre 2008, n. 22652).



sono avvalersi (e in concreto si avvalgono) anche di soggetti che siano in possesso di determinati requisiti (determinati ai sensi dell'art. 8 *quater* d.lgs. cit. e certificati attraverso la procedura di accreditamento), con i quali poi le Aziende Sanitarie stipulino appositi accordi. Si tratta di strutture alle quali il cittadino può rivolgersi in alternativa alle Aziende Sanitarie (come indica infatti il co. 2 dell'art. 8 *bis*) e sulle quali, ai sensi dell'art. 8 *octies* della citata normativa, la Regione e le stesse Aziende Sanitarie hanno il dovere di compiere controlli estesi anche alla qualità dell'assistenza e all'appropriatezza delle prestazioni rese (non limitati quindi ai soli rapporti economici tra le parti).

Di tal che, ponendo mente alla logica che ha guidato la Corte di cassazione all'affermazione della responsabilità della struttura pubblica per l'operato del medico convenzionato, il passo verso la sua estensione anche ai casi di danni provocati da personale delle strutture accreditate può sembrare breve. In effetti seppur su tali organizzazioni non è possibile un sistematico e penetrante controllo dell'Azienda Sanitaria, è altrettanto vero che si è visto come la possibilità di tale controllo non costituisca fondamento della responsabilità *ex art.* 1228 c.c. Tuttavia, di fronte a codesto scenario, è legittimo chiedersi fino a quali orizzonti può spingersi il meccanismo dell'art. 1228 c.c. (almeno per come lo si è inteso), ossia fino a quando può dirsi che, a fronte della prestazione eseguita per il tramite della struttura accreditata, debitore resta pur sempre l'ASL; se non altro perché, a ben guardare, anche quest'ultima è in fondo strumento attraverso il quale la Regione adempie al proprio dovere di assicurare i livelli essenziali di assistenza<sup>94</sup>.

Di certo vi è che l'eventuale affermazione di responsabilità dell'ASL per l'operato della struttura accreditata, comporterebbe quantomeno l'opportunità di una precisa regolamentazione di tale fenomeno nei rapporti tra le parti<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> V. l'art. 3, co. 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

<sup>95</sup> Regolamentazione al momento assente, ad esempio, nello schema di accordo contrattuale approvato dalla Regione Veneto con DGR 3 luglio 2012, n. 1303. Sulle perplessità che desterebbe invece una clausola di manleva da parte del medico in favore della struttura sanitaria, v. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 161, nt. 183, pur se va osservato (a parte il fatto che per le strutture pubbliche già vi sarebbe la disciplina della responsabilità contabile) che tale clausola potrebbe essere circoscritta a determinate casistiche (o mimare, per le strutture private, la responsabilità contabile, operando solo per i casi di dolo o colpa grave), così da non riversare del tutto sul singolo operatore il rischio d'impresa della clinica. E ciò potrebbe valere anche per i soggetti accreditati, pur se la loro situazione non è assimilabile a quella dei sanitari che operano presso le strutture, posto che i soggetti accreditati un rischio d'impresa lo assumono.