



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, giuridiche e studi internazionali-SPGI

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN: DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL
LAVORO

26 °CICLO

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA STRUTTURA SANITARIA PER DANNO DA INEFFICIENTE ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa MANUELA MANTOVANI

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa ARIANNA FUSARO

Dottoranda: LIDIA MASTROPASQUA

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA
STRUTTURA SANITARIA PER DANNO DA
INEFFICIENTE ORGANIZZAZIONE DEL
SERVIZIO**

INDICE

CAPITOLO I	5
-------------------------	----------

La responsabilità della struttura sanitaria pubblica	5
---	----------

Sez. I: Il rapporto di assistenza sanitaria attraverso l'analisi delle discipline coinvolte ed il diritto alla qualità delle prestazioni sanitarie

1. La responsabilità della struttura sanitaria pubblica: dalla responsabilità extracontrattuale alla responsabilità contrattuale	5
2. La teoria delle prestazioni sanitarie come prestazioni amministrative rese ai privati	16
3. La nuova concezione del servizio pubblico ed il rapporto "paritario" di utenza.....	23
4. Dalla "deregolazione" alla Direttiva p.c.m. 27.01.2004	26
5. Le Carte dei servizi pubblici	28
6. La Carta dei servizi sanitari e il diritto alla qualità delle prestazioni .	34

Sez. II: Il contratto di assistenza sanitaria nell'evoluzione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale

7. Il contratto di assistenza sanitaria nel quadro degli Accordi contrattuali	40
8. La teoria del contratto d'opera professionale	42
9. Il contratto atipico di ospitalità	46

10. Dagli obblighi autonomi ed accessori di protezione al “contratto di protezione”	52
11. Il contratto di assistenza sanitaria come contratto di prestazione di un servizio	56
12. Le ultime evoluzioni giurisprudenziali: verso l’affermazione di un modello unitario di responsabilità tra strutture pubbliche e private attraverso la figura del contratto di assistenza sanitaria	60

***CAPITOLO II*** **64**

La responsabilità della struttura sanitaria privata **64**

1. Le prime configurazioni dottrinali del rapporto ente/paziente: il contratto di albergo atipico e la responsabilità ex art. 2049 per la <i>malpractice</i> medica	64
2. L’analisi della prima giurisprudenza di merito	70
3. La sentenza del Tribunale di Napoli e la riflessione in ordine alla qualificazione giuridica del contratto concluso tra casa di cura e paziente	78
4. Il percorso evolutivo della giurisprudenza di legittimità	85
5. Il modello di responsabilità contrattuale della struttura secondo Cass. n. 103/99 e le critiche della dottrina	86
6. Cass. n. 9556/02 e l’abbandono definitivo del modello della responsabilità extracontrattuale della struttura per l’operato del medico	90
7. Cass. n. 507/08: l’uniformazione del modello di responsabilità per la strutture pubblica e privata	104

8. La c.d. attività intramuraria: la centralità della prestazione sanitaria a prescindere dalla sua fonte pubblicistica o privatistica 107
9. La responsabilità civile della struttura per l'attività intramuraria ... 110

***CAPITOLO III* 119**

Casistica giurisprudenziale sulle ipotesi di responsabilità della struttura sanitaria 119

1. Responsabilità dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base 119
2. Responsabilità per danno da nascita indesiderata 125
3. Responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione e per somministrazione di farmaci emoderivati..... 133

***ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA* 141**

***ABSTRACT* 145**

***BIBLIOGRAFIA* 149**

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA PUBBLICA

Sez. I: Il rapporto di assistenza sanitaria attraverso l'analisi delle discipline coinvolte ed il diritto alla qualità delle prestazioni sanitarie.

1. La responsabilità della struttura sanitaria pubblica: dalla responsabilità extracontrattuale alla responsabilità contrattuale.

L'azione pubblica in campo sanitario ha origine, già in epoca molto antica, per finalità di difesa della salute pubblica sotto il profilo igienico-sanitario. La garanzia delle condizioni di salute della popolazione era attività di pubblico interesse, non in considerazione del diritto individuale alla tutela della salute (il cui riconoscimento era ancora ben lontano), ma eminentemente, come problema di ordine pubblico, o, meglio, di polizia sanitaria, in relazione ai pericoli derivanti dalla diffusione delle malattie, specie di tipo epidemico, la cui incidenza e pericolosità è stata, fino a tempi non remoti, molto più estesa che oggi¹.

In questo quadro, il rapporto tra paziente ed ente ospedaliero traeva origine da un atto amministrativo di ammissione al servizio ed era caratterizzato

¹ Per uno studio sull'evoluzione storica dell'assistenza sanitaria, vedi AICARDI, *La sanità*, in Trattato di diritto amministrativo a cura di CASSESE, tomo I, *Le funzioni di ordine. Le funzioni di benessere*, seconda edizione, Milano, 2003, pag. 626-710.

dalla posizione di potere dell'ente pubblico gestore del servizio, rispetto al privato².

La Pubblica Amministrazione era tenuta unicamente a conformare la propria attività al rispetto delle leggi.

La tesi dell'ammissibilità di una responsabilità dell'ente pubblico si è fatta avanti molto lentamente ed in modo niente affatto lineare. Nella prima giurisprudenza in materia, coesistevano tendenze contrastanti.

Un primo orientamento escludeva nei confronti della P.A. la piena operatività del *neminem laedere* e negava di conseguenza l'assoggettabilità dell'attività pubblica ad un controllo generalizzato in termini di "colpa".

In tale contesto, era necessario riferirsi alla contrattualità ed al carattere privatistico del rapporto tra ente pubblico e privato per legittimare un parziale controllo di merito all'attività dell'amministrazione.

Pian piano la giurisprudenza, per mezzo delle cosiddette sentenze "normative", riconobbe la piena operatività del principio del *neminem laedere* nei confronti della P.A., ravvisando nelle regole di comune ed elementare prudenza, un limite alla discrezionalità amministrativa³.

² In tal senso vedi, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 347; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, *Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, Milano, 1959, 145; SANTILLI, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in *La responsabilità medica: atti del Congresso tenutosi a Pisa nel 1981*, Milano, 1982, 181. L'Autrice riporta l'affermazione del Forti, un illustre giurista degli inizi del secolo scorso che pure fu tra le più autorevoli voci nella denuncia del "dispotismo amministrativo", figlia del tempo in cui fu formulata: "La P.A. non può divenire responsabile quando il malato degente in ospedale riceva danno dalla mancanza di cure dei sanitari ... *omissis*... né dovrà rispondere dell'imperizia e della negligenza poiché della tutela della integrità fisica e della vita essa è chiamata a far governo discrezionale, per quanto abbia potuto danneggiarli nell'esercitare la sua attività a tal fine direttamente indirizzata".

³ Il principio che l'amministrazione pubblica, anche nello svolgimento di un'attività discrezionale, è tenuta all'osservanza della regola del *neminem laedere* è riaffermato in svariate fattispecie (Cass. 18 marzo 1968, n. 882 in *Foro italiano*, Rep., 1969, voce *Responsabilità civile*, n. 211; 20 dicembre 1967, n. 2981, *id.*, 1968, I, 1009; 25 luglio 1966, n. 2039, *id.* 1967, I, 1004; 21 febbraio 1966, n. 520, *id.*, 135; 17 maggio 1965, n. 926, *id.* Rep. 1965 voce cit., n. 86).

Una volta riconosciuta dalla giurisprudenza la piena operatività del principio del *neminem laedere* nei confronti della P.A., la via della responsabilità extracontrattuale degli istituti ospedalieri era definitivamente affermata ed è su tale sfondo che la contrapposizione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale ha progressivamente perso il carattere ambiguo che la connotava in origine.

Le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza anteriore alla riforma sanitaria, non erano univoche.

Il riconoscimento prevalente era a favore di una responsabilità diretta dell'amministrazione ex art. 2043 c.c. In base a questa impostazione, un comportamento colposo di un dipendente che avesse arrecato lesione ad un diritto primario, qual è quello all'integrità fisica, comportava la responsabilità diretta della pubblica amministrazione⁴.

Accanto a questo orientamento, emergeva, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la tendenza a configurare un risarcimento anche a titolo contrattuale, qualora ricorressero gli estremi dell'inadempimento di obblighi specifici derivanti dalla volontà delle parti⁵.

⁴ Si veda, nel senso di una diretta responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione, Cass. 5 gennaio 1979, n. 31, in *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, 954 la quale, sul punto, statuisce che "l'ente pubblico è responsabile per i fatti illeciti commessi dai suoi dipendenti a titolo di responsabilità diretta in virtù del rapporto organico che immedesima l'attività degli organi con quella dell'ente pubblico". Ancora, in senso conforme, Cass. 6 maggio 1971, n. 1282 in *Foro italiano*, 1971, I, 1456, che afferma il principio secondo il quale "l'attività della pubblica amministrazione anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma primaria e fondamentale del *neminem laedere*".

⁵ L'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione che ha portato ad un'affermazione sempre più decisa della configurabilità di una responsabilità contrattuale a carico dell'ente ospedaliero, emerge dall'esame delle seguenti pronunce: Cass. 25 luglio 1967, n. 1950, in *Foro italiano*, Rep. 1967, voce *Responsabilità civile*, n. 312 secondo cui, premesso che la qualità di ente pubblico di un istituto ospedaliero non vale ad escludere la responsabilità in ordine al danno colposamente arrecato da un suo medico ad un paziente, il consenso di quest'ultimo integra un presupposto giustificativo necessario di ogni trattamento medico o chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita o l'incolumità fisica del paziente stesso; Cass. 6 marzo 1969, n. 733, in *Foro amministrativo* 1969, I, 245, dove si afferma che "l'ente pubblico ospedaliero è tenuto al risarcimento dei danni patiti dalle persone ricoverate, sia a titolo contrattuale, quando ricorrono

Tuttavia, tale riconoscimento finiva, in concreto, col perdere rilevanza nel momento in cui la giurisprudenza, da un lato, imponeva al danneggiato il gravoso onere di provare l'esistenza del rapporto contrattuale, dall'altro, si manifestava propensa a considerare questa possibilità non eventuale, ma addirittura eccezionale, rispetto al carattere di regola extracontrattuale della responsabilità dell'ente pubblico ospedaliero⁶.

In genere, infatti, prendendo in considerazione lo scopo di realizzazione di un interesse collettivo, proprio dell'assistenza sanitaria, si escludeva l'esistenza di un rapporto contrattuale tra degente e istituto ospedaliero, ravvisandosi piuttosto l'adempimento di obblighi imposti da norme imperative di legge e, conseguentemente, una responsabilità extracontrattuale a carico dell'ente.

gli estremi dell'inadempimento di obblighi contrattualmente assunti, sia a titolo extracontrattuale, per inosservanza del principio del *neminem laedere*. Le due forme di responsabilità possono concorrere e vanno ricondotte entrambe alla ipotesi della responsabilità diretta della persona giuridica pubblica, risalendo all'ente la responsabilità del comportamento lesivo del diritto altrui, tenuto nell'esercizio delle sue funzioni dal dipendente (nella specie medico) in virtù del rapporto organico"; Cass. 13 novembre 1970, n. 2932, in *Giurisprudenza Italiana* 1971, I, 1, 622; 15 maggio 1973, n. 1368, *Foro italiano*, Rep. 1973, voce cit., n. 99.

⁶ Si veda, in questo senso, CERRAI-GIANFRANCESCHI, *Sulla natura della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica: atti del Congresso tenutosi a Pisa nel 1981*, cit. 154 ss., ove si porta l'esempio di una pronuncia inedita del Tribunale di Firenze 27 marzo 1974, in cui si afferma il carattere di regola extracontrattuale della responsabilità dell'ente pubblico, proprio svolgendo le premesse della Cassazione. A sostegno di tale assunto, il tribunale adduce le seguenti argomentazioni: "A mente della disciplina della prestazione del servizio sanitario dei pubblici ospedali, regolata dal r.d. n. 1631 del 1938 all'epoca dei fatti, la tutela e la cura della salute della generalità dei cittadini si presenta come intesa prevalentemente alla realizzazione di un pubblico interesse, talchè il rapporto instaurato tra il privato e l'ente si articola normalmente su di un piano che risponde ai caratteri del pubblico servizio. Né va attribuita alcuna decisiva influenza, nella classificazione del rapporto, neppure alla onerosità della prestazione, prevista dalla legge e che si riscontra del resto anche in altre ipotesi di servizi gestiti da amministrazioni pubbliche (vedi, ad es. il servizio postale), mentre rilievo determinante assume senza dubbio al contrario, la esclusione di ogni interferenza del privato nella scelta del personale medico destinato all'espletamento delle singole prestazioni, comprese quelle di essenziale rilevanza, come gli interventi chirurgici". Il Tribunale di Firenze non esclude, tuttavia, che eccezionalmente il rapporto paziente-ospedale possa essere qualificato come rapporto contrattuale, ma è necessario, a tal fine, la prova di atti e comportamenti in grado di dimostrare l'instaurarsi di un particolare rapporto obbligatorio negoziale, né basterebbe la "mera affermazione del ricovero del paziente in camera di prima o di seconda classe".

La legge 23 dicembre 1978 n.833 istitutiva del SSN, che ha concepito la tutela della salute come pubblico servizio da garantire a tutti i cittadini, provvedendo in modo uniforme su tutto il territorio nazionale attraverso una rete completa di unità sanitarie locali (artt. 1 e 10)⁷, ha fatto pensare di essere in presenza di un rapporto in tutto e per tutto pubblicistico, basato su di un diritto pubblico soggettivo alla fruizione del pubblico servizio spettante *ex lege* al cittadino, fuori da ogni rapporto contrattuale con l'amministrazione.

L'ostacolo al riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria pubblica era costituito dalla ritenuta incompatibilità tra pubblico servizio e contratto da un lato, e tra contratto e diritto soggettivo alla fruizione del servizio dall'altro.

La dottrina civilista supera il problema, accogliendo la teoria di chi afferma la compatibilità tra pubblico servizio e contratto attraverso il riferimento all'esistenza di contratti che hanno ad oggetto prestazioni di pubblico servizio (pubblici trasporti, energia elettrica, gas, acqua, servizio

⁷ Art. 1. "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge".

Art. 10. "Alla gestione unitaria della tutela della salute si provvede in modo uniforme sull'intero territorio nazionale mediante una rete completa di unità sanitarie locali".

postale); e dall'altro lato, la compatibilità tra contratto e diritto soggettivo alla fruizione del servizio pubblico attraverso la figura dell'obbligo a contrarre, che trasforma il diritto al servizio in diritto al contratto avente ad oggetto il servizio⁸.

Secondo questa impostazione tuttavia, la fonte del rapporto andrebbe ricercata non nell'obbligo a contrarre del monopolista, bensì nella norma, non scritta, che impone al medico l'obbligo di prestare l'assistenza sanitaria e dunque di contrarre⁹.

Allo stesso tempo, la l. 833/78 si rivela centrale per lo sviluppo di una concezione contrattuale del rapporto tra ente e paziente, per i numerosi indici in tal senso presenti. Non solo è richiesto il consenso dell'assistito agli accertamenti e ai trattamenti sanitari (art. 33 comma 1); è altresì assicurato il diritto alla libera scelta del luogo di cura (art. 19 comma 2) o di ricovero (art. 25, comma 9) e dello stesso medico di fiducia (art. 19, comma 2, art. 25 comma 4); e questo rapporto di fiducia, precisa la legge (art. 25, comma 5), "può cessare in qualsiasi momento a richiesta dell'assistito o del medico; in quest'ultimo caso la richiesta deve essere motivata".

Anche la scelta dell'unità sanitaria locale¹⁰ (oggi Ausl) alla quale rivolgersi è, in larga misura, rimessa all'assistito che può accedere ai servizi

⁸ GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, 711-712.

⁹ E tuttavia si precisa che "il traslato non può estendersi fino al punto di concepire l'amministrazione sanitaria come una sorta di "medico collettivo" che conclude con gli assistiti veri e propri contratti d'opera intellettuale".

¹⁰ La legge 833 del 1978 definiva la Usl struttura organizzativa comunale di carattere operativo, preposta all'erogazione di prestazioni di assistenza sanitaria in favore della popolazione; in particolare l'art. 10 la qualificava come il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi appartenenti ai Comuni o comunità montane che, in un determinato ambito territoriale, assolveva ai compiti del Servizio Sanitario Nazionale. Il legislatore del 1978 pertanto non associava alla Usl una precisa qualificazione giuridica, ma legando tale organismo operativo alla comunità territoriale, la configurava quale organo di gestione comunale, priva di personalità giuridica e, pertanto, priva di rappresentanza legale, di patrimonio, di autonomi poteri organizzativi e gestionali, alla cui base operavano organi collegiali di derivazione politica. Con il d.lgs. n.

di assistenza dell'unità sanitaria locale del luogo di residenza (presso la quale è iscritto), ma anche, per motivate ragioni o se provvisoriamente dimorante altrove, a quelli di "qualsiasi unità sanitaria locale" (art. 19, comma 4).

Peraltro, il legislatore sanitario, a partire dal d.lgs. n. 502/92 (art. 8) si è mosso nell'ottica di parificare le strutture private a quelle pubbliche, lasciando al cittadino la libera scelta del luogo di cura fra tutte le strutture ed i professionisti accreditati dal servizio sanitario nazionale, in quanto in possesso dei requisiti minimi richiesti dalla legge e che abbiano accettato il sistema della remunerazione a prestazione¹¹.

La gran parte della dottrina civilista e la giurisprudenza oggi riconoscono la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, mancando tuttavia univocità di vedute in ordine alla fonte del rapporto tra paziente ed ospedale¹².

502/92 e successive modificazioni, sono stati prodotti due fenomeni fondamentali: la riorganizzazione delle Unità sanitarie locali, attraverso la loro trasformazione in Aziende con personalità giuridica pubblica (Ausl) e varie forme di autonomia (organizzativa, amministrativa, patrimoniale, gestionale, tecnica e contabile); la valorizzazione del ruolo normativo della Regione, alla quale sono attribuite importanti funzioni legislative ed amministrative in materia di assistenza sanitaria ospedaliera, con particolare riguardo alla determinazione dei principi di organizzazione delle Aziende, dei servizi e dei criteri del loro finanziamento e sempre sotto il profilo organizzativo, la possibilità di determinare la circoscrizione territoriale delle Asl, tendenzialmente coincidente con quella provinciale.

¹¹ Tale normativa ha subito diverse modificazioni, dapprima ad opera dell'art. 9 d.lgs. n. 517/93 e successivamente dall'art. 6 legge n. 724/94. Da ultimo, la legge n. 419/98 detta i principi e i criteri direttivi delega al Governo al fine di garantire la libertà di scelta ed assicurare il suo esercizio da parte dell'assistito; definire un modello di accreditamento rispondente agli indirizzi del piano sanitario nazionale; definire, ai fini dell'accreditamento delle strutture sanitarie pubbliche e private *standards* minimi di strutture, attrezzature e personale. Tale delega è stata attuata con il d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 il cui art. 8 *octies*, sviluppa il sistema delle autorizzazioni, dell'accreditamento e degli accordi contrattuali e definisce i criteri di remunerazione delle strutture erogatrici ed il sistema dei controlli sull'appropriatezza e sulla qualità delle prestazioni erogate dalle strutture accreditate. Sulle tappe salienti dell'*iter* legislativo che ha portato il prevalere del modulo dell'accreditamento e sul procedimento stesso per ottenere la qualifica di ente accreditato cfr. DALFINO, *Dal convenzionamento all'accreditamento istituzionale*, in *Foro italiano*, 1999, I, 2932. In senso critico sull'assetto così determinatosi, cfr. FERRARA, *Gli operatori privati della sanità. Il sistema delle tre A: tra concorrenza e servizio pubblico*, in *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 192-211.

¹² Non manca il *caveat* di chi, ventilando il pericolo sotteso alla contrattualizzazione del diritto alla salute, ha evidenziato, quale possibile smagliatura nella capacità di tenuta del sistema, l'inapplicabilità dello schema nel caso in cui il paziente sia portato nella struttura privo di sensi. In tal senso vedi SANNA, *Osservazioni critiche in tema di contratto di spedalità*, (nota a Pret. Tolmezzo 21 aprile 1998), in

Secondo parte della dottrina, questa va ricercata nel rapporto¹³ che attiva un'obbligazione *ex lege* facente carico all'ente; secondo altra parte della dottrina, nel contratto che si conclude tra la struttura e il paziente¹⁴ (posizione questa, che ha trovato largo seguito in giurisprudenza¹⁵); una terza posizione¹⁶ infine, è indifferente alla fonte del rapporto, in quanto, sia che si tratti di inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, sia che derivi dalla legge, non vi è luogo per l'illecito aquiliano, potendo configurarsi unicamente una responsabilità contrattuale.

La questione è stata trattata più di recente dalla Terza sezione civile della Cassazione, secondo cui la ravvisata mancanza di un *quid* che possa configurarsi come contratto costituirebbe un ostacolo all'applicazione della disciplina del Codice del consumo sui contratti dei consumatori¹⁷.

Responsabilità civile e previdenza, 1998, 1561, dove l'Autore (rifacendosi all'opinione di M. Zana, *Responsabilità del medico e tutela del paziente*, Milano 1993, 89 ss.; 119 ss.; nonché di ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, 237 ss.) si sofferma sull'opportunità di un ricorso (*de iure condito*) allo schema della responsabilità extracontrattuale in combinazione (*de iure condendo*) con un rimedio pubblicistico di tipo assicurativo. Decisamente critica nei confronti della configurazione di un vincolo di tipo negoziale, come fonte del rapporto tra struttura e paziente anche BERTOCCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle strutture sanitarie pubbliche e private*, in (a cura di) RUFFOLO, *La responsabilità medica: le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali; per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici)*, Milano 2004, 103 la quale allude ad una *factio iuris* cui viene fatto ricorso in ragione di una più effettiva tutela del paziente.

¹³ MONATERI, *La responsabilità civile in Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Torino, 1998, 769-770; DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia juris e regole di formazione giurisprudenziale in Danno e Responsabilità*, 7/99, 777; BERTOCCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle strutture sanitarie, pubbliche e private*, cit. 103.

¹⁴ Vedi in dottrina, CERRAI e GIANFRANCESCHI, *Sulla natura della responsabilità medica* cit., 153; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 265; GALGANO *op.cit.*, 712; BILANCETTI *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 1996, 312; VIGOTTI, *La responsabilità del professionista*, in *La responsabilità civile*, aggiornamento 1988-1996, diretta da ALPA e BESSONE, pag. 787.

¹⁵ In giurisprudenza: Cass. 24.3.1979 n. 1716, in *Foro Italiano*, 1980, I, 1115; Cass. 11.5.1988 n. 2144, in *Foro Italiano*, 1988, I, 2296; Cass. 27.5.1993, n. 5939, in *Foro Italiano, Repertorio*, 1993, voce *Professioni intellettuali*, 114; Trib. Vicenza 27.1.1990, in *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1990, I, 734; Trib. Verona 4.10.1990, in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, I, 2, 696; Trib. Monza 7.6. 1995, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, 389.

¹⁶ Cass. 4.8.1987, n. 6707, *Foro Italiano*, 1988, I, 1629 con nota di MAZZARA.

¹⁷ Cass. sez. III, 2.04.2009, n. 8093 la quale esclude che il rapporto utente azienda sanitaria tragga origine da un contratto, anche meramente tacito, in quanto rapporto di natura essenzialmente pubblicistica.

Per dirimere il contrasto tra gli orientamenti, in questa ordinanza il collegio accoglie la sollecitazione del p.m. circa l'opportunità che la questione venga rimessa alle Sezioni Unite, affinché sciolgano il dubbio. La medesima ordinanza conferma ad ogni buon conto la natura contrattuale della responsabilità della struttura¹⁸.

Il recente intervento del legislatore in materia, attraverso il d.l. 13.09.2012, n. 158 introduce, in un sistema codicistico immutato, due norme, gli artt. 3 e 3 *bis* rispettivamente dedicati il primo alla “*Responsabilità professionale dell’esercente la professione sanitaria*” ed il secondo intitolato alla “*Gestione e monitoraggio dei rischi sanitari*”.

La prima norma (art. 3¹⁹) dedicata alla “Responsabilità dell’esercente la professione sanitaria” è, secondo l’interpretazione di un’attenta dottrina, che

Riperkorrendo il ragionamento del giudice di legittimità, la prestazione sanitaria costituirebbe l’attuazione di una obbligazione traente diretto fondamento dalla legge istitutiva del SSN a fronte di un diritto soggettivo (di natura pubblica) riconosciuto all’utente che ne fa richiesta. Una posizione non condivisibile, in quanto la legge, stando al dettato dell’art. 1173 c.c., sarebbe inidonea *ex se* a generare obbligazioni in mancanza di un atto o fatto giuridico idoneo a produrle. In tal senso, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, II, 30 ss. ma anche PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, in FRANZONI (a cura di), *La responsabilità nei servizi sanitari*, Torino, 2011, 159 ss.

¹⁸ Cass. ord. 2.4.2009, n. 8093, in *Danno e Responsabilità*, 2010, 56 ss., con nota di BENEDETTI e BARTOLINI ove, in motivazione è dato leggere: “Quando il cittadino-utente si rivolge alla struttura sanitaria pubblica o in convenzione, la ricezione della sua richiesta e la conseguente attivazione della struttura non danno luogo alla conclusione, nemmeno per fatto concludente, di un contratto, ma realizzano soltanto l’attuazione dell’obbligazione della mano pubblica di fornire il servizio. (...*omissis*...) La conclusione che nega la ricorrenza del contratto non è in alcun modo confliggente con la comune ed ormai acquisita qualificazione come contrattuale della responsabilità della struttura ospedaliera anche pubblica. Tale affermazione, infatti, non sottende che quando ci si rivolge alla struttura del Servizio Sanitario nazionale o ad una struttura convenzionata si stipuli un contratto, ma vuole significare che la cattiva esecuzione della prestazione dà luogo a responsabilità contrattuale nel senso di responsabilità nascente da adempimento di un obbligo preesistente o dalla sua cattiva esecuzione e non nel senso di responsabilità per inadempimento di un contratto o per sua cattiva esecuzione. Il concetto di responsabilità contrattuale, cioè, viene usato nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso – comune alla dottrina in contrapposizione all’obbligazione da illecito extracontrattuale- di responsabilità che nasce dall’inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, che nella specie sta a carico della struttura del Servizio Sanitario nazionale”.

¹⁹ «1. L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»;

si ritiene di dover accreditare, chiaramente riferita al medico persona fisica; la seconda (art. 3 *bis*²⁰) è dedicata alle strutture sanitarie in una prospettiva di controllo dei rischi sanitari²¹.

Con l'art 3, nel rinvio all'art. 2043 c.c., il legislatore conferisce rilievo centrale alla valutazione della colpa allorquando è in gioco la responsabilità del singolo operatore sanitario; diversamente puntando ad un'attività di prevenzione nella gestione e nel controllo del rischio sanitario allorquando è in gioco la dimensione collettiva dell'agire organizzato (art. 3 *bis*).

Questa interpretazione confermerebbe, nonostante le voci contrastanti di parte della dottrina e della giurisprudenza²², la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, avendo voluto il legislatore con il suo intervento riformatore incidere unicamente sul regime di responsabilità del medico quale professionista intellettuale, riportandolo nell'alveo del 2043 c.c.²³.

²⁰ «Art. 3-bis. (Gestione e monitoraggio dei rischi sanitari). - 1. Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi. Il Ministero 7 della salute e le regioni monitorano, a livello nazionale e a livello regionale, i dati relativi al rischio clinico».

²¹ DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, (a cura di) ALEO, DE MATTEIS, VECCHIO, Padova, 2014, 128 ss.; BREDA, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. Legge Balduzzi*, in *Responsabilità sanitaria: diritto e assicurazione*, Atti del convegno di Verona del 12 aprile 2014, Milano, 2014, 30-35.

²² In giurisprudenza, sono state diverse e divergenti le letture dell'inciso "resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.": vi è la posizione dei Tribunali di Varese 26.11.2012 n. 1406 (in *Danno e responsabilità*, 2013, p.375), di Enna, 18.5.2013, n. 252 (in *Danno resp.*, 2014, 74) e di Torino 26.2.2013 (in *Danno e responsabilità*, 2013, 373) che sostanzialmente ritengono il riferimento pregnante in termini di qualificazione della responsabilità in chiave extracontrattuale, seppure solo per le ipotesi di contatto sociale ovvero per le ipotesi di responsabilità del medico c.d. dipendente. Con la particolarità degna di nota del Tribunale di Torino che ritiene la normativa riferibile ai soli operatori pubblici comprese le stesse strutture di cura. Opposte le conclusioni raggiunte dal Tribunale di Arezzo 14.02.2013, (in *Danno e responsabilità*, 2013, 368), di Cremona, 19.09.2013, (in www.altalex.it), di Firenze 12.02.2014, (in www.liderlab.sssup.it), di Caltanissetta 19.09.2013, (in www.altalex.it) che concludono, seppure secondo argomentazioni non del tutto tra loro sovrapponibili, per l'irrilevanza in termini di qualificazione del titolo della responsabilità della normativa di nuovo conio.

²³ In tal senso. DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario*, cit., 149-150 e 154.

Non può tacersi a questo proposito, la posizione da ultimo presa al riguardo dalla Cassazione, con ordinanza del 17 aprile 2014, n. 8940²⁴. Nel caso di specie la ricorrente struttura sanitaria si doleva della violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218, 2043 e 2697 c.c. con riguardo all'art. 360 c.p.c. n. 3 prospettando una censura della sentenza di primo grado per avere ritenuto la responsabilità della struttura sanitaria ai sensi dell'art. 1218 c.c. Ciò, si legge nell'ordinanza, in base alla ritenuta e sollecitata necessità di un ripensamento di tale consolidato orientamento che trarrebbe argomenti proprio dal tenore letterale dell'art. 3 primo comma della legge n. 189 del 2012, che avrebbe disposto per il futuro la obbligatoria qualificazione della responsabilità del medico e di riflesso della struttura sanitaria di cui è dipendente in chiave aquiliana (viene in tal senso richiamata la decisione del Tribunale di Torino del febbraio 2013²⁵).

La Corte ritiene che il motivo sia del tutto inidoneo a superare la soglia dell'ammissibilità ai sensi dell'art. 360-*bis* c.p.c. n. 1 ed illustrandone le ragioni, conferma la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria²⁶.

²⁴ Cfr. Cass. civ., sez.IV, ord., 17 aprile 2014, n. 8940 in www.ilcaso.it. Già in precedenza la terza sezione civile della Cassazione (con la decisione n. 4030 del 2013) aveva lasciato intendere che nulla sarebbe mutato, ma si trattava di poco meno di un *obiter dictum*.

²⁵ Cfr. Trib.Torino, 26.02.2013, in *Danno e responsabilità*, 2013, p.373.

²⁶ I giudici della suprema Corte, in motivazione sottolineano che "la fattura della norma, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all' esercente la professione e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell' inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché "*in lege aquilia et levissima culpa venit*", vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente di quella natura. Tanto evidenza che la norma non sembra avere a regime l'esegesi sostenuta dalla ricorrente e che, quindi, non può avere le ricadute sulle vicende pregresse da essa supposte, sulla falsariga del precedente di merito invocato. Non sembra ricorrere, dunque, alcunché che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni".

2. La teoria delle prestazioni sanitarie come prestazioni amministrative rese ai privati

Secondo un'altra impostazione la relazione che si instaura tra Servizio Sanitario Nazionale ed utente andrebbe qualificata come rapporto di prestazione amministrativa²⁷.

Appare il caso di sottolineare la peculiare natura di ente pubblico della A.S.L. la quale, in seguito alla riorganizzazione delle Unità sanitarie locali attraverso la loro trasformazione in aziende, è dotata di personalità giuridica pubblica e conserva *in toto* la natura di ente pubblico²⁸, godendo altresì di autonomia imprenditoriale²⁹.

Le relazioni di prestazione amministrativa, pur configurandosi come rapporti di prestazione, non potrebbero essere ricondotte a situazioni giuridiche soggettive a carattere obbligatorio, almeno nel quadro di regole

²⁷ FERRARA, *Prestazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive degli utenti del Servizio Sanitario Nazionale*, in *L'ordinamento della sanità* (a cura di FERRARA, Torino 2007, 215 ss.

Posizione peraltro, confermata dalla citata ordinanza della Cassazione, sez. III, 2.04.2009, n. 8093 che ritiene il rapporto tra utente e SSN di natura essenzialmente pubblicistica.

²⁸ A deporre in tal senso non è solo l'attribuzione della personalità giuridica pubblica, ma anche il fatto che in essa si riscontrano i tradizionali indici di riconoscimento dell'ente pubblico (poteri di nomina degli organi, finanziamento, controlli) con la conseguente loro assoggettabilità alla disciplina di diritto pubblico.

²⁹ Sul punto cfr. CILIONE, *Diritto sanitario*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 116 ss. secondo cui: "L'art. 3, comma 1-bis del decreto legislativo 229 del 1999 attribuisce all'ASL l'autonomia imprenditoriale. Tale autonomia (*..omissis..*) fa dell'ASL un'impresa sanitaria istituzionalmente orientata al raggiungimento di risultati non economici, ma condizionata nel suo operare da precisi processi economici... (*omissis*).. Per le ASL, *imprenditorialità* significa, in particolare, il conseguimento, nel medio e lungo periodo, d'un punto di equilibrio fra la riduzione del disavanzo, tendente al raggiungimento del pareggio di bilancio, e l'esigenza di conseguire e/o mantenere livelli qualitativi e quantitativi di assistenza. Sostanzialmente, l'autonomia imprenditoriale significa inoltre poter esternalizzare i servizi, ricorrendo, secondo schemi civilistici, *all'outsourcing*, valorizzare il patrimonio in modo tale da trasformarlo in finanziamento di attività, attivare sperimentazioni gestionali, ricorrere a figure altamente professionali per svolgere funzioni di interesse strategico o attribuendo loro incarichi dirigenziali. La funzione imprenditoriale nelle Aziende sanitarie è ripartita tra la Regione, che partecipa al rischio economico con la determinazione del campo di azione delle Aziende, e le singole Aziende che scelgono il "come fare", rappresentato, in altre parole dai mezzi e dai modi di sviluppo dell'attività; una tale impostazione è stata condivisa da diverse leggi regionali che, seppure con terminologie differenti, attribuiscono alla Regione il compito di definire e fissare i limiti della funzione imprenditoriale".

della comune esperienza giuridica, in quanto in tal modo si profilerebbero sempre posizioni di vantaggio qualificabili come diritti soggettivi³⁰.

Apparirebbe più congruo quindi parlare di situazioni di obbligo e di obbligazione, essendo chiaro che solo in quest'ultimo caso si manifesta una situazione attiva con i connotati del diritto pieno.

Proprio per questo motivo, la dottrina meno recente si rivolgeva ad analizzare il problema cruciale della qualificazione giuridica dei rapporti di prestazione amministrativa, mettendone a nudo l'aspetto più importante, ossia quello della qualificazione privatistica o pubblicistica dei rapporti giuridici sostanziali che i privati stringono con gli enti pubblici³¹.

Inoltre, sia in relazione al servizio pubblico in senso stretto che alle prestazioni amministrative, si individuava in un concreto e peculiare atto di ammissione la fonte del c.d. diritto al godimento delle prestazioni rese ai cittadini, provvedimento di ammissione i cui elementi strutturali erano rappresentati dall'accertamento e da un atto volitivo³².

Da ciò le note indagini della dottrina in ordine al contenuto del rapporto di prestazione e al possibile affievolimento del diritto³³.

³⁰ Sul punto cfr. FALCON, voce *Obbligazione-obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, vol. XXI, pag. 5 che, dopo aver precisato che le prestazioni pubbliche “formano l'oggetto di ciò che la letteratura recente usualmente denomina diritti sociali”, osserva: “La prestazione amministrativa... richiede un momento preliminare di organizzazione del servizio, corrispondente ad una determinazione legislativa, in relazione alla quale il privato non dispone di un diritto o di altra situazione soggettiva tutelabile. Si può certo affermare che in simili casi spesso il diritto sorge in un secondo momento, in relazione alla prestazione, una volta che l'organizzazione sia costituita e funzionante. Ma anche in questo più limitato senso, non sempre è agevole concepire *ab initio* il rapporto tra utente richiedente ed istituzione amministrativa come un semplice rapporto obbligatorio avente ad oggetto la prestazione: se non altro perché in taluni momenti della resa del servizio- a cominciare dalla stessa ammissione- permangono spesso elementi di discrezionalità tecnica ad esercizio riservato. Ciò da un lato produce la conseguenza che la posizione del richiedente appare subordinata ad un potere amministrativo (e perciò piuttosto di interesse legittimo che di diritto soggettivo), dall'altro trasforma la posizione di obbligato alla prestazione in quella di titolare di un potere funzionale”.

³¹ ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano 1956, 57 e ss.

³² Ancora ALESSI, *op. ult. cit.* 108 ss.

³³ CAIA, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna 2005, 131 ss.

Per risolvere il problema della qualificazione giuridica dei rapporti di prestazione amministrativa, occorre, secondo questa impostazione, distinguere da un lato i servizi pubblici aventi rilievo industriale, o comunque economico imprenditoriale, e dall'altro quelli c.d. sociali in senso proprio³⁴.

Laddove le prestazioni nei confronti dei privati siano rese da soggetti i quali gestiscano servizi pubblici imprenditoriali, il rapporto giuridico sostanziale che si viene a creare fra il privato e la pubblica amministrazione sarà fondamentalmente di tipo obbligatorio e, quindi, di diritto comune, mentre allorché si tratti di prestazioni amministrative in senso proprio, in quanto erogate da apparati amministrativi e in connessione con servizi aventi una chiara ed inequivocabile vocazione sociale, si dovrà accertare di volta in volta, quale sia la relazione giuridica concretamente coinvolta, con tutto ciò che ne deriva sul terreno della ricognizione delle situazioni giuridiche soggettive imputabili ai privati interessati.

In tale ultima ipotesi, perderebbe di rilievo l'aspetto della qualificazione giuridica del soggetto che eroga la prestazione in favore del privato.

Il che sta a significare che la conclamata natura di azienda delle ASL, cui è comunque conferita la personalità giuridica di diritto pubblico, oppure la qualificazione in senso privatistico delle strutture accreditate, non saranno di per se stesse risolutive per determinare la qualità giuridica dei rapporti di prestazione e utenza fra il servizio sanitario nazionale ed i suoi fruitori.

³⁴ Tale categorizzazione non ha un valore meramente descrittivo, in quanto è la stessa l. 8 giugno 1990, n. 142, così come successivamente "riversata" nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, a distinguere, fra l'altro, tra quei servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale e quei servizi, sforniti delle caratteristiche dell'impresa ma con evidenti risvolti sociali (cfr. ora, per le differenti tipologie normative, rispettivamente, l'art. 113 e l'art. 113-bis del cit. d.lgs. n. 267/2000).

Quindi, se il criterio della qualificazione giuridica del soggetto che eroga la prestazione riveste oggi un valore relativo in quanto gli apparati oggettivamente pubblici sono spesso connotati da un mix di disciplina (pubblicistica e privatistica) e dall'ormai irreversibile privatizzazione del rapporto d'impiego dei loro dipendenti, sembra tuttavia possibile distinguere ciò che è servizio sociale da ciò che si configura come manifestazione di potere imprenditoriale. In altre parole sembra possibile separare il frutto del libero apprezzamento discrezionale dei soggetti pubblici, i quali abbiano eventualmente deciso l'assunzione di un servizio avente un rilievo dal punto di vista del mercato, da quei servizi che sono gestiti dall'amministrazione per la loro importanza sociale, in ottemperanza a precisi ed ineludibili valori costituzionali.

La linea di demarcazione che sembra consentire di individuare ciò che è prestazione amministrativa in senso proprio da ciò che si configura come servizio pubblico a carattere imprenditoriale, può essere tracciata in relazione al tipo di attività concretamente assunta e soprattutto alla luce e in conseguenza di valutazioni che sono di stretto diritto positivo. Sarà dunque la concreta organizzazione, insieme ai fini ed alle caratteristiche generali del servizio, indicati dalle norme istitutive, a far sì che una certa area di prestazioni sia qualificabile come propria di un servizio pubblico a carattere economico oppure di tipo sociale.

In questo quadro è fuori dubbio che quando si tratti di un servizio pubblico avente rilevanza imprenditoriale, il quale operi sul mercato con gli strumenti del diritto comune, il rapporto giuridico sostanziale dei cittadini/utenti si configurerà alla stregua dei principi e delle regole del diritto privato.

Si crea in tal caso tra stazione erogante ed utente un autentico vincolo contrattuale di diritto comune, da cui risulta sicuramente imputabile in capo al privato una situazione piena di diritto soggettivo non degradabile, ma eventualmente solo modificabile in relazione alle nuove e mutate condizioni di mercato (fissazione di nuove tariffe, impossibilità di continuare nell'erogazione del servizio, con la sua conseguente sospensione, ecc.).

Inoltre, non sarà possibile invocare per gli enti responsabili dell'erogazione del servizio l'eventuale affievolimento del diritto pieno, il quale sarà sempre tutelabile innanzi al giudice ordinario.

Esistono comunque alcuni fattori di identificazione della categoria delle prestazioni amministrative in senso stretto, tali da differenziarla da quella delle prestazioni connesse con l'espletamento di servizi pubblici aventi rilievo imprenditoriale: si tratta di prestazioni relative a servizi sociali e come tali non immediatamente implicate con finalità di lucro o comunque economiche in senso lato; il soggetto che eroga le prestazioni è un ente pubblico o struttura assimilata sul piano funzionale; l'attività di prestazione è anche collegata con l'esercizio di una funzione pubblica.

Senza addentrarsi nella dibattuta questione delle nozioni di funzione e servizio, si può rilevare che in presenza di una norma come l'art. 32 Cost., ciò che da altro punto di vista parrebbe essere meramente servizio si configura invece come funzione pubblica in senso forte, in quanto avente ad oggetto primari interessi di vita dei cittadini³⁵.

A ciò si deve aggiungere, qualora tale problematica venga invece affrontata dal punto di vista della rilevanza e del significato delle situazioni

³⁵ FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Torino, 1997, 513 ss.

giuridiche soggettive dei privati, che non solo la Costituzione prevede in più disposizioni la duplicità delle situazioni di vantaggio dei cittadini, annunciando un duplice ordine di tutele giurisdizionali (artt. 24, 103, 113 Cost.), ma che lo stesso art. 32 Cost. non è privo di irrisolte ambiguità, in quanto declina un diritto fondamentale dell'individuo e un non meno fondamentale interesse della collettività.

Il che sembra portare alla conclusione che nel vigente assetto costituzionale, la materia della sanità pubblica sia in parte correlata al concetto di funzione e in parte a quella di servizio e che, se ciò è vero, sarà possibile individuare atti e provvedimenti a carattere autoritativo e atti e comportamenti delle strutture del servizio sanitario nazionale più agevolmente spiegabili alla luce del diritto comune.

L'art. 32 Cost. fonda per un verso un diritto fondamentale e declina, per un altro verso, un mero diritto sociale.

Con la conseguenza che se l'art. 32 Cost. canonizza un diritto assoluto, non degradabile ad opera della pubblica amministrazione, allora la situazione giuridica soggettiva del cittadino nei riguardi degli apparati pubblici di prestazione si configurerà sempre, per logica conseguenza, alla stregua di un diritto pieno.

Al contrario, qualora si ritenga, invece, che il c.d. diritto alla salute non superi la pur rilevante soglia del diritto sociale, ci si troverebbe al cospetto di un groviglio di situazioni giuridiche riconducibili al paradigma dell'interesse legittimo³⁶.

³⁶ Cfr. FERRARA, *Prestazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario nazionale*, in FERRARA, VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino 2009, pag. 204, il quale sottolinea come la natura di Giano bifronte del diritto alla salute, in quanto fondamentale diritto della persona e diritto in senso meramente sociale "ragionando in termini di situazioni giuridiche giustiziabili nel processo, porta spesso a concludere che il cosiddetto diritto alla salute si configura tecnicamente ora come

Nel caso dei servizi sociali quali quello sanitario, si configura una considerevole potestà di autoorganizzazione, ossia di determinazione degli *standard* e delle modalità di erogazione, soprattutto in dipendenza delle risorse finanziarie disponibili. L'attività di prestazione si manifesta quindi sia attraverso atti e comportamenti privatistici, sia mediante provvedimenti di carattere autoritativo, cosicché diversa sarà la relazione giuridica di volta in volta intercorrente tra soggetto erogatore e privato destinatario e diverse saranno le situazioni giuridiche imputabili a quest'ultimo³⁷.

La prima ipotesi, in cui si versi nel campo di atti amministrativi a carattere generale e/o a valenza normativa con cui si dispone in merito all'organizzazione del servizio, senza tuttavia toccare concretamente la sfera di interessi di una singola persona fisica, è quella in cui la posizione soggettiva del privato non supera spesso la soglia della mera aspettativa non qualificata, in quanto si possiede un mero interesse vuoi alla legalità dell'azione amministrativa, vuoi al buon andamento della stessa.

Le altre due possibilità che intuitivamente possono presentarsi sono che l'atto amministrativo con cui si dispone in ordine ad una prestazione amministrativa, o negandone o subordinandone la fruizione a qualche presupposto, produca l'effetto di ledere o un interesse legittimo oppure un diritto soggettivo perfetto.

A parte la prima ipotesi, in cui il difetto di una situazione di vantaggio qualificata si tradurrebbe nel diniego di ogni forma di tutela giudiziale, per

un diritto soggettivo perfetto azionabile innanzi al giudice ordinario, con la pienezza dei mezzi di tutela riconosciuti dall'ordinamento positivo, soprattutto sul versante della tutela cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., ora come un mero interesse legittimo, divenuto tale in conseguenza dell'esercizio del potere discrezionale di autoorganizzazione esercitato dalla pubblica amministrazione".

³⁷ In tal senso v. MOLASCHI, *Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 2000, I, 621 ss.

individuare il ramo di giurisdizione competente nelle altre due ipotesi, occorrerebbe rivolgersi ai criteri tradizionali elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Quindi anche nel caso di attività amministrativa di prestazione, sembra opportuno utilizzare la coppia dicotomica norme di relazione/norme di azione al fine di enucleare la situazione protetta tutelabile giudizialmente e il ramo di giurisdizione competente, essendo inteso che dalla violazione di norme di relazione si farà discendere la lesione di un diritto soggettivo, mentre dall'inosservanza di norme di azione, la lesione di un mero interesse legittimo³⁸.

3. La nuova concezione del servizio pubblico ed il rapporto “paritario” utente/gestore.

L'impostazione sopra descritta, delineando il rapporto di servizio pubblico alla stregua di un rapporto di prestazione amministrativa, assimila il rapporto di erogazione ad un vero e proprio rapporto amministrativo.

In realtà, come rilevato da un'attenta dottrina, se si volesse tentare di prospettare le diverse dimensioni in cui ci si è accinti a studiare i servizi pubblici, si dovrebbe tracciare una grande partizione tra la dimensione più spiccatamente amministrativa, in cui viene posta l'attenzione in una chiave di lettura macroeconomica agli enti erogatori di servizi, alla loro organizzazione interna, ai rapporti con gli apparati centrali dello Stato e alle modalità di organizzazione del servizio; e la dimensione privatistica in cui,

³⁸ Sul tema del riparto di giurisdizione per un'efficace visione di sintesi, TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006, 115 ss. Sul carattere di tendenzialità da attribuire alla coppia dicotomica norme di azione/norme di relazione, nel solco di un'autorevole dottrina: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, *passim*, ma spec. 65 ss.

privilegiando la chiave di lettura microeconomica, l'attenzione viene posta sul rapporto tra ente e utente, singolarmente considerato alla stregua di qualsiasi altro rapporto di consumo³⁹.

Questa apparente incomunicabilità dei due settori deve essere risolta, in quanto la dicotomia si fondava su un modello di erogazione e di gestione dei servizi ormai superato. Nel nuovo modello si coniugano le esigenze dell'imprenditorialità con quelle dell'interesse del consumatore e del pubblico in senso lato.

Nello sviluppo del nuovo modello, fondamentali si sono rivelati gli stimoli provenienti dalle Istituzioni comunitarie per l'accoglimento di un'ampia e unitaria nozione di *servizi c.d. di interesse generale*, entro cui far rientrare qualsiasi prestazione resa alla collettività degli utenti a prescindere dal fatto che il servizio possa essere materialmente condotto e gestito da soggetti pubblici o privati in cui la pubblica amministrazione mantiene il ruolo istitutivo/organizzativo e/o di affidamento e a prescindere dalla distinzione tra servizi aventi rilevanza imprenditoriale e servizi c.d. sociali⁴⁰.

Nel superamento di quella dicotomia tra pubblico e privato, si è affermata un'ampia nozione di servizio pubblico inteso come “complesso delle prestazioni contrassegnate da un rilevante interesse collettivo ed effettuate in favore del cittadino-utente da enti pubblici o da operatori privati, in regime di diritto pubblico o privato”⁴¹.

³⁹ ALPA, *Utenza pubblica e rapporti di diritto privato*, in *I contratti atipici*, II, diretto da ALPA e BESSONE, Torino 1991, 473 ss.

⁴⁰ Vedi in tal senso la *Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi di interesse generale* del 13.01.2004 ove si accomunano ai fini della disciplina, servizi dell'energia, i servizi postali, trasporti, telecomunicazioni, sanità e istruzione; la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo*, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Libro bianco sui servizi di interesse generale, del 12.5.2004- COM(2004)374, entrambi reperibili in *eur-lex.europa.eu*.

⁴¹ Cfr. ORICCHIO, *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, in *Temi di diritto privato*, collana diretta da ALPA, Milano, 2001, 53 il quale giunge a questa nozione, accogliendo la prospettiva funzionale dei servizi

La suddetta nozione di servizio pubblico può essere considerata “a valenza orizzontale”⁴² in quanto in grado di evidenziare come l’attività espletata nell’ambito dei pubblici servizi si componga sia di atti espressivi della funzione amministrativa, sia di atti di diritto comune o paritetici, sia di contratti ad oggetto pubblico ed anche di operazioni o prestazioni materiali riconducibili ai su menzionati tipi.

Ove si acceda alla ricostruzione in termini unitari dell’istituto giuridico dei pubblici servizi, appare logica conseguenza ritenere che fra il cittadino-utente ed il soggetto (pubblico o privato) che fornisce il servizio pubblico, non può che esservi, dal punto di vista concettuale, un rapporto di utenza pubblica.

Un rapporto inteso come categoria di genere (al pari del concetto di servizio pubblico in senso ampio) in quanto contrassegnato finalisticamente dalla rilevanza sociale delle prestazioni rese al cittadino, e che pur presentando diversi livelli di commistione di momenti pubblicistici e di momenti privatistici e prestandosi a differenti articolazioni e varianti tipologiche, porta a configurare nel suo ambito la categoria giuridica del contratto di utenza pubblica.

All’insegna di una concezione unitaria di servizio pubblico, che ricomprende sia servizi economici in senso proprio che servizi di rilevanza sociale, si è imposta l’opera del legislatore di tipizzazione delle formule gestorie-organizzative e delle tecniche di prestazione, consentendo di superare i vecchi steccati in passato eretti in un’ottica che privilegiava

pubblici elaborata da FRESA, in *Sevizio pubblico*, voce del *Dizionario amministrativo* diretto da Guarino, 1983, pag. 1357.

⁴² CAIA, *Diritto amministrativo*, cit. 131 ss.

l'amministrazione come autorità, piuttosto che come struttura erogatrice di servizi⁴³.

Parallelamente a questi cambiamenti che hanno condotto ad una nuova nozione di servizio pubblico, altri processi in atto nel settore dei servizi pubblici, quali la privatizzazione delle imprese esercenti e la liberalizzazione dei mercati, hanno condotto ad una revisione dei rapporti di utenza che, in linea con gli stimoli provenienti dalle Istituzioni comunitarie, è stata indirizzata verso la promozione e la garanzia degli interessi degli utenti⁴⁴.

4. Dalla “deregolazione” alla Direttiva p.c.m. 27.01.2004

Nel regime tradizionale infatti, la disciplina dei servizi pubblici era rigidamente determinata a livello normativo ed amministrativo. Essa costituiva uno strumento di guida dell'ente erogatore e di riconoscimento del suo “statuto” privilegiato, piuttosto che di garanzia degli utenti. La disciplina era diretta al perseguimento di finalità di politica economica, tesa al raggiungimento di obiettivi macroeconomici, assicurando all'esercente un regime di privilegio, in larga misura derogatorio delle norme del codice civile, nell'implicito presupposto che ciò fosse necessario ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico.

Per effetto delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni, vi è innanzi tutto una tendenza a “deregolare” la disciplina dei rapporti di utenza. Il

⁴³ Sottolinea l'importanza della conformazione in senso funzionale dell'attività nei pubblici servizi, con la conseguente attenzione ai momenti dell'organizzazione e dell'erogazione, FRESA, op. cit. pag. 1358, ove si legge: “La conformazione dell'attività in senso funzionale, nei pubblici servizi è complessiva, riguardando, in un quadro che dovrebbe essere unitario e globale: le modalità di organizzazione, i modi di svolgimento dell'attività, (anche attraverso la puntualizzazione dei momenti di gestione), l'imposizione di fini operativi; oltre, naturalmente, gli obiettivi più generali, ricollegabili, sinteticamente, ai “fini sociali”.

⁴⁴ Così, ALPA, *Utenza pubblica e rapporti di diritto privato*, in *I contratti atipici*, cit. 473.

riconoscimento ai privati della libertà di offrire ed acquistare i servizi sul mercato sarebbe contraddetto dalla determinazione autoritativa delle condizioni di fornitura. Contemporaneamente, vi è un momento inverso, per il quale la definizione delle regole dei rapporti di utenza è assoggettata ad una nuova disciplina speciale, diretta a promuovere i fruitori dei servizi. In assenza di questa, gli utenti, spesso privi di un adeguato patrimonio informativo e di un effettivo potere contrattuale, sarebbero esposti a determinazioni e condotte di esercenti operanti per scopo di lucro⁴⁵.

La tendenza alla “riregolazione” dei rapporti di utenza si è espressa, in ossequio alla ormai accreditata configurazione unitaria dei pubblici servizi, con l’adozione di un corpo unitario di principi e regole, finalizzati a disciplinare in maniera uniforme l’erogazione dei servizi pubblici: la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27.1.1994.

La suddetta direttiva enuncia i principi di uguaglianza, imparzialità, continuità, diritto di scelta, partecipazione, efficienza ed efficacia, che dovrebbero informare l’erogazione dei servizi pubblici.

Inoltre, sotto il titolo II che disciplina “Gli strumenti”, è prevista l’adozione e la pubblicazione di standard di qualità⁴⁶.

⁴⁵ Sulla “deregolazione” e “riregolazione” dei rapporti di pubblico servizio vedi NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 296 ss.

⁴⁶ L’art. 1 (II parte), sotto il titolo *Adozione di standard*, prevede: “Entro tre mesi, i soggetti erogatori individuano i fattori da cui dipende la qualità del servizio e, sulla base di essi, adottano e pubblicano standard di qualità e quantità di cui assicurano il rispetto”.

I soggetti erogatori definiscono standard generali e standard specifici di qualità e quantità dei servizi. I primi rappresentano obiettivi di qualità che si riferiscono al complesso delle prestazioni rese. I secondi si riferiscono a ciascuna delle singole prestazioni rese all’utente, che può direttamente verificarne il rispetto. Gli standard sono accompagnati da una relazione illustrativa nella quale si descrivono, tra l’altro, le modalità previste per il loro conseguimento; i fattori principali esterni al soggetto erogatore e indipendenti dal suo controllo che potrebbero incidere significativamente sul conseguimento degli standard; i metodi di valutazione utilizzati per fissare o rivedere gli standard, con una previsione relativa alle valutazioni future. Nella relazione i soggetti erogatori determinano, altresì, gli indici da utilizzare per la misurazione o la valutazione dei risultati conseguiti; forniscono una base di comparazione per raffrontare i risultati

Dalla lettura della suddetta norma, appare chiaro che l'ottemperanza da parte degli enti erogatori agli obiettivi di qualità, sia generali sia speciali, costituisce oggetto di un preciso obbligo, non assoggettabile a condizioni, né derogabile se non a determinate condizioni di favore per l'utente.

In attuazione di tale direttiva, con decreto-legge 12.5.1995 n. 163 convertito in legge 11.7.1995, n. 273 è stato previsto all'art. 2 che “con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono emanati schemi generali di riferimento di carte di servizi pubblici, predisposte... per i settori individuati”.

Occorre precisare come l'obbligo di dotarsi di una Carta dei Servizi pubblici investa tutti i soggetti erogatori di servizi, siano essi pubblici o privati.

5. Le Carte dei servizi pubblici

L'art. 2 è stato poi abrogato dall'art. 11 d.lgs. n. 286/1999⁴⁷, facendo salvi gli schemi di riferimento già emanati.

effettivamente ottenuti con gli obiettivi previsti; descrivono gli strumenti da impiegarsi al fine di verificare e convalidare i valori misurati.

Gli standard sono sottoposti a verifica con gli utenti in adunanze pubbliche.

L'osservanza degli standard non può essere soggetta a condizioni. Essi sono derogabili solo se i risultati sono più favorevoli agli utenti.

Gli standard sono periodicamente aggiornati, per adeguarli alle esigenze dei servizi. Le nuove regole devono essere adottate e seguite avendo cura di ridurre al minimo le conseguenze disagi per gli utenti. I soggetti erogatori adottano ogni anno piani diretti a migliorare progressivamente gli standard dei servizi”.

⁴⁷ Qualità dei servizi pubblici:

1. I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi.

2. Le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfettario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità sono stabilite con direttive, aggiornabili annualmente, del Presidente del Consiglio dei Ministri. Per quanto riguarda i servizi erogati direttamente o indirettamente dalle regioni e dagli enti

L'art. 11 ha disposto la sostituzione degli schemi generali di riferimento con direttive, da aggiornarsi annualmente, del Presidente del Consiglio dei Ministri, per i servizi pubblici nazionali e con atti di indirizzo e coordinamento, per i servizi pubblici erogati direttamente o indirettamente dalle Regioni e dagli enti locali.

I contenuti delle carte vengono predeterminati dalla disposizione stessa con una certa precisione: criteri di misurazione della qualità dei servizi, condizioni di tutela degli utenti, casi e modalità di indennizzo automatico forfetario all'utenza per mancato rispetto degli standard previsti dalle carte stesse.

Contenuti concreti, effettivi, che non possono ridursi a mere presentazioni pubblicitarie del servizio offerto, ma che devono concretarsi in una elencazione puntuale degli obblighi dell'esercente verso l'utente e dei rimedi predisposti in capo a quest'ultimo per il caso in cui il servizio venga offerto a condizioni qualitativamente inferiori a quelle fissate nella carta.

Il Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) ha costituito un punto di svolta nella valorizzazione delle carte dei servizi, anche dal punto di vista delle modalità della loro adozione (che è il frutto non più di un atto unilaterale ma di un atto adottato in collaborazione con le associazioni dei consumatori).

locali, si provvede con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la conferenza unificata di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

3. Le iniziative di coordinamento, supporto operativo alle amministrazioni interessate e monitoraggio sull'attuazione del presente articolo sono adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, supportato da apposita struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri. È ammesso il ricorso a un soggetto privato, da scegliersi con gara europea di assistenza tecnica, sulla base di criteri oggettivi e trasparenti.

4. Sono in ogni caso fatte salve le funzioni e i compiti legislativamente assegnati, per alcuni servizi pubblici, ad autorità indipendenti.

Infatti, se gli utenti dei servizi pubblici hanno diritto all'erogazione dei servizi pubblici "secondo standard di qualità ed efficienza" (art.2 lett. g c. cons.), lo strumento per attuare questo diritto sono proprio le carte dei servizi, che servono a rendere pubblici gli standard di qualità ed efficienza (art. 101, c.2, c. cons.), alla cui determinazione devono concorrere, anche attraverso le associazioni rappresentative, i consumatori e gli utenti (art. 101, c.3, c. cons.).

Tuttavia, nel contesto del Codice del consumo, il legislatore sembra volersi limitare a norme di rinvio, rimettendo ad una legislazione statale o regionale- ancora tutta da costruire- la disciplina specifica delle carte dei servizi, diversificata per settore.

L'art. 8 del d.l. 24.01.2012 n. 1⁴⁸ (cd.decreto legge liberalizzazioni), convertito con legge 24.03.2012 n. 27 valorizza nuovamente le carte dei servizi, definendone meglio efficacia, contenuti e ambito applicativo.

Questa norma, dedicata al "contenuto delle carte di servizio", mostra di dare per scontato che le carte devono definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali e prescrive quale contenuto minimo obbligatorio l'indicazione "in modo specifico" dei diritti anche di natura risarcitoria che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio. Con un compito di grade importanza per le Autorità di Regolazione e per ogni altro ente pubblico, nazionale o locale, dotato di competenze sui

⁴⁸ Art. 8: Contenuto delle carte di servizio.

"Le Carte di servizio, nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività d'impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito, indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti del gestore del servizio e dell'infrastruttura.

Le Autorità indipendenti di regolazione e ogni altro ente pubblico, anche territoriale, dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, definiscono gli specifici diritti di cui al comma1. Sono fatte salve ulteriori garanzie che le imprese che gestiscono il servizio o l'infrastruttura definiscono autonomamente."

servizi pubblici: quello di definire i contenuti minimi delle carte, onde garantire la parità di trattamento tra tutti gli utenti di una determinata tipologia di servizi o tra quelli che risiedono in un determinato territorio e quello di stabilire gli specifici diritti risarcitori che le carte debbono riconoscere agli utenti, o, almeno identificarne la misura minima (che poi, i singoli gestori possono accrescere, ma non diminuire, quando scrivono le singole carte dei servizi).

È evidente allora che i gestori, nel confezionare le carte dei servizi, devono osservare le regole contenutistiche minime normativamente stabilite (oltre che quelle già contenute nel Codice del consumo), rispettando le direttive delle autorità di regolazione o degli enti di riferimento: diversamente, le carte dei servizi- cui si addice la qualifica di atti unilaterali⁴⁹- che non osservassero queste norme possono ritenersi invalide e più precisamente nulle per violazione di norme imperative (arg. *ex art.* 1324 c.c.). Nel caso in cui la carta provveda a definire gli obblighi del gestore ma ometta di indicare le sanzioni o i rimedi che li assistono, può ritenersi che la carta mantenga la sua validità e che la eventuale violazione degli obblighi sia assistita dagli ordinari rimedi civilistici previsti in caso di violazione di una promessa unilaterale in forza del richiamo di cui all'art. 1324 c.c.

Procedendo sulla via dell'inquadramento delle carte dei servizi nella categoria delle promesse unilaterali, è necessario che, per la loro efficacia, pervengano a conoscenza delle persone cui sono destinati (arg. *ex art.* 1334 c.c.): tenuto conto della natura e dei contenuti delle carte dei servizi, il

⁴⁹ La carta dei servizi è una promessa unilaterale che soddisfa il requisito di tipicità essendo oggi prevista da numerose disposizioni di legge come fonte di obblighi per chi la adotta: cfr. sul punto SBISÀ, *Natura e funzioni delle "carte dei servizi". La carta del servizio elettrico*, in *Rassegna giuridica dell'Enel*, 1997, 343.

gestore deve assicurare idonee forme di pubblicità che consentano a tutti gli interessati (i fruitori del servizio) di averne effettiva conoscenza.

È vero che la presenza di un'Autorità di settore finisce inevitabilmente col ridurre l'importanza delle carte, considerato che sono proprio le direttive di queste Autorità a disciplinare, direttamente e in modo autosufficiente, gli *standards* di qualità del servizio come pure i contratti di utenza⁵⁰.

Tuttavia residua uno spazio per l'erogatore che, nel quadro della disciplina disegnata dalla sua autorità di riferimento, adotterà carte di servizi che in parte riprodurranno quella disciplina. Per altro verso, ne preciserà i contenuti o ne eleverà il livello di tutela.

Alla luce del quadro normativo sopra tratteggiato, si può chiarire quale sia il rapporto tra la carta dei servizi e il singolo contratto che l'utente conclude con l'erogatore del servizio (sia espressamente che attraverso comportamenti concludenti, come accade, ad esempio, in tutti i casi in cui l'erogazione è preceduta da una richiesta dell'utente⁵¹).

Si può affermare che il contenuto delle carte integri *ex art.* 1374 c.c. il contratto di utenza⁵². Oltre a costituire fonti di promesse unilaterali, che per via dell'art. 1987 c.c. vengono a produrre effetti giuridici in capo al promittente-erogatore, le carte dei servizi interagiscono anche coi singoli contratti di utenza, concorrendo, da una parte, a costruirne il regolamento contrattuale e, dall'altra, potendo rappresentare un limite alla validità delle clausole contenute in questi contratti.

⁵⁰ Cfr. in tal senso, GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Politica del diritto*, 2003, 409 ss.

⁵¹ Cfr. ALBANESE, *I rapporti derivanti da un obbligo sociale di prestazione*, in *Le obbligazioni*, (a cura di) FRANZONI, Torino 2005, 909 ss.

⁵² Cfr. nel medesimo senso, BRIANI, *Le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi*, in CORPACI (a cura di) *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Il Mulino, 2003, 285-286; A.M.BENEDETTI, *Le carte dei servizi*, in *Trattato dei contratti*, diretto da ROPPO, Milano 2014, 1267.

Quindi, in prima battuta può affermarsi che ciò che è previsto nelle carte dei servizi obbliga l' esercente a predisporre modelli contrattuali coerenti e conformi, a partire dal momento in cui la carta dei servizi è resa pubblica.

Se ciò non accade, è possibile ipotizzare due situazioni:

- nel caso in cui il singolo contratto presenti lacune, la carta dei servizi è fonte di integrazione *ex art.* 1374 c.c., avendo forza cogente per diretta previsione legislativa (art. 101, c. 4 c.cons.; art. 11 d.lgs. 286/1999; art. 8 d.l. 1/2012); gli “obblighi” che le carte dei servizi pongono in capo al gestore sono di natura contrattuale generale e devono trovare nei singoli contratti d'utenza un'attuazione conforme;
- nel caso in cui il singolo contratto presenti difformità rispetto al contenuto della carta dei servizi, occorre distinguere: se la variazione eleva il livello di tutela offerto all'utente, essa è valida ed efficace; se la variazione diminuisce il livello di tutela dell'utente, essa è invalida e inefficace, secondo il meccanismo tipico delle norme “unilateralmente imperative”⁵³.

I contenuti protettivi della carta dei servizi ricadono infatti sotto l'ombrello protettivo dell'art. 134, c. 1, c. cons.; norma che, affermando la natura imperativa di tutte le disposizioni del codice stesso, sancisce l'inderogabilità non solo della disposizione che impone l'adozione delle carte (art. 101, c. 4 c.cons.), ma anche di quelle, oggetto di richiamo indiretto, che ne figurano i contenuti protettivi che possono essere riconosciute come norme di ordine pubblico economico (art. 11, c.2, d.lgs. 286/1999, cui va aggiunto l'art. 8 d.l.1/2012).

⁵³ Sulle norme unilateralmente imperative, ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, 2° ed., Milano 2011, 475 ss.: sono norme che proteggono gli interessi di uno dei contraenti (appartenente ad una categoria bisognosa di protezione) e che in forza di questa loro natura, “possono essere derogate solo nella direzione di un maggior favore per il contraente protetto”.

Da quanto detto, dovrebbe discendere che il singolo contratto d'utenza non può derogare o violare i contenuti delle carte di servizio, se non aumentando il livello di tutela degli utenti; se lo fa, può operare il meccanismo della nullità relativa (e parziale) che il Codice del consumo pone a presidio delle sue regole alle quali assegna carattere imperativo.

6. La Carta dei Servizi sanitari e il diritto alla qualità delle prestazioni

La Sanità è stato il primo settore pubblico a recepire ed attuare le direttive nazionali in tema di Carta dei Servizi. In tale settore, tra l'altro, la Carta trova ulteriori specifici riferimenti normativi⁵⁴.

Le Aziende sanitarie definiscono autonomamente i contenuti specifici delle proprie Carte dei Servizi, uniformandosi ai principi generali fissati nel d.P.C.M. 19 maggio 2005 e tenendo conto dei suggerimenti offerti dal Ministero della Sanità, contenuti nelle linee-guida 2/1995, le quali forniscono un modello di Carta, con valore meramente orientativo⁵⁵.

⁵⁴ Essi sono rappresentati da:

- decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina sanitaria) che rivede il modello organizzativo del Servizio Sanitario Nazionale attraverso l'istituzione delle Aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere e che colloca il sistema organizzativo dei servizi a supporto del miglioramento delle prestazioni e della tutela dei diritti dei cittadini;

- d.p.r. 28 novembre 1990, n. 384 riguardante l'accordo del comparto sanità che si assume il miglioramento delle relazioni con l'utenza come obiettivo fondamentale dell'azione amministrativa e prevede l'approntamento di strumenti finalizzati alla tutela degli interessi degli utenti, all'informazione sui servizi e procedure di reclamo;

- d.P.C.M. 19 maggio 1995 (Schema generale di riferimento della Carta dei Servizi pubblici sanitari) il quale indica in dettaglio i criteri, i principi, le metodologie più adeguate per regolare i rapporti tra cittadini-utenti e le aziende sanitarie;

- linee guida n. 2/1995 del Ministero della Sanità (Attivazione della Carta dei Servizi nel SSN) che forniscono indicazioni per l'avvio ed il controllo del processo di diffusione ed applicazione della Carta dei Servizi sanitari a livello di azienda sanitaria.

⁵⁵ Cfr. in tal senso la D.P.C.M. 19.05.2005, punto 2 *Indicazioni metodologiche per l'adozione degli standard e Linee guida*, punto 3.

La Carta dei Servizi di una Ausl dovrà, secondo le Linee guida, articolarsi in quattro sezioni: nella prima sezione, il soggetto erogatore “si presenta al cittadino”, dichiarando la propria *mission* aziendale, i propri fini istituzionali nonché i principi fondamentali ai quali intende uniformare l’erogazione dei servizi.

Nella seconda sezione provvederà a fornire le più chiare informazioni possibili sulle strutture e i servizi offerti ovvero: reparti e servizi con indicazione del responsabile, attività ambulatoriali presenti (con l’indicazione del nome dello specialista ed orari di apertura), comfort (tipo stanze, servizi igienici ecc.), modalità di accoglienza (opuscolo informativo, eventuale scheda reclami, ecc.) ed ulteriori eventuali informazioni di dettaglio delle strutture. Ancora provvederà a descrivere dettagliatamente la tipologia delle prestazioni fornite, ad esempio: ricovero d’urgenza e d’emergenza, ricovero ordinario (registro dei ricoveri ospedalieri ordinari, registro delle prestazioni, opuscolo informativo, scheda informativa, modulo reclami, questionario per degenti per la valutazione del grado di soddisfacimento degli utenti), ricovero ordinario diurno (*day hospital*), ospedalizzazione a domicilio, camere a pagamento.

Per tutti i tipi di prestazione devono essere specificati: tipologia delle prestazioni, modalità di attivazione, modalità di prenotazione, modalità di pagamento, tariffe, modalità di ritiro del referto.

Nella sezione terza, poi, le Aziende sanitarie devono indicare i propri standard di qualità (generali o specifici) e gli strumenti di verifica adottati per controllarne il rispetto, gli impegni sulle caratteristiche di qualità dei servizi offerti, i programmi di miglioramento della qualità del servizio da attivare. Gli standard di qualità devono riguardare l’intera esperienza del

cittadino che viene a contatto con le strutture sanitarie (ad esempio, l'ospedale, il poliambulatorio specialistico ecc.) e devono toccare tutti i fattori percepibili dall'utente⁵⁶.

La terza sezione costituisce la parte più innovativa delle Carte dei Servizi perché l'assunzione diretta di obiettivi, sia sotto forma di standard di qualità, sia sotto forma di impegni programmatici, richiede l'adozione di meccanismi di misurazione dei risultati per poter verificare gli impegni assunti.

Gli standard di qualità costituiscono "obiettivi di qualità" e possono essere:

- standard generali, riferiti al complesso delle prestazioni rese e verificabili solo sul piano collettivo in occasione delle riunioni pubbliche o delle Conferenze di servizi annuali;
- standard specifici, riferiti alle prestazioni rese singolarmente al cittadino e quindi direttamente verificabili dal cittadino stesso.

La funzione degli standard di qualità, d'altra parte, non consiste solo nel consentire un indennizzo all'utente ma, più in generale, risponde all'obiettivo di rendere misurabili le prestazioni erogate, trasformando la qualità del servizio in un dato quantitativo, cioè in un numero, e rendendola, così, oggettivamente apprezzabile. Nella terza sezione possono anche essere contenuti obiettivi di qualità sotto forma di impegni che la Ausl assume nei confronti dei cittadini/utenti sui fattori di qualità riportati nei modelli ad albero presentati nello schema generale di riferimento della Carta dei Servizi sanitari pubblici.

⁵⁶ In tal senso, lo Schema della Carta dei Servizi sanitari. Cfr altresì, CILIONE, *Diritto Sanitario*, cit., 2012, 215 ss.

È la Carta dei Servizi stessa a fornire alle Aziende sanitarie indicazioni metodologiche ben precise per l'adozione degli standard ed in più è la stessa a spingere a considerare la differenza esistente tra fattori, indicatori e standard di qualità. In particolare, da un'attenta interpretazione della Carta, emerge come i *fattori di qualità* di un servizio siano quegli aspetti rilevanti percepiti dall'utente che fa esperienza concreta di quel servizio e rispondenti ai suoi bisogni ed alle sue aspettative (ad esempio: tempestività per prenotare una visita). Gli *indicatori di qualità* sono invece variabili quantitative o parametri valutativi che registrano un concreto fenomeno, ritenuto indicativo di quel fattore di qualità (ad esempio: tempo fra la prenotazione e la visita in giorni); gli *standard di qualità* sono, invece, individuati come i valori attesi per un certo indicatore (quindi, ad esempio, il massimo numero di giorni per ottenere una visita-10 giorni-standard specifico). Ogni Asl, quindi, partendo dall'analisi delle esigenze della propria utenza specifica, deve individuare i propri indicatori, fattori e standard di qualità.

La Carta infatti, non fissa a livello centrale gli standard di qualità del servizio, ma lascia la possibilità ad ogni responsabile di fissare gli standard più confacenti alla propria realtà.

Infine, nella quarta ed ultima sezione, sono indicati tutti i meccanismi di tutela e verifica, le modalità di presentazione dei reclami, la verifica degli impegni assunti predisposti dall'azienda. Questa forma di partecipazione avviene sia a livello regionale che a livello nazionale, attraverso momenti di incontro e consultazione con le organizzazioni di volontariato e tutela dei diritti degli utenti.

Il paragrafo 3.2.3 delle Linee guida per l'adozione delle Carte dei servizi sanitari intitolato all' "Aggiornamento delle Carte dei servizi e degli standard" merita qualche considerazione di ordine sistematico.

Infatti, dopo aver ricordato che "la Carta dei Servizi non è solo una forma di impegno verso i cittadini ma anche un potente strumento di gestione interna e di coinvolgimento degli operatori professionali sugli obiettivi di miglioramento delle prestazioni e del servizio", e che "la rilevazione dei dati serve a verificare il rispetto degli impegni assunti, ma soprattutto a individuare azioni di miglioramento del livello del servizio che si possono tradurre in miglioramenti periodici degli standard", nel punto 3 si prevede che "le Carte dei servizi delle strutture sanitarie non sono scritte una volta per tutte. Esse devono essere verificate periodicamente (almeno annualmente) per l'aggiornamento delle informazioni contenute e per migliorare progressivamente gli standard su livelli di qualità del servizio crescenti nel tempo".

Queste enunciazioni riprendono lo spirito della disposizione contenuta nell'art. 11 d.lgs. 286/99 ove, al comma 1, vengono enunciati i criteri relativi alle modalità di fornitura dei pubblici servizi che, per la loro importanza, non appare inutile ricordare: "I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi.

In questa direzione, va messo in evidenza che scopo dell'erogazione dei pubblici servizi è il miglioramento della qualità. Ovvero non un certo livello di qualità, quale esso sia, ma il processo migliorativo rispetto a un parametro

che si assume di partenza. In altre parole, aver considerato come oggetto teleologico della modalità di fornitura del servizio il processo che eleva la qualità delle prestazioni comporta implicitamente il riconoscimento della presenza di un livello di riferimento inderogabile⁵⁷.

Occorre peraltro sottolineare che i diritti alla qualità delle prestazioni dei servizi pubblici possono essere inclusi tra quei diritti nuovi che si sono affacciati a partire dagli anni '90 dello scorso secolo e che hanno modificato i rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini.

Essi peraltro ricevono una specifica qualificazione in virtù della loro diversa natura rispetto ai semplici rapporti di natura patrimoniale, essendo più in generale collegati all'esigenza di ottenere servizi di alta qualità nei settori in cui con più evidenza si determina la qualità della vita sociale di ciascuna persona⁵⁸.

Mirando a soddisfare interessi che ricadono nella sfera sia dei diritti di libertà, sia dei diritti sociali, tali diritti esigono un'osservanza fondata su elementi giuridici certi ed in tal senso, un punto di svolta fondamentale è certamente stato costituito dall'introduzione della legge 30 luglio 1998 n. 281⁵⁹.

⁵⁷ In tal senso, vedi GIGLIONI, *Le Carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, cit., 414-415.

⁵⁸ In tal senso, IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico: dall'organizzazione alla Carta dei servizi*, Milano 2002, p. 17, il quale sottolinea come a venire in rilievo in questi diritti è soprattutto la persona nella sua più globale accezione, con la sua pretesa all'ottenimento di prestazioni di livelli qualitativi soddisfacenti dei pubblici servizi atteso che questi riguardano profili particolarmente sensibili della vita di ognuno. Sul fondamento costituzionale dei diritti dei cittadini al buon risultato delle prestazioni fornite dalle pubbliche amministrazioni si veda ARENA, *L'«utente-sovrano»*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, I, Modena, 1996, pp.147 ss.

⁵⁹ Della configurazione del diritto alla qualità delle prestazioni come diritto pienamente tutelabile nel nostro ordinamento, sia pure nelle forme ad esso consone, sembrano particolarmente convinti ALPA, *La nuova cittadinanza e i diritti dei consumatori e delle «parti deboli»*, in *Rassegna Forense*, 1999, p. 807; GOISIS, *La nozione di servizio pubblico come criterio di riparto tra le giurisdizioni*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2001, p. 270; nello specifico settore sanitario, DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, 2007, 95.

Sez. II: Il contratto di assistenza sanitaria nell'evoluzione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale.

7. Il contratto di assistenza sanitaria nel quadro degli Accordi contrattuali

I contratti tra utenti del SSN e strutture sanitarie pubbliche o accreditate dal SSN si inseriscono nel quadro di Accordi tra queste ultime e l'autorità pubblica (Regione/Ausl): è in questa sede che le strutture sanitarie⁶⁰, in base all'art. 8 *quinquies*, co. 2 d.lgs. n. 502/92, si impegnano ad assicurare un volume massimo di prestazioni e a rendere un servizio agli utenti, nel rispetto dei requisiti di "accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale" (*ex art. 8 quinquies*, lett. b, c, d, del d.lgs. n. 502/92).

Quindi, da un lato, le Regioni sono gli acquirenti/finanziatori di prestazioni sanitarie da erogare a beneficio degli utenti del SSN; dall'altro lato, le strutture si impegnano ad assicurare le prestazioni a chi ne fa richiesta tramite l'erogazione di un servizio sanitario nazionale⁶¹.

⁶⁰ In base all'art. 8 *quinquies*, c. 2, del d.lgs. n. 502/1992 con successive modifiche: "...la regione e le unità sanitarie locali, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche o equiparate e stipulano contratti con quelle private (...) che indicano (...) b) *il volume massimo di prestazioni* che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare (...); c) *i requisiti del servizio da rendere* con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale; d) *il corrispettivo preventivato* a fronte delle attività concordate".

⁶¹ La legge richiede come condizione (*ex art. 8 bis* del d.lgs. n. 502/1992, come modificato dal d.lgs. n. 229/99), per poter fruire dei servizi sanitari a carico del SSN, una *prescrizione, richiesta o proposta*, da compilarsi su un apposito *modulario* del SSN, che rileva esclusivamente sul piano burocratico-amministrativo, come *condizione* necessaria per l'accesso ai servizi sanitari a carico del SSN, in linea con l'esigenza di provvedere ad una semplificazione dell'iter burocratico di accesso ai servizi (*ex art 2* della Direttiva presidenziale del 27.01.1994).

Dalle formule descrittive utilizzate per individuare i contenuti del SSN (norma di apertura del d.lgs. n. 502/92 che definisce il SSN come il “complesso delle funzioni e delle attività assistenziali⁶²”), si evince che il legislatore sanitario ha accreditato una concezione dei servizi sanitari in chiave dinamica come “prestazione di attività” che implica uno stretto collegamento con i fattori strutturali⁶³ e organizzativi⁶⁴ necessari per il suo esercizio.

Da ciò si evince il rilievo che assume l’organizzazione sanitaria dei fattori produttivi, in una prospettiva che rifiuta la logica della segmentazione nell’attribuzione della responsabilità nell’ipotesi di causazione del danno. Tale logica condurrebbe a far ricadere sulla singola prestazione, causalmente ultima di una catena, i difetti e le disfunzioni di un’attività assistenziale che è a monte della sua erogazione⁶⁵.

⁶² Artt. 1, 7° co.; art. 8 *octies*, 1°co.; 10, 1°comma.

⁶³ In tale direzione emerge una sicura attenzione del legislatore sanitario per una regolamentazione dell’*esercizio* delle attività sanitarie che presenti il rispetto di standard di sicurezza sotto il profilo delle dotazioni strumentali e tecnologiche: infatti in sede di autorizzazione è necessario verificare la sussistenza in capo alle strutture pubbliche e private dei “requisiti minimi, strutturali, tecnologici e organizzativi” (art. 8 *ter*, 4° c., del d.lgs. 502/92 con riferimento all’autorizzazione); in sede di accreditamento, deve essere accertata la presenza di “dotazioni strumentali e tecnologiche appropriate per quantità, qualità e funzionalità in relazione alla tipologia delle prestazioni erogabili e alle necessità assistenziali degli utilizzatori dei servizi” (art. 8 *quater*, 4°co. lett. c., del d.lgs. n. 502/92; L. 15.3.1997, n. 59; d.p.r.14.01.1997). Vedi, sempre in tema di predeterminazione dei requisiti minimi strutturali per l’esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture: il d.p.cm. 19.5.1995 n. 125, che traccia le linee guida per la gestione dei servizi delle aziende sanitarie ed il d.m. 24.7.1995 sui *Contenuti e modalità di utilizzo degli indicatori di efficienza e qualità del Servizio sanitario nazionale*; il d.p.c.m. 1.9.2000; il d.p.c.m. 20.01.2000 ed anche la normativa europea (ISO 9000) la quale sancisce una serie di regole che attengono all’organizzazione ed al coordinamento dei processi aziendali applicabili anche all’ambito sanitario (v. P.S. n. 2992-2004, nel riferimento a tale normativa).

⁶⁴ Sempre in sede di accreditamento deve essere verificato che tutte le strutture da accreditare assicurino adeguate condizioni di “organizzazione interna, con specifico riferimento alla dotazione quantitativa e alla qualificazione professionale del personale effettivamente impiegato” (art.8 *quater*, 4°co. lett.d, d.lgs. n. 502/1992).

⁶⁵ In ambito penalistico, la trasformazione della Usl in azienda dotata di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e tecnica, con a capo un responsabile, il Direttore Generale, coadiuvato dal Direttore Sanitario e dal Direttore Amministrativo, permette di attribuire loro responsabilità in presenza di danni derivanti da carenze strutturali ed organizzative. Il grado di autonomia gestionale consentirà di distribuire tra gli amministratori locali dell’Azienda la responsabilità per l’assenza di presidi terapeutici (farmaci, garze, strumenti operatori) ovvero carenze organizzative (mancato apprestamento di

Con un processo esattamente inverso a quello finora seguito in giurisprudenza, di cui di seguito si dà atto, il legislatore sanitario sposta l'attenzione dal singolo operatore, inserito nell'organizzazione sanitaria, all'attività sanitaria, in un passaggio "dall'atto medico all'attività sanitaria" ben evidenziato da un'attenta dottrina⁶⁶.

8. La teoria del contratto d'opera professionale

Da quando la Corte di Cassazione ha riconosciuto la natura contrattuale del rapporto tra paziente e struttura sanitaria, i giudici, sia di legittimità che di merito, si sono impegnati nella precisazione del suo contenuto.

La prima tesi in materia, per lungo tempo sostenuta, è stata quella del contratto d'opera professionale, in base al presupposto per cui l'attività svolta dall'ente pubblico per mezzo dei suoi dipendenti è di tipo professionale medico, simile all'attività svolta nell'esecuzione dell'obbligazione (privatistica) di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale⁶⁷.

turni di reperibilità, omissione di sterilizzazione delle sale operatorie). Solo eccezionalmente, per la mancanza di mezzi terapeutici più complessi, ovvero per la carenza di personale a causa della mancata assunzione potranno essere valutate le responsabilità degli amministratori regionali e centrali. Cfr. LORÈ, MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1998, 409 ss.

⁶⁶DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?* in *Trattato di biodiritto*, (a cura di) RODOTÀ, ZATTI, Milano 2011, 117 ss.

⁶⁷ Cfr. Cass. 24.3.1979, n. 1716, in *Giustizia civile*, 1979, I, 1440; Cass. 11.5.1988 n. 2144, in *Foro italiano*, 1988, I, 2296 ed in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, 614 con nota di PUCCELLA, *Prestazione medica negligente-Responsabilità dell'ente ospedaliero*; Cass. civ. 26.3.1990, n. 2428, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, 600, con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*; App. Venezia 11.2.1993, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, 984 ss. con nota di G. COMANDÈ; Cass. civ. 12.08.1995, n. 8845, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, 170; Cass. civ. 6.10.1997, n. 9705, in *Giustizia civile*, 1998, I, 424; Cass. civ. 13.3.1998, n. 2750 in *Responsabilità civile e previdenza* 1999, 272; in *Danno e responsabilità*, 820; in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 2279; Cass. civ. 27.07.1998, n. 7336, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 996; Cass. civ. sez. III, 2.12.1998, n. 12233; Cass. civ. 1.09.1999, n. 9198, in *De Jure*.

In virtù di questa similitudine, la responsabilità dell'ente è stata considerata analoga a quella del professionista medico privato, con la conseguente applicazione analogica delle norme regolanti la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale (art. 1218 c.c.; art. 2236 c.c.).

Determinante ai fini della configurazione di questo tipo di contratto, è stata la teoria dell'immedesimazione organica tra l'ente ed il medico dipendente, per tale intendendosi quella particolare situazione giuridica tale da poter qualificare l'attività dell'agente come attività propria della stessa amministrazione pubblica e l'illecito dell'uno, svolto nell'espletamento di tale attività, come riferibile direttamente anche all'amministrazione.

Teoria che, con riguardo agli enti pubblici, trova fondamento giuridico direttamente nell'art. 28 Cost.⁶⁸.

Essa è stata l'archetipo preso in considerazione in diverse pronunce per affermare la responsabilità verso l'esterno della struttura pubblica⁶⁹.

La responsabilità individuale del medico che ha come presupposto la colpa, ha costituito dunque per lungo tempo la *conditio sine qua non* della responsabilità dell'ospedale. Ciò non solo sulla base del principio

⁶⁸ La teoria del rapporto organico, in virtù della quale il dipendente pubblico diviene un elemento indistinto dell'apparato organizzativo, è l'espressione di un'ideologia panpubblicistica, che oltre ad essere stata esposta a critiche da parte di illustri giuristi amministrativisti, si rinvia in merito a GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, 293 ss., non appare più compatibile con la privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pp.aa., anche sanitarie, prodottasi in seguito al processo riformatore avviato con il d.lgs. n. 29/93 e poi confluito nel d.lgs. n. 165/2001, oggetto di successivi interventi normativi.

⁶⁹ Cass. 13.11.1970, n. 2392, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 1, 622; Cass. 5.01.1979, n. 31; Cass. 24.3.1979, n. 1716, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 297 ss.; Cass. 1.3.1988, n. 2144 cit.; Trib. Lanciano 9.5.1978, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 1, 369; Trib. Vicenza 27.01.1990 in *Foro italiano, Repertorio*, voce *Responsabilità civile*, n. 81; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, 734, con nota di DI GREGORIO; Trib. Verona 4.03.1991, *id. Rep.*, 1992, voce cit., n. 140, per esteso in *Giurisprudenza di merito*, 1992, 823, annotata da M. GIAMBELLI GALLOTTI; Cass. 14.3.2006, in *www.persona e danno*, a cura di CENDON, sul cui riconoscimento si fonda l'affermazione relativa alla responsabilità diretta (per fatto proprio e non per fatto altrui *ex art. 2049 c.c.*) delle Asl.

dell'immedesimazione organica, ma anche sulla base della suddetta similarità dell'attività svolta dal medico dipendente con quella svolta dall'ospedale, tale da ritenere, ancora recentemente, il contratto concluso tra il paziente e l'ente come contratto di prestazione d'opera professionale⁷⁰.

Nell'ottica della responsabilità riflessa dell'ente pubblico, l'illecito del dipendente costituiva un presupposto imprescindibile per l'affermazione della responsabilità dell'ente. Di qui scaturivano due importanti conseguenze sul piano operativo: a) la responsabilità dell'ente presupponeva l'individuazione del fatto colposo o doloso del dipendente; b) l'estensione all'ente dell'art. 2236 c.c.

La prima conseguenza (sub a) creava larghe zone di impunità per l'ente, in tutti quei casi in cui il danno era cagionato al paziente da inefficienze organizzative della struttura, in assenza di un errore riconducibile all'operato del sanitario.

Talvolta, ragioni equitative spingevano i giudici a condannare il medico per omessa informazione al paziente sui limiti organizzativi o strutturali dell'ospedale; ovvero ancora, per non aver, tramite il suo comportamento professionale, annientato il fattore di rischio specifico di danno alla persona a fronte di tali carenze.

Lasciando per il momento da parte le conseguenze di ordine operativo, è stato efficacemente rilevato in dottrina che l'idea che la struttura si comporti come una sorta di medico collettivo pare anacronistica, così come poco aderente alla realtà concreta pare l'identificazione del servizio reso con la sola prestazione medica in senso stretto. Il rapporto tra ente e paziente difetta

⁷⁰ Cass. 8.5.2001, n. 6386, in *Danno e responsabilità* 2001, 1045; Cass. 28.05.2004, n. 10297; Cass. sez. III, 13.04.2007, n. 8826.

dell'imprescindibile carattere personale e infungibile della prestazione di cui all'art. 2232 c.c. e la medesima prestazione, essendo frazionata tra più operatori, comporta la sua natura spersonalizzata⁷¹.

Inoltre, muovendo dalla dissociazione tra esercizio dell'impresa e prestazione dei servizi, sì che la natura intellettuale dell'attività non può essere desunta dal fatto che tali siano i servizi alla cui produzione è diretta, posto che l'imprenditorialità dell'attività non può essere negata quando l'attività di impresa consista nel porre a disposizione di terzi il lavoro intellettuale altrui, si è negato che l'amministrazione sanitaria possa essere considerata alla stregua di un medico collettivo o "macroiatra" che conclude contratti d'opera intellettuale⁷².

L'altro ostacolo alla trasposizione della disciplina dettata dal codice in materia di prestazione d'opera intellettuale è poi, rappresentato dai limiti posti dall'art. 2236 c.c. nell'ipotesi in cui l'esecuzione abbia comportato "problemi tecnici di particolare difficoltà", configurandosi la responsabilità solo in presenza di dolo e colpa grave⁷³.

L'azienda sanitaria, quale organizzazione *technology intensive* e *skill intensive*, dovrebbe essere in grado di affrontare anche siffatti "problemi",

⁷¹ GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale*, cit. 719 ss.; più di recente, CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto. Discipline privatistiche*, Torino 1998, vol. vol. XXVII, 198 ss.

La spersonalizzazione della prestazione sanitaria resa dall'azienda non escluderebbe a priori il requisito della fiduciarità qualora il paziente abbia facoltà di scelta tra prestazioni analoghe offerte da una pluralità di strutture sanitarie. Tale considerazione è espressa da NOCCO, *La responsabilità delle e nelle strutture*, in COMANDÈ-TURCHETTI (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, Padova, 2004.

⁷² GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale*, cit., 718-720.

⁷³ I limiti alla responsabilità professionale previsti dall'art. 2236 c.c. vanno, comunque, ricondotti solo alle ipotesi di colpa lieve derivanti da imperizia e non a quelle da negligenza e da imprudenza per le quali, in presenza di un caso di particolare difficoltà tecnica, rileva anche un grado di colpa lieve.

non rinvenendosi, di conseguenza, le condizioni che rendano giustificabile una simile attenuazione della colpa⁷⁴.

Peraltro, l'art. 2236 c.c. è una disposizione specificamente funzionalizzata a garantire il miglior esercizio della professione medica, evitando che, in situazioni particolarmente critiche, la scelta terapeutica appropriata possa essere frenata dal timore di una eccessiva responsabilizzazione, esigenze di protezione che non coinvolgono, invece, la struttura tenuta, come si evidenzierà più avanti, ad assumersi comunque, i rischi derivanti dall'erogazione del servizio reso.

9. Il contratto atipico di spedalità

L'insoddisfazione verso il modello del contratto d'opera professionale, a fronte della complessità ed eterogeneità delle prestazioni che formano oggetto del rapporto di assistenza sanitaria, che non consentono di ridurlo alla semplice prestazione medico-chirurgica in senso stretto, ha condotto

⁷⁴ In merito, tra gli altri, IADECOLA-BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie: profili penali e civili*, Milano, 2009, 262 ss. e, sul piano giurisprudenziale, Cass., sez. III, 18.10.2005, n. 20136. Occorre, comunque, rammentare che proprio il giudice di legittimità tende, anche se in misura sporadica, ad attribuire alla struttura sanitaria una responsabilità di tipo professionale, in tal senso, Cass., sez. III, 13.04.2007, n. 8826, rilevando, di conseguenza, in tali ipotesi, ai fini della valutazione della colpa il criterio di cui all'art. 2236 c.c.

dottrina e giurisprudenza ad elaborare la figura del contratto atipico di speditività⁷⁵ o di assistenza sanitaria⁷⁶.

Trattasi di contratto atipico, sinallagmatico, a prestazioni corrispettive, con effetti protettivi nei confronti del terzo, dal contenuto complesso, che ha ricevuto nella prassi una tendenziale tipizzazione ed il generico *nomen* di contratto di speditività.

Secondo questa configurazione, all'ente sanitario fanno capo, oltre alla prestazione principale di tipo strettamente medico-chirurgico, tutta una serie di ulteriori obbligazioni via via elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina: presenza di personale medico, paramedico ed ausiliario, qualificato per competenza e professionalità e di quantità idonea; coordinamento tra i servizi, anche dal punto di vista logistico; idoneità dei locali per funzionalità e igiene; disponibilità di apparecchiature moderne e funzionanti e di presidi farmaceutici sicuri, efficaci; impiego di sangue controllato; predisposizione di una vigilanza adeguata⁷⁷.

⁷⁵In dottrina vedi STANZIONE, ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano 1998, 505; MONATERI, *La responsabilità civile* cit., 767; VISINTINI, *I fatti illeciti*, 2, Padova, 1990; TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, 395 ss. In giurisprudenza, vedi Pret. Tolmezzo, 21.4.1998, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, 1563; App. Roma, 3.03.1998, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 121, con nota di ZENOVICH, *Per una "riscoperta" della rendita vitalizia ex art. 2057 cod. civ.* In giurisprudenza: Cass. 4.08.1987, n. 6707, in *Foro italiano*, 1988, I, 1629; Trib. Verona, 15.10.1990 in *Responsabilità civile e previdenza*, 1990, 1039; Trib. Lucca, 18.01.1992, in *Foro italiano*, 1993, I, 624; Trib. Verona, 15.10.1993; Cass. 1.7.2002, n. 9556, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 1003; in *Foro italiano*, 2002, I, 3060.

⁷⁶ Cfr. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, cit. 125, ritiene che le due denominazioni di contratto di speditività e contratto di assistenza sanitaria sono "mere varianti relative al *nomen* impiegato che non hanno dirette implicazioni sulla regolamentazione dell'accordo, in quanto valgono sempre, nel motivare dei giudici, a richiamare l'attenzione sull'ampiezza e varietà dei contenuti che caratterizzano nel suo complesso l'attività di assistenza sanitaria, come oggetto del contratto, ma non a differenziare sul piano applicativo la disciplina che, in tali casi, viene sempre riportata alla disciplina generale del contratto".

⁷⁷ In questi termini esprime efficacemente quelli che, sulla scorta di quanto emerso in dottrina e giurisprudenza, dovrebbero essere i requisiti minimi di una struttura sanitaria, CHINDEMI, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata e riflessi assicurativi*, in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, 2001, 947. In giurisprudenza, con riferimento alle condanne per mancata sterilizzazione della sala operatoria, vedi Trib. Casale Monferrato, 6.07.1966, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1968, 61; per omessa adozione di sistemi di sicurezza, Cass. 4.08.1987, n. 6707, in *Foro italiano*, 1988, I, 1629;

Delineare i confini della prestazione di “assistenza sanitaria” serve, in primo luogo ad individuare la ricorrenza dell’inadempimento.

Secondo un’ impostazione dottrinale, in questo contratto, accanto all’obbligazione principale (di cura), l’ente ospedaliero si assume, in virtù di una considerazione in termini di buona fede del rapporto (e dunque a norma dell’art. 1175 c.c.), una serie di obblighi strumentali alla realizzazione di quello principale, il cui inadempimento potrebbe determinare sia l’inadempimento dell’obbligazione principale, sia anche la violazione di interessi del paziente che devono ugualmente ritenersi protetti nel rapporto contrattuale, ancorché non dedotti espressamente ad oggetto del contratto, con la conseguenza che la violazione di quegli interessi di cui il paziente è portatore comporta un non esatto adempimento del contratto da parte dell’ente ospedaliero debitore. Tra questi obblighi, si può annoverare anche quello di buona organizzazione dell’ente⁷⁸.

Trib. Trieste, 30.04.1993, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, 302; Trib. Reggio Emilia, 18.11.1989, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1990, I, 549; per deficienze organizzative e di dotazioni tecniche, Trib. Milano, 20.10.1997, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, con nota di GORGONI, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio*; per il malfunzionamento di apparecchiature; Trib. Genova, 30.03.1988, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 997, con nota di GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*; per la inappropriata turnazione del personale, Trib. Varese, 16.06.2003, in *Danno e responsabilità*, 2004, 981, con nota di AMATO, *Note a margine di un caso di responsabilità (autonoma) della struttura ospedaliera*; Trib. Vicenza, 24.11.2005, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, 515, con nota di FACCIOLI, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*; per infezioni contratte durante la degenza nosocomiale cfr. l’ampia rassegna di RONCHI, *La responsabilità civile della struttura e del medico per le infezioni nosocomiali*- I parte e seconda parte, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, rispettivamente 1527 e 1803, ove emerge un’ampia casistica giurisprudenziale, per lo più inedita.

⁷⁸ IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria. Profili civilistici*, Relazione in occasione del Convegno: *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, Milano, 27 ottobre 2000, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, 6-7; sempre in termini di arricchimento del contenuto della prestazione principale ad opera della buona fede, MAZZIA, *Furto di neonato e responsabilità civile dell’ospedale*, in *Foro italiano*, 1988, I, 1629; STANZIONE, ZAMBRANO, *Attività sanitaria cit.*, 519.

È di tutta evidenza che il contratto di ospedalità o di assistenza sanitaria che dir si voglia, si caratterizza causalmente per il fatto che l'obbligazione principale a carico dell'ente ospedaliero è quella medico-chirurgica.

Secondo altra parte della dottrina, non sarebbe necessario attribuire alla buona fede funzione di integrazione del contenuto del contratto, in quanto l'oggetto del medesimo sarebbe costituito da una prestazione complessa derivante dalla natura dell'obbligazione che l'ente assume ricoverando il paziente, il quale, proprio per le modalità con cui verrà erogata, non può essere ritenuto creditore unicamente della prestazione curativa⁷⁹.

In tal senso, ad essere chiamata in causa non sarebbe la buona fede con funzione integrativa, bensì la diligenza nel disporre o nel predisporre gli strumenti indispensabili all'esatto adempimento dell'obbligazione: il che potrebbe addirittura spostare la responsabilità dell'ente in una fase anteriore a quella della conclusione del contratto ed aggiungere ad un'eventuale responsabilità per inadempimento quella per aver scientemente assunto un'obbligazione eccedente i mezzi a propria disposizione⁸⁰.

Nel tentativo di definire quale comportamento sia richiesto per attuare l'obbligo, questa dottrina fa riferimento alla diligenza, che costituisce non solo l'aspetto soggettivo della responsabilità del debitore, ma anche

⁷⁹ GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 1014; TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?*, cit. 399; TOSCANO, *Un nuovo passo verso il riconoscimento del difetto di organizzazione dell'ente ospedaliero come autonoma fonte di responsabilità?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1997, 1228 ss.

⁸⁰ GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, cit., 1014, la quale precisa che questa configurazione "presuppone il rifiuto tanto della tesi che identifica la diligenza con un generico sforzo ed una buona volontà personali, quanto di quella che, muovendo da una valutazione in termini oggettivi, utilizza allo scopo criteri statistici di mediocrità".

specificazione del comportamento debitorio, nel suo rapporto strumentale con il raggiungimento del risultato perseguito.

Seguendo questa interpretazione, la struttura è diligente se fa quanto è possibile per adempiere in maniera conforme al contenuto dell'obbligazione, secondo una valutazione relativa ed oggettivamente apprezzabile e pone in essere un'attività diretta ad opporsi a tutti i fatti che possono pregiudicare le aspettative del paziente.

Si precisa a tal fine che, poiché proprio con riferimento alle prestazioni di un'organizzazione impersonale si esclude in dottrina⁸¹ la tradizionale nozione di diligenza quale sforzo soggettivo e individuale, privilegiando parametri oggettivi di valutazione, “ogni disfunzione oggettivamente evitabile attraverso particolari misure tecniche ed organizzative” potrà configurarsi come fonte di responsabilità⁸².

Sul versante probatorio, la struttura si sottopone ad una rigorosa prova liberatoria, in quanto avrà l'onere di dimostrare, non già di essersi comportata in maniera astrattamente diligente, ma di aver adottato tutte quelle misure che la natura dell'obbligazione, le circostanze concrete, le cognizioni scientifiche, gli accorgimenti tecnici imponevano (deducendosi cioè una causa non imputabile, quindi non prevedibile, non controllabile né evitabile, che ha reso possibile l'inadempimento).

Altra parte della dottrina ritiene che la particolare qualità del debitore come organizzazione impersonale non consentirebbe alla struttura di

⁸¹ BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile. 5*. Milano 1994, 58

⁸² TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XII ed. Milano, 1998, 339.

liberarsi provando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno⁸³.

Con riferimento alla disciplina applicabile al contratto di ospedalità, si è da taluni sottolineato come il semplice riferimento ad un contratto atipico dal contenuto complesso o misto poco chiarisce se non si specifica la disciplina applicabile a ciascuna delle prestazioni dedotte in contratto⁸⁴.

Di conseguenza, considerato che è contratto atipico quello per il quale l'ordinamento giuridico non ha predisposto una particolare disciplina giuridica, spetterebbe all'interprete colmare il vuoto normativo riconducendo la fattispecie concreta ad una o più figure contrattuali tipiche. In base al principio della prevalenza, il contratto concluso tra ente e paziente potrebbe ricondursi alla disciplina prevista per la prestazione principale, ovvero quella del contratto d'opera intellettuale, “vanificando ogni spinta verso l'affermazione di un'autonoma responsabilità dell'ente⁸⁵”.

Qualora il principio della prevalenza non si addica ad alcuni elementi della fattispecie, difformi rispetto allo schema considerato prevalente e refrattari alla regola del contratto dominante, si potrebbe invece utilizzare il principio della combinazione con la conseguenza di non escludere *in toto*, l'applicazione delle regole proprie del contratto “assorbito” e con la possibilità residuale di applicare, secondo il principio dell'analogia, le norme, tra quelle dettate dal codice con riguardo ai contratti tipici, giudicate più congrue all'ipotesi di specie.

⁸³ CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, cit., 152; GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 305.

⁸⁴ BREDA, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 1050.

⁸⁵ Sempre BREDA, op. cit. 1052-1053.

Sul versante giurisprudenziale, a fronte di pronunce contrapposte sul piano dell'analisi teorica con riferimento alla fonte legale o convenzionale del rapporto di assistenza sanitaria, si assiste all'adozione di regole operazionali che, rinnegando il senso di quella contrapposizione, applicano una disciplina unitaria che fa sempre ed in ogni caso rinvio alle norme sul contratto d'opera professionale.

10. Dagli obblighi autonomi ed accessori di protezione al “contratto di protezione”.

L'atipicità del contratto di ospitalità, della quale si è detto innanzi, in parte è storicamente dipesa dalla vasta gamma degli obblighi di protezione (della salute) del paziente, ai quali la giurisprudenza inizialmente ha assegnato una funzione accessoria e strumentale rispetto alle più caratteristiche prestazioni di diagnosi e cura, facendo applicazione della clausola generale di correttezza e buona fede la quale, come fonte eteronoma, sarebbe nella specie intervenuta ad integrare il contratto (artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.) ricomprendendovi l'adozione di tutte le cautele necessarie e sufficienti a tutelare l'incolumità del paziente⁸⁶.

⁸⁶ Anche in questa materia ha trovato dunque applicazione la regola generale secondo la quale il debitore è inadempiente non solo quando in mora o abbia, per fatto proprio, reso impossibile la prestazione dovuta, tale risultando anche in caso di violazione degli obblighi di protezione accessori alla prestazione dedotta in obbligazione, i quali avrebbero così esteso la tutela contrattuale alla sfera personale delle parti, con funzione del tutto analoga a quella assolta dal *neminem laedere*.

Per una più ampia ricostruzione sistematica degli obblighi di protezione vedi BENATTI, *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, in *Rivista trimestrale di Diritto processuale civile*, 1960, 1342-1363; MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, 508-523; CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 85 ss. ove si rinviene una classificazione degli obblighi di protezione ripartita nelle distinte categorie dei doveri di avviso o comunicazione, genericamente qualificati come obblighi d'informazione accessori a prestazioni di varia natura; obblighi di custodia e conservazione; obblighi di salvataggio ed obblighi di sicurezza, con particolare riguardo ai contratti di lavoro, di assistenza sanitaria e di trasporto.

Gli obblighi di protezione avrebbero così svolto una funzione speculare a quella del *neminem laedere* e perciò esteso la tutela contrattuale alla sfera personale dei contraenti, così sottraendo alla responsabilità aquiliana l'illecito mediato dalla violazione di un obbligo preesistente tra le parti.

Un'attenta dottrina evidenzia come, a rigore di stretto diritto, il comune denominatore di quegli obblighi di protezione assunti dalle strutture sanitarie, affini alle *obligations de sécurité* francesi e riconducibili alle teorie delle *Schutzpflichten* elaborate in Germania, doveva individuarsi nella accessorietà rispetto alla prestazione principale di diagnosi e cura, con conseguente esclusione dell'autonoma loro azionabilità da parte del paziente, salva la responsabilità risarcitoria del debitore che non v'avesse correttamente adempiuto⁸⁷.

Secondo questa impostazione dottrinarina, nella materia sanitaria, i doveri di protezione avrebbero cessato di costituire obblighi secondari ed accessori, per divenire di contro obblighi principali di prestazione, per effetto della tipizzazione giurisprudenziale dei cosiddetti "contratti di protezione", rispetto ai quali il passo decisivo è stato compiuto da quelle note pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2008 in cui si trova per la prima volta enunciato il principio per cui, in caso di inadempimento di un contratto, il risarcimento del danno morale non richiede più l'espedito del concorso o cumulo di azioni, ogni qual volta ne

⁸⁷ PARTISANI, *Dal contratto di ospitalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, cit.188-195.

Sull'autonoma azionabilità dell'obbligo di protezione, per definizione altro dalla prestazione dedotta in sinallagma, vedi CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit. 6 ss.

fosse derivata la lesione di un diritto inviolabile della persona del contraente⁸⁸.

In applicazione del nuovo principio giurisprudenziale, non occorre più ricorrere agli obblighi accessori di protezione, né tanto meno alla ipotizzata “obbligazione senza prestazione”, al fine di poter estendere le tutele contrattuali anche a quella sfera di interessi personali che la tradizione giudicava *stricto sensu* non contrattuali o non deducibili in contratto, siccome privi di patrimonialità.

Poiché non ogni inadempimento può legittimare la risarcibilità del danno morale, occorre invece procedere, di volta in volta, alla individuazione di un diritto inviolabile della persona passibile di lesione all'interno della “causa in concreto del contratto” che le parti avessero realmente inteso realizzare, indipendentemente dal modello contrattuale impiegato, ancorché tipizzato dal legislatore⁸⁹.

⁸⁸ Cass. 11.11.2008, nn. 26972-26975, in *La responsabilità civile*, 2009, 4 ss. Sul punto v. PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *La responsabilità civile*, cit., 71 ss., ove si osserva che per secolare tradizione, il dogma dell'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento dell'obbligazione riposava sulla consolidata convinzione che il contratto regolasse solo rapporti giuridici patrimoniali, talché i diritti fondamentali della persona, in quanto indisponibili, non potessero accedervi. L'impossibilità di scindere la forza lavoro dalla persona del lavoratore tutelato dall'art. 2087 c.c. ha segnato la prima incrinatura in simile granitica impostazione, creando le premesse del nuovo corso giurisprudenziale che, attraverso l'art. 1174 c.c., ha definitivamente sancito l'ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla violazione di obblighi contrattuali che, seppur astrattamente suscettibili di valutazione economica, tuttavia corrispondevano ad un interesse non patrimoniale del creditore.

L'autore peraltro acutamente osserva come “A ben vedere, alla mutazione dei doveri di protezione in obbligo principale di prestazione non è dunque estranea la evoluzione del contratto, che ha visto susseguirsi almeno tre fasi storiche fondamentali: la prima fase, risalente al diritto privato romano e protrattasi sino all'epoca preindustriale, in cui il contratto veniva prevalentemente inteso come strumento di acquisto della proprietà; la seconda, caratteristica della moderna società industriale in cui è divenuto strumento di circolazione della ricchezza e non più della proprietà in quanto tale; infine la terza fase, appartenente alla contemporanea economia post-industriale, caratterizzata dalla definitiva depatrimonializzazione del sinallagma, in funzione dell'impiego metodico e sistemico della clausola dell'art.1218 c.c., ai fini del risarcimento del danno morale da inadempimento della obbligazione”.

⁸⁹ Cass. 11.11.2008, n. 26972, cit.

Attraverso la ricerca di quella causa contrattuale in concreto, necessitata dalla mancanza in altro tipo contrattuale di una clausola corrispondente o simile a quella dell'art. 2087 c.c. che tutela l' integrità fisica e morale del prestatore di lavoro, la giurisprudenza è dunque approdata alla tipizzazione della categoria dei c.d. "contratti di protezione", all'interno della quale sono stati classificati, tra le altre ipotesi, proprio i contratti che si concludono nel settore sanitario, nei quali "gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali"⁹⁰.

Il paziente diviene così creditore, ad ogni effetto, di una prestazione primaria di protezione, che assume come referenti causali la tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.) ed alla autodeterminazione (artt. 32, 2° comma, e 13 Cost.). È da ritenere che quella prestazione assorba interamente al suo interno le caratteristiche prestazioni di diagnosi e cura, oltre agli ulteriori obblighi di buona organizzazione dei quali si è detto innanzi, che diverrebbero così oggetto di un'obbligazione di risultato , prossima al concetto di garanzia, analogamente a quanto avviene nei confronti del comune depositario , rispetto alla conservazione e alla integra restituzione della cosa in custodia, atteso che gli obblighi di protezione non tutelano esclusivamente interessi non patrimoniali del creditore.

⁹⁰ Cass. 11.11.2008, n. 26972, cit, in particolare nel par. 4.3 della motivazione.

11. Il contratto di assistenza sanitaria come contratto di prestazione di un servizio

Inseguendo la via indicata dal legislatore sanitario e volendo tentare di inquadrare il contratto che l'utente conclude con l'azienda sanitaria, occorre evidenziare, assecondando il pensiero di un'attenta dottrina, che oggetto di tale contratto deve considerarsi, più che l'insieme delle prestazioni sanitarie, il servizio di assistenza sanitaria, che include anche l'attività di organizzazione necessaria ai fini della sua erogazione⁹¹. Acquisendo allo schema causale del contratto il profilo organizzativo, la ricerca del tipo contrattuale entro cui ricondurre il contratto in oggetto orienta verso l'analisi di quei contratti che nel loro schema causale contemplano l'esecuzione di un servizio, come prodotto di un'attività che è anche di gestione ed organizzazione⁹².

In tale direzione, il riferimento è ai contratti che la dottrina individua come contratti “normativamente” o “naturalmente o funzionalmente” d'impresa, in quanto caratterizzati da uno schema causale in cui l'organizzazione dell'attività costituisce un elemento della fattispecie, rientrando quindi nella

⁹¹ DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* (diretto da) GALGANO, Padova, 2007, 118 ss.

⁹² Sulla classificazione dei servizi e sui modelli contrattuali di riferimento, vedi SANTINI, *I servizi*, Bologna, 1987, 92, il quale, nel distinguere tra servizi resi “a privati” oppure ad “imprese” e tra servizi prestati alle “persone” e relativi alle “cose”, colloca tra i primi i *servizi di cura ed assistenza*; BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova 1999, 43-50, il quale nell'ambito dei *contratti di durata aventi ad oggetto servizi*, alla ricerca di un criterio che abbia valore giuridico distingue tra contratti aventi ad oggetto *servizi c.d. meccanizzati o automatizzati*, dove l'erogatore si limita a mettere a disposizione del fruitore del servizio una macchina funzionalmente in grado di procurare un servizio (*es. servizi di bancomat, viacard, telepass*) e contratti aventi ad oggetto *servizi cd. personali*, con riguardo ai quali l'attività dovuta dal debitore procura immediatamente il soddisfacimento del creditore: tra i contratti che soddisfano bisogni duraturi della vita quotidiana vengono classificati i *contratti aventi per oggetto servizi sanitari*, oltre quelli aventi per oggetto servizi per l'igiene e l'estetica di una persona, ovvero abbonamenti e servizi di corriere, recapito espresso e posta privata, servizi duraturi di insegnamento, di traduzione, di scuola guida, master, corsi di perfezionamento etc.

previsione della norma, oppure rileva come elemento che, senza assumere rilievo nella definizione del contratto, appare “ispiratore” della disciplina introdotta dal legislatore per tale contratto. Si tratta, con riferimento ai contratti “naturalmente o funzionalmente” d’impresa, di tutti quei contratti che in teoria possono essere posti in essere da qualsiasi soggetto di diritto, ma che di norma, e “naturalmente”, sono posti in essere da un imprenditore⁹³.

Procedendo con ordine e volendo individuare la disciplina applicabile al contratto di assistenza sanitaria, nel riferimento alla categoria dei contratti di impresa parrebbe imporsi il rinvio alla disciplina del contratto di appalto di servizi (art. 1677 c.c.) ed eventualmente a quello di somministrazione (art. 1559 c.c.). Tuttavia, con riferimento all’appalto emerge l’inadeguatezza di una disciplina modellata più sull’esecuzione di un’opera che sulla prestazione di servizi, rispetto ad un contratto, quello di assistenza sanitaria, che ha per oggetto servizi di cura e di assistenza alla persona. Le norme relative alla “Difformità e vizi dell’opera” (art. 1667-1668 c.c.) e alla “Rovina e difetti i cose immobili” (art. 1669 c.c.) denunciano chiaramente un tale vizio d’origine rivelandosi inapplicabili (v. termini di decadenza/denuncia e prescrizione/azione) all’inadempimento dei servizi sanitari.

Con riguardo alla somministrazione, l’inadeguatezza emerge dalla stessa definizione del contratto che, nel riferimento espresso alle “prestazioni

⁹³ Il riferimento è in questo caso a BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 31-40, il quale introduce la classificazione tra contratti “normativamente” d’impresa e contratti “naturalmente o funzionalmente” ’impresa. Tra i primi rientrano il contratto di lavoro subordinato, di deposito, di assicurazione, i c.d. contratti bancari ed il contratto di appalto. In questi contratti, ai sensi della disciplina del codice civile, l’inserzione nell’impresa assurge a presupposto dell’atto stesso. Tra i contratti “naturalmente e funzionalmente” di impresa, rientrano “tutti quei contratti speciali disciplinati dal codice civile e pensati per l’imprenditore in quanto posti in essere di norma da imprenditori commerciali: somministrazione, trasporto, commissione, spedizione, agenzia, mediazione, e, in certo senso anche il contratto estimatorio e almeno certi tipi di vendita o locazione”.

periodiche e continuative di *cose*”, esclude l’applicabilità della stessa all’erogazione di servizi resi per la cura di un bene immateriale.

Infatti, i servizi di cura e assistenza, se, riprendendo la classificazione dei servizi elaborata da Santini, sono prestati in favore di persone, mal si adattano ad essere inquadrati nell’ambito dei contratti di appalto e somministrazione, pensati come servizi resi a cose. Specularmente, le prestazioni mediche rese nell’ambito di un’organizzazione che le traduce in servizio, mal si adattano ad essere ricondotte nell’ambito del contratto d’opera professionale, fondato sull’*intuitus personae*, al di fuori dell’intermediazione di un’organizzazione.

Cercando di rifuggire da qualsiasi tentazione riduzionista di incasellare i servizi sanitari nell’ambito di contratti che, conferendo rilievo ad un solo aspetto, ne sacrificino un altro ed avendo a mente la globalità del rapporto di assistenza sanitaria, occorre volgere lo sguardo ai contratti atipici, in cui l’atipicità dei tratti caratterizzanti il rapporto, viene valorizzata come una sorta di “autonomia tipologica”⁹⁴.

In questa direzione, inseguendo il pensiero di un’attenta dottrina, tale contratto potrebbe attingere all’ampio schema della *locatio operis*⁹⁵ dalla regolamentazione di quei contratti che siano diretti ad offrire servizi alla persona che, seppure non orientati all’assistenza e cura della salute delle persone, sono comunque conformati alle esigenze di tutela della persona nell’ambito dell’erogazione del servizio. In questo senso, viene in rilievo la

⁹⁴ In tali termini SANTINI, *I servizi*, cit. 92, per il quale un’autonomia tipologica è stata assunta dal contratto di prestazione sanitaria, in quanto né la disciplina del contratto di appalto, né quella del contratto d’opera sono idonei a regolare il rapporto, salvo che per taluni aspetti peculiari (specie nel campo delle protesi, o dell’infermeria).

⁹⁵ In tal senso si era espresso GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nella responsabilità sanitaria*, cit. 721.

disciplina predisposta per il contratto di trasporto di persone ed in particolare quella norma che “per l’accadimento di sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio” risale all’organizzazione predisposta dal vettore nell’adozione di “tutte le misure idonee ad evitare il danno” (art. 1681, 1° comma, c.c.)⁹⁶.

Tale disposizione, nel far leva su fatti inerenti all’organizzazione dell’attività (“l’adozione di misure idonee”) piuttosto che sulle singole cause dei sinistri (come ad esempio “caso fortuito, natura o vizi delle cose stesse e del loro imballaggio” *ex art. 1693 c.c.* in riferimento al trasporto di cose), mostra di voler conferire rilievo, ai fini dell’attribuzione della responsabilità, all’organizzazione dell’attività in funzione della prestazione del servizio. Inoltre l’art. 1681, 3° comma, c.c., nell’estendere la sua applicazione oltre la logica del corrispettivo anche ai contratti gratuiti, rivela come in essa la finalità di protezione della persona superi qualunque valutazione che subordini l’adozione delle misure idonee per evitare il danno ad un’analisi in chiave economica del rapporto tra costi dei danni e costi necessari per evitare il loro accadimento⁹⁷.

Il principio che regge tale disposizione (l’art. 1681 c.c.) trova le sue radici in un criterio oggettivo di responsabilità correlato all’organizzazione del servizio, in una prospettiva che oltrepassa il riferimento al rischio di impresa all’insegna della tutela della persona. Il criterio oggettivo di responsabilità (*ex art. 2050 c.c.*) viene, in ragione della rilevanza pubblicistica del bene

⁹⁶ DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, cit. 121-123.

⁹⁷ Vedi, con riferimento all’attività di trasporto di persone, quanto asserito nell’applicazione dell’art. 1681 c.c., da Cass. 17.7.2003, n. 11194, in *Danno e responsabilità* 2003, 1185, che come prova liberatoria del vettore, in caso di danno causato al trasportato in esecuzione del contratto di trasporto, ammette come unica prova liberatoria per il vettore, la dimostrazione che “l’evento dannoso è stato conseguenza di un fatto imprevedibile e non evitabile nonostante l’uso dell’ordinaria diligenza: una lettura rigorosa della prova liberatoria “sulle misure idonee ad evitare il danno” che trova riscontro nella lettura dell’art. 2050 c.c.

leso, acquisito in ambito contrattuale ogniqualvolta l'erogazione del servizio sia volta a soddisfare i bisogni della persona.

Per il contratto di assistenza sanitaria, come per tutti i contratti atipici, varrà il rinvio alla disciplina generale del contratto, e nel rinvio da questa operato al Codice del Consumo (art. 1469 bis c.c.) a quella normativa speciale prevista (in particolare all'art. 33 ss. del codice del consumo) per il consumatore e l'utente (*ex art. 1 lett. a*) nei limiti della compatibilità con l'attività di erogazione di pubblici servizi (*ex art. 101 del codice del consumo*).

12. Le ultime evoluzioni giurisprudenziali: verso l'affermazione di un modello di responsabilità unitario per strutture pubbliche e private attraverso la figura del contratto di assistenza sanitaria

In un quadro dottrinale così definito e di pronunce giurisprudenziali alquanto omologate sul piano applicativo, si distinguono alcune enunciazioni dei giudici di merito che, nel conferire rilievo alla natura complessa della prestazione erogata dalla struttura, privilegiano il richiamo esclusivo alla disciplina generale delle obbligazioni e del contratto (con riguardo specifico agli artt. 1218-1228 c.c.), ma escludono qualsiasi rinvio alla disciplina del contratto d'opera intellettuale⁹⁸.

Segnali di maggiore attenzione nella ricerca della disciplina applicabile al contratto c.d. di assistenza sanitaria, emergono, come segnalato da un'attenta dottrina⁹⁹, da alcune pronunce che si sono espresse sul versante della

⁹⁸ Pretura Tolmezzo, 21.4.1998, cit.

⁹⁹ DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit. 125.

responsabilità delle strutture sanitarie alla ricerca di un modello unitario di responsabilità tra strutture private e strutture pubbliche¹⁰⁰.

Con riguardo alle strutture sanitarie pubbliche, sono i giudici di merito a rilevare come la prestazione medica debba ormai considerarsi un “prodotto” dell’organizzazione sanitaria in quanto le cure, come “prestazioni necessarie ad adempiere all’obbligo principale dell’organizzazione sanitaria”, sono strumentali alla stessa organizzazione sanitaria che diviene essa stessa oggetto della prestazione di “assistenza sanitaria”¹⁰¹.

Con riguardo alle strutture sanitarie private, il cui modello di responsabilità sarà analizzato *funditus* nel prossimo capitolo, dopo una prima enunciazione dei giudici di legittimità secondo cui la casa di cura, con il contratto di cura stipulato con il paziente, si assume “l’obbligazione di prestare la propria organizzazione aziendale per l’esecuzione di un intervento chirurgico con assunzione del rischio connesso all’esercizio dell’attività di impresa”¹⁰², successivamente, al fine di ricondurre sotto il medesimo ombrello entrambe le responsabilità (case di cura private o enti ospedalieri), fanno leva sulla configurazione di un contratto in chiave unitaria. Questo contratto (di speditività), a prescindere dalla natura dell’ente, si profila sempre come “contratto atipico a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell’obbligazione del pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuto dal paziente, dall’assicuratore, dal SSN o da altro ente) insorgono a carico della casa di

¹⁰⁰ Da ultimo v. Cass. Sez. Unite, n. 577/08.

¹⁰¹ Trib. Monza, 7.6.1995, cit.

¹⁰² Cass. 8.1.1999, n. 103 in *Danno e responsabilità*, 1999, 779 con commento di DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, cit.

cura (o dell'ente), obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario¹⁰³”.

In questo contratto rileva, come viene asserito dai giudici, “il collegamento tra la prestazione medica e l'organizzazione aziendale” e questa affermazione conduce a ritenere la prestazione professionale del medico, non come prestazione principale, bensì come mero elemento di una prestazione complessa di assistenza sanitaria alla cui erogazione è preordinata un'organizzazione che traduce la prestazione in servizio per l'utenza¹⁰⁴.

Da questa giurisprudenza emergono segnali positivi sia in direzione di un definitivo superamento dell'impostazione giurisprudenziale che tradizionalmente, nell'inquadramento del contratto di assistenza sanitaria, ha sempre mortificato il ruolo che compete alla struttura nell'organizzazione dell'attività di assistenza sanitaria, conferendo rilievo preminente alla prestazione professionale del medico; sia in direzione di una qualificazione del contratto di assistenza sanitaria come contratto che, essendo volto all'erogazione di un servizio più che all'esecuzione di singole prestazioni, acquista la dimensione organizzativa alla sua causa, orientando alla ricerca di una disciplina che sia modellata, non più sulla tipologia e natura delle prestazioni (singole) rese all'interno della struttura, ma sull'organizzazione del servizio.

¹⁰³ In tali termini, Cass. 14.7.2004, n. 13066, in *Danno e responsabilità*, 2005, 537. Sentenza confermata da Trib. Genova, 20.10.2005, nell'ottica di una perfetta equivalenza tra il contratto che il paziente stipula con la struttura sanitaria privata e quello stipulato con la struttura pubblica, in quanto si afferma che, in entrambi i casi si configura un contratto c.d. *terapeutico* che ha per oggetto una *prestazione complessa* profilantesi come *unitaria*, rispetto all'interesse di cui è portatore la parte che reclama la cura per la sua salute.

¹⁰⁴ In questi termini cfr. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit. 127.

E che si debba andare nel verso di un modello unitario di responsabilità applicabile alle strutture pubbliche ed a quelle private, emerge non solo dall'unitarietà dell'interesse del paziente, che è quello alla cura, sia essa prestata nell'ambito di un ospedale pubblico o di una clinica privata; ma emerge altresì dalle riforme emanate a fine anni '90 che, introducendo la figura dell'attività libero-professionale c.d. "intramuraria", all'interno o all'esterno della struttura pubblica, hanno creato nuove modalità attraverso le quali si assicura il servizio sanitario¹⁰⁵.

In particolare, l'attività intramuraria si pone a metà strada tra l'esercizio privato e pubblico della professione e ciò non solo per quanto riguarda il medico, ma la stessa struttura pubblica, che come si vedrà, in questo caso pone in essere effettivamente dei contratti di diritto privato con i pazienti¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ci si riferisce in particolare alle leggi n. 662/96; n. 44 del 23.12.1998 (art. 72); n. 419 del 30.11.1998 (legge-delega innovativa della l. n. 502/92).

¹⁰⁶ Cfr. LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano, 2011, 130 e 150 ss.

CAPITOLO II

IL MODELLO DELLA RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA PRIVATA

1. Le prime configurazioni dottrinali del rapporto ente/paziente: il contratto di albergo atipico e la responsabilità ex art. 2049 per la *malpractice medica*

La responsabilità della casa di cura per il danno provocato al paziente è sempre stata considerata di natura contrattuale, trattandosi di ente privato che stipula con i pazienti su un piano di assoluta parità¹⁰⁷.

La prima letteratura in materia, salvo alcune voci isolate, ravvisava il rapporto contrattuale con il paziente, come avente ad oggetto l'ospitalità, simile a quella alberghiera e la generica assistenza infermieristica, medica e farmaceutica.

Di conseguenza, l'obbligazione assunta dalla clinica privata consisteva unicamente nel mettere a disposizione i propri locali, la propria attrezzatura, il proprio personale ausiliario.

In questo quadro, nessuna responsabilità, ancorché indiretta, poteva essere ascritta alla struttura per il danno cagionato al paziente da errata esecuzione della prestazione medica eseguita all'interno della clinica, in quanto il contratto sussistente tra le parti poteva essere assimilato ad un contratto di albergo atipico.

¹⁰⁷ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 345 ss.; BONVICINI, *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1976; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983.

Nella maggioranza dei casi infatti, il rapporto contrattuale col paziente era preceduto da un altro rapporto contrattuale per la prestazione sanitaria vera e propria, autonomamente concluso fra paziente e medico chirurgo libero professionista.

Questi, a sua volta, per tale incombenza, si avvaleva della locazione delle apparecchiature, della sala operatoria e della *locatio operis* del personale di assistenza (medici anestesisti, infermieri) della clinica stessa.

Non mancava in dottrina chi riteneva che, ravvisandosi di regola un rapporto contrattuale tra la casa di cura ed il privato avente ad oggetto la prestazione di cura, il gestore della clinica dovesse rispondere del fatto colposo del medico di cui si fosse avvalso per adempiere la propria obbligazione, ai sensi dell'art. 1228 c.c., senza che occorresse un'indagine sul vincolo di commissione ai sensi dell'art. 2049 c.c.¹⁰⁸

Tuttavia, si sottolineava che la responsabilità contrattuale della casa di cura per inadempimento della prestazione medica dovesse restare esclusa quando la prestazione della struttura privata era limitata esclusivamente alla messa a disposizione di locali, attrezzature e personale ausiliario, costituendo il trattamento medico-chirurgico l'oggetto di un diverso contratto stipulato direttamente tra medico estraneo all'organizzazione della casa di cura e paziente¹⁰⁹.

Successivamente, autorevole dottrina riafferma la tesi secondo cui negli ospedali ed in particolare nelle cliniche e case di cura private, sovente il

¹⁰⁸ CATTANEO, *La responsabilità del professionista* cit. 346.

¹⁰⁹ L'Autore precisa tuttavia: "Se però il medico, pur non essendo un dipendente della casa di cura, era legato da un rapporto di lavoro autonomo con quest'ultima e non con il cliente, allora la casa di cura rispondeva dell'operato di lui, perché di fronte al cliente essa sola era controparte del contratto di cure, mentre il medico poteva essere considerato un suo ausiliario".

rapporto contrattuale con il paziente si limita alla ospitalità, simile a quella alberghiera ed alla generica assistenza infermieristica, medica e farmaceutica¹¹⁰.

Il rapporto contrattuale per la prestazione sanitaria vera e propria si stabilirebbe autonomamente tra paziente e medico chirurgo libero professionista. Quest'ultimo si avvarrebbe per tale incombenza della locazione delle apparecchiature e della sala operatoria e della *locatio operis* del personale di assistenza (medici, anestesisti, infermieri, ecc.) della clinica stessa, ovvero a loro volta liberi professionisti convenzionati con la clinica.

Secondo questa impostazione, l'istituto sanitario non risponderebbe in via contrattuale *ex art. 2230-2232 c.c.*, perché la sua prestazione con il "cliente" sarebbe limitata alle attività di ospitalità e di assistenza estranee all'intervento chirurgico.

Inoltre, l'istituto non risponderebbe in via vicaria *ex art. 2049 c.c.* dell'operato dei suoi dipendenti, posti sotto la sfera della piena signoria esecutiva del medico chirurgo, per il danno cagionato a pazienti o terzi, poiché essi sarebbero sottratti a quella "sfera di disponibilità e di relazione" essenziale nel nesso di preposizione *ex art. 2049 c.c.*¹¹¹

Successivamente un'attenta dottrina comincia ad interrogarsi sul tipo di contratto intercorrente tra la casa di cura ed il paziente, qualificandolo come contratto d'opera professionale, cui confluiscono anche prestazioni

¹¹⁰ BONVICINI, *La r.c. per fatto altrui*, Milano 1976, 230-231.

¹¹¹ Ritiene l'Autore che "creatosi il rapporto di *locatio operis*, al medico chirurgo *dominus* in sala operatoria, convergono tutte le operazioni collegate con l'intervento chirurgico e l'obbligo di avvalersi di sostituti ed ausiliari (indipendentemente dal rapporto di dipendenza o subordinazione eventualmente esistente con loro) sotto la propria direzione e responsabilità *ex art. 2230-2232 c.c.* In sala operatoria il chirurgo è il *dominus*, anche per prassi medica, ed egli deve seguire e controllare tutte le fasi, perfino *pre* e *post* operatorie, connesse con la sua prestazione, anche se per esse si avvale dell'istituto ospedaliero o della clinica privata".

alberghiere e altre prestazioni periodiche o continuative di cose (vitto, riscaldamento ecc.).

Il titolare dell'ospedale risponderebbe quindi del danno causato dal medico, di cui si avvale per adempiere l'obbligazione di cura, in base alla regola contenuta nell'art. 1228 c.c., senza che sia necessario che intercorra un vincolo di dipendenza nel senso dell'art. 2049 c.c.¹¹²

Il presupposto di questa affermazione è che nella prassi il medico esegue la prestazione con il contributo di più persone e all'interno di una complessa organizzazione. Pertanto risulta difficile tracciare la distinzione tra l'esecuzione della prestazione e l'organizzazione di beni e servizi che ne costituisce l'indispensabile supporto.

Non si esclude, secondo questa dottrina una responsabilità extracontrattuale, diretta o indiretta, della casa di cura quando i danni costituiscono violazione del *neminem laedere*.

Pur dando atto che secondo la dottrina e la giurisprudenza tradizionali la responsabilità dell'ospedale è quella tipica del professionista per inesatto adempimento della prestazione, questa impostazione ritiene che si possa giungere ad una conclusione diversa se si tiene presente che la complessa organizzazione di mezzi e di personale della casa di cura necessariamente altera lo schema del contratto di prestazione d'opera disciplinato dal codice civile, incidendo anche, quindi, sul regime di responsabilità.

Anche in questo caso tuttavia, si ha cura di precisare che la prestazione dovuta dalla clinica può consistere esclusivamente nel mettere a disposizione i locali, le attrezzature, i macchinari, il personale ausiliario e talvolta anche *equipe* di medici che coadiuvano il chirurgo, mentre il trattamento vero e

¹¹² PRINCIGALLI, op. cit., 265 ss.

proprio costituisce l'oggetto di un diverso contratto stipulato direttamente dal cliente con un medico esterno.

In questa ipotesi si esclude qualsiasi responsabilità della clinica presso cui il chirurgo opera, per gli incidenti che comprendono anche la fase *pre* e *post* operatoria che siano stati posti in essere per ordine e sotto la sorveglianza del medico stesso.

La clinica peraltro rimane vincolata per i danni collegati a deficienze di assistenza e cure *post* operatorie assunte dalla medesima ed eseguite dal personale della stessa, a meno che non si tratti di comportamenti che sono stati posti in essere per ordine e sotto la diretta sorveglianza del medico esterno. In tali casi, il nesso di preposizione indispensabile per far sorgere la responsabilità sulla base dell'art. 2049 c.c., viene temporaneamente interrotto. Si aggiunge peraltro, che decisiva, per mantenere una responsabilità della clinica anche in questi casi è l'esistenza di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile derivante dai danni posti in essere dai dipendenti¹¹³.

La soluzione riflette il progressivo emanciparsi del rapporto di preposizione da quello di lavoro subordinato ed amplia la sfera di operatività

¹¹³ L'Autrice da atto che, riguardo alla responsabilità della clinica per il danno derivante da fatto illecito del personale ausiliario posto alle dirette dipendenze del medico, la giurisprudenza, in tutti i casi in cui un committente generale mette a disposizione di un committente speciale un suo dipendente, talvolta dichiara solidalmente responsabile anche il primo. Tuttavia ritiene che sia da preferire la posizione della dottrina coeva che è contro la soluzione della responsabilità congiunta del committente speciale, ritenendo più convincente la responsabilità esclusiva del committente generale (clinica) anche per il fatto dei dipendenti temporaneamente messi a disposizione di un committente speciale (medico esterno). La giustificazione a tale tesi sarebbe nel fatto che l'ospedale e non il medico è al centro di quella complessa organizzazione alla quale appartengono, spesso in posizione anonima, infermieri e tecnici. Perciò si ritiene che la clinica meglio del medico possa amministrare il rischio relativo ai servizi ausiliari, anche quando vengono messi a disposizione del secondo.

della responsabilità del committente, la quale non risulta sempre riconducibile al principio del rischio d'impresa.

La responsabilità della clinica permane anche quando il danno sia derivato dalle attrezzature e dai macchinari di cui ha la custodia (ex art. 2051 c.c.) e dalle disfunzioni del servizio.

Configurando il fatto illecito del medico altresì una responsabilità extracontrattuale della clinica, si imporrà al fine di questa declaratoria di responsabilità l'indagine sul vincolo di dipendenza del medico dalla clinica. Infatti se il medico è legato da un rapporto di lavoro autonomo con la clinica e non con il cliente, allora egli assume la figura dell'ausiliario ex art. 1228 c.c.

Infine, più recentemente, autorevole dottrina si è occupata dell'argomento mettendo al centro il rapporto tra struttura privata e medico. Trattasi di rapporto di natura privatistica, sicché la struttura risponderà in virtù di questo contratto nei confronti del paziente *ex art. 1228 c.c.* per il fatto dell'ausiliario (medico), laddove il medico risponderà verso il paziente a titolo extracontrattuale, a meno che abbia istituito un rapporto contrattuale diretto con questo, “ed allora nasce il problema del possibile coinvolgimento nel giudizio di responsabilità da parte della struttura privata che semplicemente abbia messo a disposizione locali e arredi, strumenti e laboratori, fruiti dal medico, rimanendo il rapporto circoscritto al medico e non estendendosi anche al paziente”¹¹⁴.

Sembra dunque pacifico in dottrina, che qualora il ricovero nell'ambito di una clinica privata sia preceduto da un previo accordo contrattuale tra un medico che autonomamente svolge la propria professione nella casa di cura

¹¹⁴ ALPA, *La responsabilità medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 330-331.

ed il paziente, la responsabilità della struttura privata debba limitarsi a quella derivante da un rapporto di locazione o d'albergo atipico.

2. L'analisi della prima giurisprudenza di merito

La giurisprudenza di merito, seguita poi dalla Corte di Cassazione, non ha, invero, quasi mai accolto la tesi dottrinale tendente a fornire la riduttiva rappresentazione della casa di cura come soggetto che si limita a fornire le strutture materiali e che non può ritenersi responsabile dell'inesatta esecuzione della prestazione medica¹¹⁵.

La prima significativa pronuncia in materia di responsabilità della clinica privata è Trib. Velletri 19 marzo 1979¹¹⁶.

In questa sentenza, la clinica viene condannata *ex art. 1218 c.c.* per violazione dell'obbligo contrattualmente assunto di assistenza e vigilanza ed altresì *ex art. 2043 c.c.* per violazione del principio del *neminem laedere* (errori di diagnosi, mancato rispetto dell'obbligo di vigilare perché i malati non nuocciano a sé ed agli altri).

Conseguentemente, la responsabilità della struttura è diretta sia in via contrattuale, per mancata assistenza e vigilanza da parte del personale che opera al suo interno, sia in via aquiliana, per errata diagnosi (derivante peraltro da errore imputabile al medico operante al suo interno).

¹¹⁵ Seguono la tesi della dottrina, Trib. Napoli, 16.06.1998 e Trib. Milano 11.06.1998 (inedita), secondo cui "Nel caso di medico-libero professionista che utilizza le strutture sanitarie private e che ha un rapporto contrattuale con il paziente (...*omissis*...) esula dalla responsabilità della struttura sanitaria l'eventuale erroneo intervento del chirurgo nell'esecuzione dell'intervento. Avendo concluso il medico curante direttamente con il paziente il contratto di cura, relativo all'intervento chirurgico, per l'esecuzione del quale il medico si serve della struttura sanitaria privata, quest'ultima non risponderà per l'eventuale responsabilità professionale del medico, pur rimanendo responsabile di tutte le prestazioni accessorie contrattualmente assunte".

¹¹⁶ In *Giurisprudenza italiana* 1981, 567.

Manca tuttavia una chiara qualificazione del contratto intercorso tra struttura e paziente, parlandosi genericamente di vigilanza ed assistenza che farebbero pensare al c.d. albergo terapeutico, laddove è l'illecito aquiliano, qualificato come errata diagnosi, a giustificare una responsabilità diretta dell'ente per errore medico ed a lasciare intendere che nell'obbligazione assunta dall'ente vi sia anche quella sanitaria¹¹⁷.

Successivamente, Trib. Roma 28 giugno 1982, n. 7249¹¹⁸ in un caso in cui la paziente, avendo contratto direttamente con la casa di cura, subiva tuttavia un danno da *malpractice* del medico operante al suo interno e dal personale ausiliario in forza alla medesima, condanna con vincolo solidale la struttura in via contrattuale (ex artt. 1218 c.c. e 1228 c.c.), nonché in via aquiliana (ex art. 2049 c.c.)¹¹⁹.

La condanna per responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. della struttura deriva, a detta dei giudici, dal fatto che la medesima “è stata inadempiente all'obbligo di porre in essere durante il ricovero tutte le cure e gli interventi in modo idoneo e congruo”.

Manca nel corpo della sentenza un riferimento esplicito al tipo di contratto intervenuto tra paziente e struttura privata onde è dato supporre, anche alla luce della dottrina coeva alla pronuncia, che il riferimento possa essere al contratto di ospitalità.

Il richiamo all'art. 1228 c.c. discenderebbe dalla responsabilità per l'operato colposo del personale ausiliario, ivi compreso il medico.

¹¹⁷ Con riferimento alla prestazione medica in senso stretto infatti, nel corpo della sentenza si discute della sussistenza della colpa grave in capo alla clinica.

¹¹⁸ In *Temi Romana*, 1982, 601, con nota di SCALFANI, *In tema di responsabilità della casa di cura privata per danni conseguenti ad un intervento operatorio*.

¹¹⁹ Invero, la paziente aveva agito in giudizio unicamente contro il chirurgo, responsabile di una serie di gravi errori e quest'ultimo aveva poi chiamato in causa la clinica privata per essere manlevato dalla responsabilità.

Il fatto che l'inesatto adempimento abbia costituito altresì illecito aquiliano e che il medico fosse incardinato nell'organizzazione della struttura, conduce i giudici a condannare la clinica in via extracontrattuale ex art. 2049 c.c., in quanto comunque responsabile dei danni cagionati dai propri commessi.

Si precisa a tale riguardo, che l'attività che un chirurgo libero professionista svolge presso una casa di cura privata, quantomeno in virtù di un non occasionale rapporto di esecuzione d'opere, comporta, per sua natura, un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura committente ed il chirurgo preposto.

Nella successiva sentenza del Tribunale di Napoli, 15 febbraio 1995¹²⁰, difetta del tutto un contratto tra paziente e struttura, in quanto l'unico contratto interviene tra paziente e medico di fiducia, il quale si serve poi della struttura per eseguire la propria prestazione con attività saltuaria nell'ambito della medesima.

Al fine di giustificare la responsabilità della struttura per l'operato del medico ed applicare l'art. 2049 c.c., i giudici sostengono che, in mancanza di un rapporto di lavoro subordinato, è sufficiente un rapporto di dipendenza caratterizzato da un potere di direzione e vigilanza e che il rapporto atto a giustificare la responsabilità a tale titolo, può essere anche temporaneo e non continuativo¹²¹.

¹²⁰ In *Il foro napoletano*, 1996, 76, con nota redazionale.

¹²¹ Ivi si afferma che "l'immedesimazione organica tra struttura e singolo operatore sanitario, che nell'ospedale sorge per effetto di un contratto di pubblico impiego, nella clinica sorge di volta in volta per effetto del contratto liberamente stipulato dalle parti: e nell'un caso come nell'altro, il sanitario si identifica nella struttura, della quale rappresenta il braccio esecutivo". L'argomentare dei giudici procede in modo sempre più chiaro affermando: "Nulla importa, in tale ottica, che il medico operi in quel centro una o infinite volte, essendo ciò irrilevante ai fini dell'obbligazione che sorge a carico della clinica, che è e resta quella di apprestare e garantire cure adeguate all'infermità che ha determinato il ricovero, e avendo la clinica liberamente accettato l'ingresso nella sua struttura di un medico estraneo".

I giudici danno conto delle conseguenze di una simile impostazione, allorché evidenziano che l'orientamento suddetto apre la strada ad una sorta di oggettivizzazione della responsabilità dell'ente, che, tuttavia, ben si inquadra nella tendenza che si va manifestando ad una maggiore protezione della salute ed una più facile socializzazione del rischio.

In assoluto, la parte maggiormente innovativa della sentenza risiede nell'aver affermato a chiare lettere che il ricovero presso una clinica privata comporta la conclusione di un contratto di ospedalità, pur in assenza della sottoscrizione di un siffatto contratto da parte del paziente.

Si legge infatti che *“il ricovero di un paziente è caratterizzato dalla nascita di un contratto a prestazioni corrispettive avente ad oggetto, da parte dell'ente, non già la messa a disposizione di una camera d'albergo, bensì di un'attività sanitaria polivalente non dissimile nella sostanza, da quella apprestata e garantita da un ospedale, della quale la prestazione del medico operante costituisce anzi il profilo essenziale e maggiormente qualificante”*.

Logico corollario di queste premesse, sarebbe stata la condanna della casa di cura ex art. 1218 c.c. o ex art.1228 c.c. ed invece l'unica norma citata è l'art. 2049 c.c.

Senz'altro, la sentenza si distingue per due ordini di motivi: per aver parlato chiaramente di contratto avente ad oggetto un'attività sanitaria, prendendo le distanze da quell'impostazione che vede la clinica titolare unicamente di un contratto di albergo; per avere, tramite una *fiction iuris*, intravisto il rapporto di preposizione anche in assenza di un inquadramento

del sanitario all'interno della struttura, paragonandolo al rapporto del medico con l'ospedale pubblico.

Dello stesso giudice è anche la sentenza di poco successiva Trib Napoli 13.02.1997¹²².

Anche nel caso in esame, il contratto di prestazione d'opera intellettuale era stato stipulato tra il paziente ed il suo medico di fiducia, essendo stato il ricovero presso la casa di cura suggerito dal sanitario, che ivi svolgeva attività libero-professionale.

Prendendo in esame l'attività che un libero professionista svolge presso una casa di cura privata, i giudici ritengono che in presenza di un non occasionale rapporto di esecuzione di opere, sussiste un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura committente ed il preposto¹²³.

Segue in primis la condanna della clinica per responsabilità extracontrattuale ex art. 2049 c.c. per il danno derivante al paziente dall'operato negligente del medico ivi operante.

Sul punto si impone una riflessione. Porre al centro della questione, la prova della non occasionalità del rapporto e del vincolo di sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura ed il libero professionista appare fuorviante.

Al di là della non facile linea di demarcazione tra la occasionalità e il suo contrario, in cosa dovrebbe sostanziarsi, in concreto, l'obbligo, non disgiunto

¹²² In *Il nuovo diritto*, 1997, 677 ss., annotata da NUNZIATA; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, 984, con nota di LEPRE, *La responsabilità della casa di cura privata per i danni cagionati al paziente dal medico ivi operante*.

¹²³ Chiariscono i giudicanti che "la natura autonoma della prestazione, costituita da attività libero-professionale, volta alla realizzazione di interventi o terapie mediche, autonomamente programmati e svolta dall'operatore nell'ambito di una casa di cura e l'*intuitus personae*, che lega il paziente al ginecologo e non alla casa di cura, non impediscono di ravvisare anche in tale fattispecie un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra committente e preposto, tali da giustificare la pronuncia di responsabilità solidale, con il medico, anche della convenuta (casa di cura)".

evidentemente dal potere, di sorveglianza e vigilanza (per non parlare del vincolo di dipendenza, che sembra davvero un eccesso) e chi dovrebbe esercitarlo? Il giovane medico di guardia, il direttore sanitario onnipresente e onnisciente, su di un medico che, essendo di norma il capo della *equipe*, specialista e non di rado prestigioso, è lui e non altri in grado e tenuto a sorvegliare e vigilare?

Successivamente i giudici, seguendo l'itinerario del legislatore sanitario e la giurisprudenza in materia, equiparano la casa di cura privata all'ospedale pubblico, per inferirne che anche i comportamenti del personale e le responsabilità ad essi connesse sono eguali.

Da questa premessa si fa scaturire che, dall'accettazione di un paziente in una clinica privata discende la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero (anche laddove sia previamente intervenuto un accordo tra paziente e medico di fiducia). Questa conclusione deriva dall'ormai ineludibile esigenza di assicurare una identità di trattamento del bene-salute, sia che il paziente si rivolga alla struttura pubblica che a quella privata.

Segue quindi la condanna in via solidale con il medico della clinica in via contrattuale, ex art. 1218 c.c. (per inadempimento del contratto d'opera intellettuale) ed ex art. 1228 c.c. (per l'operato del personale ausiliario, nella fattispecie costituito dal mancato tempestivo trasferimento del neonato in un altro ospedale dotato di reparto di rianimazione neonatale e per l'insufficiente assistenza della gestante durante la notte).

Riguardo alla condanna per responsabilità aquiliana, sicuramente la sentenza si inserisce in quella tendenza giurisprudenziale che, nell'intento di coinvolgere la casa di cura privata per i fatti verificatisi al suo interno ricorre

ad una forzatura, sul piano fattuale e normativo, ricostruendo un rapporto di dipendenza, sorveglianza e vigilanza, il quale costituisce il più delle volte una finzione.

Di interesse si rivela anche la successiva pronuncia della Corte di Appello di Roma 3.3.1998¹²⁴. In questa sentenza l'iter argomentativo è in parte simile a quello seguito dal Tribunale di Napoli 13.2.1997. Sulla scorta dell'equiparazione da parte del legislatore sanitario tra sanità pubblica e privata, si parifica la prestazione dovuta dall'ente privato a quella resa dall'ente pubblico, facendosi rilevare come tra paziente e clinica intervenga una pattuizione atipica da cui deriva una prestazione che non è quella esclusivamente alberghiera, ma comprende sia gli apprestamenti, gli strumenti, le attrezzature e i medicinali, sia la messa a disposizione di personale paramedico, sia di personale medico¹²⁵.

Si afferma quindi la natura contrattuale ed extracontrattuale ex art. 2049 c.c. della responsabilità dell'ente.

¹²⁴ In *Nuova giurisprudenza civile commentata* 1999, 121, con nota di ZENO-ZENCOVICH, *Per una riscoperta della rendita vitalizia ex art. 2057 c.c.*

¹²⁵ Critico rispetto a questa impostazione, LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, cit. ove si legge: "La sentenza citata offre conferma della tendenza giurisprudenziale ad equiparare pubblico e privato ai fini della concreta statuizione di responsabilità: equiparazione, a volte affermata anche in forma più esplicita, evidenziandosi che «sulla scorta dell'equiparazione completa, sotto il profilo non solo legislativo, fra una casa di cura (convenzionata) e la struttura ospedaliera pubblica, deve convenirsi che anche i comportamenti del personale e le responsabilità ad essi connesse siano eguali» (Trib. Napoli 13.2.1997). E che questo sia il vero obiettivo delle accennate pronunce emerge in modo netto appena ci si soffermi sul fatto che, in alcune sentenze, l'identità delle situazioni tra struttura pubblica e privata è data addirittura per scontata, come quando, invero senza i dovuti approfondimenti, si sostiene che «l'inquadramento giuridico e le prestazioni richieste non sarebbero differenti se invece del servizio sanitario nazionale fossero obbligate organizzazioni private» (Trib. Monza, 7.6.1995)".

A favore della necessità di non differenziare gli strumenti di tutela del paziente, data la sostanziale unitarietà dell'interesse in gioco, a seconda della natura pubblica o privata della struttura in cui si realizza l'intervento, vedi QUADRI, *Profili contrattuali e responsabilità civile nella responsabilità del chirurgo plastico*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1987, 770.

In queste sentenze emerge il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale¹²⁶.

L'ordinamento riconosce a chi è nel contempo creditore di una prestazione e soggetto danneggiato dal fatto illecito altrui, la possibilità di far valere una duplice e concorrente tutela, *ex contractu* ed *ex delictu*, nei confronti di chi è autore di una condotta, ad un tempo rilevante come inadempimento ad un'obbligazione preesistente e come illecito aquiliano.

La negligenza medica difatti, può nel contempo rilevare sia come inadempimento all'obbligazione assunta dal professionista con il contratto d'opera intellettuale, sia come fatto produttivo di un danno ingiusto ogniqualvolta si riveli lesiva del diritto alla salute.

Senonché, proprio con riferimento al campo della responsabilità medica, connotata dal coinvolgimento, tanto della struttura ospedaliera, quanto del personale sanitario, medico e non solo, si è osservato che la stessa distinzione finisce per essere una mera finzione, posto che la giurisprudenza ha da tempo elaborato un insieme di regole circa la misura della diligenza, l'onere della prova, le presunzioni su colpa e nesso di causalità, l'attenuazione della responsabilità in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà, applicabili indistintamente, prescindendo dalla struttura del rapporto¹²⁷.

Una parte della dottrina, pertanto, tendeva ad inquadrare la materia della responsabilità medica in termini di vero e proprio sottosistema della

¹²⁶ In materia, cfr. DE MATTEIS, *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) VISINTINI, Milano, 1999, 399 ss., secondo cui, questa regola si è affermata in giurisprudenza fin dagli anni '50 in una limitata area della responsabilità civile con riferimento a quattro ipotesi: la responsabilità del vettore nel trasporto di persone, la responsabilità nel medico nella cura dei pazienti, i casi di responsabilità per inadempimento doloso e per inadempimento costituente reato.

¹²⁷ PRINCIGALLI, *La responsabilità civile. Profili generali*, in *Diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, Padova, 1997, 989 ss.

responsabilità civile di origine pretoria, dove i due profili (contrattuale ed aquiliano) “*sfumano per dare vita, in una sorta di osmosi, ad una configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe, senza rivelare una chiara appartenenza ad una di esse, se non nell’inquadramento adottato per la singola fattispecie*”¹²⁸.

3. La sentenza del Tribunale di Napoli e la riflessione in ordine alla qualificazione giuridica del contratto concluso tra casa di cura e paziente

In questo panorama, si distingue una pronuncia resa dal Tribunale di Napoli in data 16.06.1998¹²⁹.

La sentenza è unica nella sua specie. In essa la ricorrente casa di cura chiede al giudice di essere autorizzata ad interrompere le prestazioni sanitarie nei confronti di un paziente che l’aveva ripetutamente querelata per assunta inadeguatezza del trattamento di dialisi.

I giudici si trovano nella posizione di dover preliminarmente qualificare il contratto intercorrente tra la ricorrente ed il paziente, onde dedurne la disciplina applicabile.

Essi affermano che il rapporto intercorrente tra una casa di cura ed il paziente va inquadrato nell’ambito dei contratti atipici o al più misti; si tratta

¹²⁸ DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 21 ss.; ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Padova, 1993, 61 ss. Tuttavia, rileva un’attenta dottrina che, per quanto si vada enucleando un complesso giurisprudenziale in ordine agli elementi portanti del sistema, resta pur sempre lo sbarramento dell’art. 1225 c.c. quanto al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale e del diverso termine prescrizione, come ampiamente rappresentato dalla vicenda che ha poi portato a Cass. 27.11.1993, n. 11503, in *Foro italiano*, 1994, I, 2479; in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, 550, annotata da CARUSI. A tal fine, cfr. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 469 ss.

¹²⁹ In *Il foro napoletano*, 1998, 162, con nota redazionale.

di un contratto con cui la casa di cura si obbliga a prestazioni molteplici ed eterogenee che vanno dall'alloggio alla fornitura di servizi. È quindi un contratto avente ad oggetto prestazioni periodiche di servizi al quale si applica, in quanto compatibile, la normativa relativa alla somministrazione ovvero all'appalto di prestazioni periodiche o continuative.

In particolare l'art. 1569 c.c. regola la durata del rapporto, consentendo alle parti del contratto a tempo indeterminato, la possibilità di recedere dando un congruo preavviso.

Di conseguenza, la casa di cura può liberamente recedere, dando al paziente preavviso entro un congruo termine che gli consenta di reperire una sistemazione alternativa presso un'altra struttura sanitaria.

Necessità del preavviso che evidentemente riveste particolare importanza qualora sia la casa di cura privata a manifestare l'intenzione di recedere dal contratto stipulato con il paziente, tanto che l'ordinanza, incisivamente ritiene congruo unicamente quel termine che consenta al paziente di reperire una sistemazione alternativa presso un'altra struttura sanitaria.

Proprio da quest'ultima sentenza occorre prendere le mosse per svolgere qualche considerazione in ordine alla qualificazione del contratto tra struttura e paziente come contratto misto ed alla conseguente applicazione della teoria della combinazione.

Dall'inquadramento del contratto di assistenza sanitaria come contratto misto discende, infatti, un diverso regime di responsabilità a seconda che l'inadempimento riguardi la prestazione cui è tenuta la clinica in qualità di locatrice, di somministratrice, o l'attività propriamente medica, nel qual ultimo caso il regime applicabile sarebbe quello relativo alle obbligazioni di mezzi e non di risultato.

Tale tesi ha sicuramente il pregio di cogliere la complessità e polivalenza delle attività cui è obbligata la struttura privata e di evitare di scindere irrealisticamente, la prestazione del medico da quella cui è tenuta la clinica, riferendo a quest'ultima anche la prima.

Non può però, accettarsi, pur condividendone l'intuizione di fondo, la ricostruzione di tale molteplicità come riconducibile a un contratto misto, in specie per le conseguenze che se ne traggono in sede di disciplina dello stesso, dovendosi, inevitabilmente, a quel punto, propendere per la teoria della combinazione e non dell'assorbimento, posto che nessun tipo contrattuale sembra prevalere sull'altro.

Ma proprio quest'ultima osservazione fa comprendere che, in realtà, appare come una forzatura ricondurre le varie prestazioni della casa di cura ad altrettanti tipi negoziali regolati dal codice civile, in quanto, così, si finisce con lo smarrire l'unitarietà della complessa operazione contrattuale posta in essere, che teleologicamente viene ricondotta ad unità dalla funzione concreta svolta, quella di realizzare, cioè, la cura adeguata per il paziente.

Nella pronuncia da ultimo esaminata, dopo aver affermato che nel caso di specie deve applicarsi la disciplina della somministrazione di servizi, la corte correttamente precisa che “la casa di cura privata può liberamente recedere, dando al paziente preavviso entro un congruo termine che gli consenta di reperire una sistemazione alternativa presso un'altra struttura sanitaria”.

Come a dire che il recesso deve tenere conto delle esigenze di salute del paziente e che la disposizione dettata dal codice civile in tema di somministrazione deve subire una qualche modifica per applicarsi ad una fattispecie in cui è coinvolto il bene primario della salute.

Inadeguatezza della disciplina sulla somministrazione che appare in tutta evidenza laddove in Tribunale afferma che “il Giudice non può certo autorizzare una casa di cura a non fornire ad un paziente le prestazioni sanitarie che si possono rendere necessarie in taluni casi e, per converso, neppure ordinare a chicchessia di non recarsi presso un dato centro per richiedere trattamenti medici”.

Questo argomentare ricorda particolarmente l’obbligo a contrarre del monopolista, di cui all’art. 2597 c.c., ampiamente applicato alle imprese sanitarie quantomeno pubbliche.

Ma si potrebbe fare molti altri esempi, tratti anche dalla dottrina, circa l’inadeguatezza del metodo della combinazione, al fine di disciplinare il rapporto sanitario¹³⁰.

Solo per citarne alcuni, in ordine alla somministrazione del vitto in una clinica privata, occorrerà fare qualche differenziazione rispetto alla disciplina dettata in tema di compravendita, di somministrazione e di locazione, le quali non potrebbero più trovare applicazione quando alla casa di cura non si chiede più “una pensione qualsiasi”, bensì “un trattamento particolare, un regime, una dieta, che fa parte della cura”, giacché, in tale eventualità, “la corretta esecuzione di questo trattamento rientra nella prestazione di servizi di carattere sanitario, così come in generale la somministrazione di medicinali¹³¹”.

È chiaro, a questo punto, come risulti difficile, se non impossibile, nella pratica, distinguere quando un vitto sia somministrato come da una qualsiasi pensione e quando, invece, rientri nella cura in senso proprio: impossibilità

¹³⁰ CATTANEO, op. cit. 303.

¹³¹ CATTANEO, op. cit. 303.

di distinguere che, di per sé, certo, non è sufficiente per contestare la correttezza teorica di tale impostazione, ma che tuttavia, deve considerarsi come riflesso pratico di una diversa realtà contrattuale, anche sotto un profilo più strettamente teorico.

Non può infatti, distinguersi la prestazione del vitto quale elemento di pensione, da quella fornita a titolo di cura, in quanto sembra errato muovere dal presupposto che, in una struttura sanitaria, vi possa essere la somministrazione di cibo o di qualsiasi altro genere, in modo del tutto analogo a quello che avviene in una vera e propria pensione, dato che, è evidente che la casa di cura deve sempre fornire un'alimentazione adeguata allo stato di salute del paziente; così come anche il tipo di letto, di illuminazione, devono essere funzionali alla guarigione ed alla realizzazione di una cura adeguatamente confortevole, sicura ed efficace.

La prestazione alimentare, la messa a disposizione della camera da letto e simili, sono, insomma sempre e comunque condizionati dal dato essenziale che chi si rivolge alla struttura è un soggetto malato, tant'è che proprio in ragione di ciò ad essa sono richiesti, dalla legge, standard di sicurezza e di igiene sicuramente differenti rispetto a quelli pretesi da una pensione o da un albergo.

L'applicabilità del resto della disciplina della compravendita alla somministrazione di cose nell'ambito della clinica privata, per cui andrebbe applicato l'art. 1494 c.c., rende ancor più palese, sotto il profilo della concreta tutela degli interessi sostanziali in gioco, l'inadeguatezza della normativa dettata con riguardo a tipologie di interessi del tutto differenti da quelli coinvolti in un contratto di ospedalità stipulato con una casa di cura privata: si allude in particolar modo, alla previsione di cui all'art. 1495 c.c.,

il quale, nei propri limiti temporali di decadenza e prescrizione estremamente onerosi, poco sembra adattarsi alla tutela di un soggetto che, oltre ad essere ricoverato, dovrebbe, altresì, preoccuparsi di rispettare gli otto giorni di decadenza per denunciare l'eventuale vizio. Il che poco si attaglia con l'esigenza di garantire al diritto alla salute una tutela piena e incondizionata.

Anche la richiamata disposizione di cui all'art. 1578, 2° comma, c.c. mostra come non si tratti di altro che di una forzatura, giacché il locatore, in caso di danno derivante da vizi della cosa locata, non sarà tenuto al risarcimento, qualora dimostri di aver ignorato la sussistenza degli stessi al momento della consegna. È evidente che tale disposizione proprio non può essere invocata da chi svolge attività sanitaria, attività questa, che gli impone un ben più intenso dovere di correttezza e diligenza in ordine alla sicurezza degli immobili e delle cose, in genere, messe a disposizione del paziente, dovere che certo non può dirsi assolto adducendo semplicemente di non essere stato a conoscenza del vizio del bene locato.

Si dovrà invece dimostrare che il danno, in ipotesi verificatosi, non è dipeso da alcuna propria negligenza, vale a dire che sono state fornite al paziente tutte quelle strutture adeguate alle cure richieste, e si risponderà di esso anche per il semplice fatto che il danno sia stato provocato da un vizio della cosa.

La inadeguatezza delle disposizioni citate sopra discende proprio dal fatto che, qualora si verifichi un danno al paziente per il cattivo funzionamento di un apparecchio o per del cibo avariato, la clinica non risponderà perché inadempiente rispetto alla prestazione alberghiera o di somministrazione del vitto, bensì perché è stata inadempiente rispetto alla complessa obbligazione che si era assunta, vale a dire quella di porre in essere tutte le attività

necessarie a garantire un'assistenza adeguata allo stato di salute del soggetto ricoverato.

La peculiarità della posizione contrattuale della casa di cura del resto viene evidenziata dalla stessa dottrina laddove richiama parte della dottrina francese, per la quale “oltre all'obbligazione di prestare le cure” vi è “anche una distinta *obligation de sécurité*, cioè l'obbligazione di salvaguardare la persona del ricoverato da ogni incidente”, la quale per alcuni sarebbe “un'obbligazione di risultato, secondo altri (...) un'obbligazione di vigilanza”¹³².

In definitiva, si è in presenza di un contratto nuovo, cioè atipico, non previsto da alcuna disposizione normativa, il cui contenuto essenziale è dato dal fatto che la clinica si obbliga contrattualmente con il paziente ad eseguire tutte le attività necessarie rispetto alle condizioni, anche evolutive, di salute del medesimo, ma che, certamente non si esauriscono mai nella mera prestazione di attività professionale medica. Contratto che, solo attraverso forzature interpretative potrebbe essere ricondotto ai tradizionali schemi negoziali, i quali, per essere stati previsti in relazione a situazioni e ad interessi sociali differenti, difficilmente risultano in grado di garantire efficace tutela e soddisfacente disciplina giuridica delle nuove istanze rappresentate dal contratto stipulato con una struttura sanitaria privata.

Tali ultime osservazioni critiche si ricollegano, più in generale a quelle già svolte in relazione alla tendenza ad inquadrare simili nuove figure contrattuali nella rassicurante definizione di contratto misto, evidenziandosi così come vi sia il pericolo di “ridurre la realtà dei nuovi tipi sociali alla somma o alla combinazione di figure tipiche riflettenti altri interessi pratici

¹³² CATTANEO, op. cit. 302.

della vita di relazione” e quindi, di non “cogliere la funzione unitaria e autonoma dell’operazione”¹³³.

4. Il percorso evolutivo della giurisprudenza di legittimità

Ma è sicuramente Cass. 11.3.1998 n. 2678¹³⁴ a fare per la prima volta, il punto della giurisprudenza in materia di responsabilità della struttura sanitaria, statuendo con uno schematismo assai raro in materia di responsabilità medica, che la casa di cura privata può essere chiamata a rispondere del danno alla persona causato dalla colpa professionale del medico che ha eseguito l’intervento in due casi: a) a titolo di responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., ove sussista un vincolo di subordinazione tra la casa di cura ed il medico operante; b) a titolo di responsabilità diretta ai sensi dell’art. 1218 c.c., qualora la casa di cura abbia assunto direttamente nei confronti del danneggiato, con patto contrattuale, l’esecuzione dell’intervento.

Il principio di diritto enunciato lasciava fuori proprio i casi più frequenti nella prassi, in cui il danno derivava al paziente unicamente dalla *malpractice* del medico (non inserito nell’organizzazione aziendale della casa di cura presso la quale ricopriva l’incarico di consulente esterno) con cui il medesimo si era previamente accordato per la prestazione professionale e dal quale era stato poi indirizzato alla struttura privata per eseguire l’intervento.

¹³³ BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, 452.

¹³⁴ In *Massimario della giurisprudenza italiana*, 1998, 917.

La risposta a questa frequente fattispecie interviene con la successiva pronuncia della Cassazione n. 103/99¹³⁵.

Ivi si afferma che la responsabilità della casa di cura, generalmente, è responsabilità per inadempimento dell'obbligazione che la stessa casa di cura assume, direttamente con i pazienti, di prestare la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto.

5. Il modello di responsabilità della struttura secondo Cass. n. 103/99 e le critiche di parte della dottrina

Come si è detto, la citata sentenza n. 103/99 afferma che la responsabilità della casa di cura, generalmente, è responsabilità per inadempimento dell'obbligazione che la stessa casa di cura assume, direttamente con i pazienti, di prestare la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto.

Infatti, all'adempimento dell'obbligazione ora indicata è collegata la remunerazione della prestazione promessa, in essa incluso anche il costo, inteso come rischio dell'esercizio dell'attività di impresa della casa di cura.

Naturalmente nel rischio prima indicato è compreso anche quello della distribuzione delle competenze tra i vari operatori, delle quali il titolare dell'impresa risponde ai sensi dell'art. 1228 c.c.

Rispetto a questo inquadramento non sono rilevanti i seguenti fatti:

¹³⁵ In *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 683 con nota di SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*; in *Danno e responsabilità*, 1999, 779 con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra "scientia iuris" e regole di formazione giurisprudenziale* cit.; ibidem, 1165, con nota di QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*.

-che i medici che eseguirono l'intervento chirurgico fossero o meno inquadrati nell'organizzazione aziendale della casa di cura: infatti la prestazione di questi ultimi era indispensabile alla casa di cura per adempiere l'obbligazione assunta con i danneggiati¹³⁶;

-che il comportamento dei medici fosse colposo: infatti, la norma prima citata svolge esattamente la funzione di attribuire il rischio dell'attività degli ausiliari della prestazione a chi si appropria, anche in misura non esclusiva, dei vantaggi della prestazione.

Secondo questa impostazione dunque, non rilevarebbe il fatto che il paziente si sia previamente accordato col suo medico di fiducia per la prestazione sanitaria e che questi successivamente, per l'esecuzione dell'intervento, si sia avvalso dell'organizzazione della struttura, in quanto alla remunerazione della prestazione della casa di cura afferisce anche il costo del rischio di impresa.

Non rileva, al fine di escludere la responsabilità della struttura, che il medico abbia operato occasionalmente od addirittura una sola volta nell'ambito della medesima, in quanto con tale decisione si ribalta l'assunto secondo cui la clinica svolge una funzione ausiliaria al sanitario; è al contrario il sanitario che svolge una funzione ausiliaria all'attività imprenditoriale della clinica, che gestisce un'azienda dotata di personale medico e paramedico, di sale operatorie, di strumenti di indagine ecc..

Infatti, senza l'attività dello specialista che dispone il ricovero presso la struttura, tutti i servizi strettamente clinici ed operatori della struttura privata medesima, risultano privi di significato.

¹³⁶ Quest'ultimo principio di diritto è successivamente confermato da Cass. 16.5.2000, n.6318 in *Diritto e giustizia*, 2000,14 ss.

Non si tratta quindi di un albergo terapeutico, ma di una organizzazione imprenditoriale che può funzionare e rendere soltanto con l'ausilio del medico che ivi spedisce i pazienti.

All'indomani della sentenza, parte della dottrina ebbe a sottolineare come quanto deciso dalla Corte fosse *icto oculi* non generalizzabile e questa critica sembrava trovare riscontro anche nel *dictum* dei giudici là dove si affermava che “*generalmente*” la responsabilità della casa di cura privata è responsabilità per inadempimento¹³⁷.

Secondo questa impostazione, la responsabilità per inadempimento della clinica non può essere richiamata in ordine a quelle ipotesi in cui il paziente stipuli un contratto esclusivamente con il medico ed il medico si accordi in seguito con la casa di cura al fine di poterne utilizzare le strutture e le attrezzature per il compimento dell'opera promessa¹³⁸.

A meno che non si voglia ricercare altrove, ad esempio nel contatto sociale, la fonte dell'obbligazione ai fini dell'applicazione della relativa disciplina dell'inadempimento¹³⁹.

La critica di questa dottrina si incentra inoltre sull'utilizzo dell'art. 1228 c.c., a prescindere dal fatto che i medici che eseguono l'intervento chirurgico fossero o meno inquadrati nell'organizzazione aziendale della casa di cura.

¹³⁷ SANNA, *I mille volti della responsabilità medica*, cit., 694.

¹³⁸ Secondo l'A., questa tesi troverebbe conforto nella precedente pronuncia della Cassazione 2678/98 che a chiare lettere statui che “in materia di colpa medica, la casa di cura privata può essere chiamata a rispondere del danno alla persona causato dalla colpa professionale del medico... a titolo di responsabilità diretta ex art. 1218 c.c.” soltanto “qualora la casa di cura avesse assunto direttamente nei confronti del danneggiato, con patto contrattuale, l'esecuzione dell'intervento”.

¹³⁹ Il riferimento è chiaramente alla di poco precedente sentenza Cass. civ. sez. III, 22.01.1999, n. 589, che qualifica come contrattuale la responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria pubblica per i danni occorsi al paziente in seguito alla non corretta esecuzione della prestazione terapeutica, ritenendo però che la fonte dell'obbligo specifico non violato non sia il contratto, bensì un altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni, *sub specie* di contatto sociale.

Il profilo di critica non riguarda tanto il fatto che l'ausiliario non fosse inquadrato nell'organizzazione aziendale, dandosi atto di come, ormai, l'utilizzo della citata disposizione anche in tali casi sia pacifica in dottrina ed in giurisprudenza.

Si sottolinea invero, che la circostanza consistente nel fatto che l'ausiliario sia o meno inserito nell'organizzazione del debitore può avere una certa rilevanza ai fini del ricorso all'art. 1228 c.c., qualora la scelta del terzo cooperatore venga effettuata dallo stesso creditore e cada su un soggetto estraneo all'organizzazione aziendale. In tale ipotesi, tutt'altro che peregrina in presenza di rapporti che dovrebbero essere governati dall' *intuitus personae*, (ove è facile registrare come spesso sia il paziente a scegliere il medico), deve ritenersi che tale soggetto è in realtà un cooperatore del creditore poiché con siffatta scelta il creditore fornisce al debitore il mezzo per l'adempimento. Pertanto il creditore sopporta le conseguenze dannose causate dalle deficienze del personale da lui disposto.

Secondo questa impostazione, neanche sarà generalmente ravvisabile un diverso titolo di responsabilità, questa volta aquiliana ex art. 2049 c.c., posto che in una simile fattispecie non può dirsi che la casa di cura si avvalga del medico in quanto, al contrario è costui che si avvale della casa di cura, utilizzandone i locali e le attrezzature sanitarie. Ritendendo fondata una simile interpretazione, l'ente privato non risponderebbe in questa ipotesi, del danno cagionato al paziente da *malpractice* del medico di fiducia.

Potrebbe residuare una concorrente responsabilità della casa di cura, unicamente qualora l'erronea esecuzione della prestazione medica derivi in tutto o in parte dalla messa a disposizione di attrezzature inadeguate od ancor peggio, difettose o scadenti.

Afferma ancora la natura extracontrattuale della casa di cura chiamando in causa l'art. 2049 c.c., al contempo confermando il disposto della sentenza della Suprema Corte n. 2678/99, la successiva sentenza della Cass. civ. sez. II, 21.01.2000 n. 632, in materia di danno occorso ad un paziente ricoverato presso una clinica privata a seguito di errata manovra degli infermieri successiva all'intervento chirurgico vero e proprio¹⁴⁰.

6. Cass. S.U. n. 9556/2002 e l'abbandono definitivo del modello della responsabilità extracontrattuale dell'ente per l'operato del medico

Segue invece l'itinerario impresso dalla pronuncia n. 103/99, soffermandosi altresì sulla natura del contratto concluso tra paziente e struttura, Cass. Sez. Unite, 1.07.2002, n. 9556 la quale fa il punto della giurisprudenza in materia¹⁴¹.

La Corte afferma che il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura e il paziente, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo scelga al di fuori della struttura sanitaria privata il medico curante, non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali

¹⁴⁰ In *Danno e responsabilità*, 2001, 72, con nota di SAGGESE; in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 1817, con nota di MATTEO, *Danni da carenze strutturali ed organizzative e accertamento della causalità nella responsabilità medica*.

¹⁴¹ In *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, 689, con nota di FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle sezioni unite.*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 1003; in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 1359, con nota di ORTOLANI, *Il danno morale riflesso in caso di lesioni: una pronuncia delle Sezioni Unite*; in *Foro italiano*, 2002, 3060, con nota di PALMIERI, *Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima di lesioni personali*.

complicanze; è perciò configurabile una responsabilità autonoma e diretta della casa di cura ove il danno subito dal paziente risulti casualmente riconducibile ad una inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico, a nulla rilevando che l'eventuale responsabilità concorrente del medico di fiducia del paziente medesimo sia ancora "*sub iudice*" in altro separato processo.

Nella specie l'inadempienza della casa di cura era consistita nell'insufficienza delle apparecchiature a disposizione per affrontare l'emergenza e nel ritardo, ad opera del personale ausiliario, del trasferimento del neonato in un centro ospedaliero attrezzato.

Il medico che eseguì l'erroneo intervento chirurgico era stato personalmente scelto dalla paziente e con essa aveva direttamente concluso il contratto di prestazione d'opera professionale.

La Corte ha buon gioco nel richiamare il principio di diritto affermato nella sentenza n. 103/99¹⁴² e condanna la clinica ex art 1228 c.c. per l'inesatta esecuzione della prestazione medica.

Una volta accertata la concorrente rilevanza eziologica dell'inefficienza organizzativa della clinica e della condotta del sanitario nella causazione del danno, entrambi rispondono a titolo di responsabilità contrattuale per l'inadempimento della prestazione.

¹⁴² Ove si ribadisce che "la responsabilità della casa di cura, generalmente è responsabilità per inadempimento dell'obbligazione che la stessa casa di cura assume, direttamente con i pazienti di prestare la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto (*omissis*).. Nel rischio di impresa è compreso anche quello della distribuzione delle competenze tra i vari operatori, delle quali il titolare dell'impresa risponde ai sensi dell'art. 1228 c.c. Questo principio vale anche nell'ipotesi che la clinica scelga al di fuori il proprio medico curante".

In tal senso si era espressa, qualche anno prima, anche Cass. 25.02.1999, n. 4852¹⁴³.

La tappa successiva nel percorso della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità della casa di cura è segnata da Cass. civ. 14.07.2004 n. 13066 la quale segna una tappa importante nell'evoluzione ulteriore dell'istituto¹⁴⁴.

In questa vicenda il danno al neonato deriva unicamente dall'operato gravemente negligente del ginecologo di fiducia della paziente, mentre nessun addebito può essere mosso alle strumentazioni della clinica ed al personale ausiliario in forza alla medesima.

Inoltre, il medico di fiducia della paziente non risulta inquadrato nell'organizzazione della struttura privata, rivolgendosi alla medesima solo occasionalmente.

Nonostante ciò, questa pronuncia, ripercorrendo linearmente quanto precedentemente individuato dalle Sezioni Unite, ribadisce la responsabilità contrattuale diretta della casa di cura per *malpractice* medica, in quanto il medico, pur scelto direttamente dal paziente, è soggetto comunque collegato all'organizzazione aziendale della clinica¹⁴⁵.

¹⁴³ In *Danno e responsabilità*, 2000, 157, con nota di GRONDONA, *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto*. In questo caso la Corte aveva affermato la corresponsabilità della clinica e della ginecologa per i danni riportati da un neonato, perché l'inadeguatezza della strumentazione disponibile aveva reso impossibile porre rimedio agli errori commessi dall'operatrice.

¹⁴⁴ In *Danno e responsabilità*, 2005, 537, con nota di AGNINO; in *Responsabilità civile e previdenza*, 1385, con nota di LEONARDI.

¹⁴⁵ La massima che si ricava dalla sentenza è la seguente: "Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente) insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo *lato sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può

Si abbandona definitivamente dunque il modello della responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., i cui presupposti operativi non risultavano mai essere stati accertati nelle pronunce sopra esaminate, che si erano per lo più limitate a richiamarli astrattamente, dandoli per scontati. Una simile impostazione trovava del resto scarsa rispondenza nella pratica, poiché la realtà tendeva a dimostrare come i rapporti tra clinica, medico e paziente fossero profondamente interdipendenti fra loro così da rendere ardua una distinzione chiara dei rapporti da un lato tra medico e casa di cura, dall'altro tra paziente e professionista, e tra paziente e casa di cura.

Successivamente, il Tribunale di Genova, in data 20.10.2005¹⁴⁶, rende una sentenza simile alla precedente pronuncia della Cassazione del 2004, in una fattispecie per molti versi analoga, condannando la casa di cura ai sensi dell'art. 1218 c.c., sulla base della duplice considerazione dell'oggetto del contratto che il paziente implicitamente conclude con la casa di cura, anche quando vi è indirizzato dal suo medico di fiducia (contratto terapeutico) e dell'intreccio sussistente nella realtà di fatto nei rapporti clinica-medico convenzionato-paziente.

La casa di cura viene dunque condannata ex art. 1218 c.c. per *malpractice* medica, in assenza di qualsiasi rimprovero imputabile alla medesima, unicamente per il fatto che, al fine di adempiere la prestazione cui si è obbligata con la stipula del contratto di assistenza sanitaria col paziente, si

conseguire, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto".

¹⁴⁶ In *Giurisprudenza italiana*, 2007, 74, con nota di CARASSALE, *Dal sistema della centralità della colpa professionale al sistema della centralità del contratto stipulato dall'ente (in particolare la struttura privata in ambito sanitario)*.

sia avvalsa del medico (ancorché di fiducia della paziente) autore dell'illecito.

Tuttavia, la pronuncia in questione è interessante perché il giudice ripercorre l'iter argomentativo della sentenza n.13066, approfondendo i singoli elementi su cui si fonda la responsabilità della struttura: contratto terapeutico e rapporti medico-paziente-struttura.

Il giudice critica l'applicazione dell'art. 1228 c.c. alla struttura, nell'ipotesi di danno derivante da *malpractice* medica, laddove afferma che “non si tiene in debita considerazione la reale natura del rapporto tra la casa di cura e le persone che ai fini curativi si rivolgono alla medesima”¹⁴⁷.

Trattasi, secondo i giudici, a tutti gli effetti di un rapporto terapeutico sin dalla sua genesi.

Dalle risultanze di causa, ma già dalle istruttorie svolte in casi consimili, emerge che la formazione del contratto tra casa di cura e paziente prende le mosse dall'iniziativa del paziente che si rivolge ad un medico ritenuto idoneo in base ad una specie di “indagine di mercato” sull'abilità del professionista, e quest'ultimo indirizza il paziente alla clinica ove opera in regime di convenzionamento o con un rapporto di collaborazione non subordinata, per solito evidenziando i più celeri tempi di attesa.

Pertanto, considerata la struttura tipica di formazione del rapporto contrattuale, vi è da riconoscere che sul terreno della ricostruzione del rapporto contrattuale, era in effetti incompleto l'orientamento che trascurava

¹⁴⁷ Ivi si legge: “Non vi è dubbio che la netta inversione di rotta determinata dalle due citate decisioni di Cassazione del 2002 e del 2004 imponga una rimeditazione del precedente orientamento che effettivamente faceva confusa applicazione dell'art. 1228 c.c. obliterando la reale natura del rapporto intercorrente tra una casa di cura, debitamente autorizzata all'esercizio in forma societaria dell'attività medico/chirurgica, con le persone che ai fini curativi si rivolgono o accedono alla struttura stessa”.

la reale natura della prestazione resa dalla casa di cura privata: la quale non costituisce semplice “ausiliario” del medico curante prescelto dal paziente, ma è diretta fornitrice di prestazioni sanitarie di una certa complessità e si obbliga, insieme con il professionista di fiducia, ad una prestazione complessa, ma al tempo stesso unitaria rispetto all’interesse di cui è portatrice la parte che sceglie di ricorrere ai servizi dell’uno e dell’altra: perché unico è l’obiettivo, cioè la cura della salute del paziente.

Questo si rappresenta infatti come minimo, visto l’esborso che sostiene, la totale equivalenza dei servizi forniti in ambito privato o in regime di ricovero ospedaliero.

Il fondamento della responsabilità della casa di cura privata è dunque un contratto terapeutico che si instaura direttamente tra il ricoverato e la struttura per effetto dell’accettazione, rispetto al quale rapporto, il medico di fiducia prescelto per le cure svolge funzione di ausiliario, che in un primo tempo promuove il contratto stesso, prospettando l’utilità o la convenienza del ricovero presso la struttura privata, in tal modo procurando il contatto ed il ricovero; ed in un secondo momento, all’interno della struttura, svolge la prestazione professionale ritraendo un personale lucro, che è oggetto di preventivo accordo divisorio. Accordo, non necessariamente fissato in percentuale e non necessariamente predeterminato sul “*quantum*” con la casa di cura, con cui egli è convenzionato: ma in questo campo non rileva un’intesa di tipo societario, ma piuttosto l’esistenza a monte di un accordo interno tra il curante e la clinica per l’esercizio congiunto dell’attività sanitaria che rende inscindibile la prestazione sanitaria complessiva verso il destinatario della prestazione finale.

Occorre tuttavia fare chiarezza su un punto. Invocare una responsabilità della struttura ex art. 1218 c.c. per danno derivante da *malpractice* medica, in assenza di deficit organizzativi imputabili all'ente è fuorviante.

Il contratto stipulato dalla struttura ha ad oggetto l'assistenza sanitaria, per tale intendendosi non solo la prestazione d'opera intellettuale medica, bensì il complesso dell'organizzazione necessaria a fornire servizi sanitari.

La prestazione medica in senso stretto è adempiuta dalla struttura grazie all'ausilio dei suoi medici e paramedici.

Di conseguenza, è ipotizzabile una responsabilità a doppio binario: diretta della struttura unicamente per fatto proprio, ossia per difetto di organizzazione ed indiretta per fatto degli ausiliari (medici) ex art. 1228 c.c., in caso di danno derivante da cattiva esecuzione della prestazione medica da parte del medico ivi operante.

Il medico a sua volta, risponderà ex art. 1218 c.c., per inadempimento dell'obbligazione derivante dal contratto di prestazione d'opera intellettuale.

La suddetta impostazione è stata seguita da Cass. civ. sez. III, 26.01.2006, n. 1698, Cass. 13.04.2007, n. 8826 e Cass. sez. III, 14.06.2007, n. 13953.

Recentemente, la Suprema Corte con sentenza della sez. III del 28.08.2009, n. 18805¹⁴⁸, si è espressa riguardo alla responsabilità della struttura privata per danno derivante da *malpractice* del medico operante al suo interno, confermando una responsabilità basata sul c.d. rischio clinico. Viene adottata un'impostazione aziendalistica della responsabilità, configurando la relazione di assistenza sanitaria come rapporto di consumo.

¹⁴⁸ In *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 290 ss., con nota di KLESTA DOSI, *La chirurgia estetica tra consumerismo e valore della persona*.

Procedendo con ordine, occorre evidenziare che si tratta di fattispecie di danno derivante da un'operazione di chirurgia estetica. La decisione non distingue, per quanto attiene alla regola di responsabilità civile, la natura degli atti lesivi, terapeutica/estetica. L'approccio, ormai consolidato, si avvale del carattere fondamentale e trasversale del diritto alla salute (e/o libero sviluppo della personalità). Nella sua veste di diritto al benessere fisico-psichico, la salute si estende alla percezione che l'individuo ha della propria identità¹⁴⁹.

I presupposti di fatto del caso in esame risultano i medesimi dei precedenti appena citati: il paziente concorda l'intervento solo con il medico di fiducia; il medico sceglie la clinica in cui eseguire l'operazione e riscuote direttamente dal paziente il proprio onorario; il chirurgo non è legato da alcun rapporto di lavoro dipendente o di collaborazione stabile con la clinica, presso la quale esegue solo sporadicamente interventi chirurgici per la sua personale clientela; il paziente paga alla clinica solo le fatture relative alla degenza.

La peculiarità di questa fattispecie risiede nel fatto che la clinica afferma l'esistenza di due distinti contratti conclusi dal paziente: uno con la struttura riferito alla sola degenza e l'altro con il medico, avente ad oggetto l'intervento operatorio.

Da queste premesse, la difesa della clinica fa discendere la conclusione che nessun inadempimento è riferibile ad obbligazioni facenti capo alla clinica, in quanto manca un accordo diretto tra essa e la paziente.

¹⁴⁹ Sulla componente psicologico-identitaria del diritto alla salute: ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, 3; DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II, 132 ss.

La Corte ritiene che occorra la prova certa dell'esistenza di tali contratti, con espressa specificazione nelle relative clausole, delle prestazioni incluse nell'uno e nell'altro ed ha cura di sottolineare che non è sempre agevole separare e parcellizzare i diversi contributi inerenti a una prestazione sanitaria complessa, quale un intervento chirurgico.

In assenza di prove ed accertato che all'intervento ha partecipato anche personale della clinica, i giudici affermano la responsabilità solidale della clinica per l'esito infausto dell'intervento.

Nell'enunciare la regola di responsabilità, la Corte adotta chiaramente una visione aziendalistica della struttura sanitaria, là dove afferma: *“ove un istituto ospedaliero autorizzi un chirurgo ad operare al suo interno, mettendogli a disposizione le sue attrezzature e la sua organizzazione e con esso cooperi concludendo con il paziente il contratto per la degenza, esso viene ad assumere contrattualmente rispetto al paziente, la posizione e le responsabilità tipiche dell'impresa erogatrice delle prestazioni sanitarie, inclusa l'attività del chirurgo...(omissis).. L'impresa ospedaliera trae un utile dall'attività e non può quindi sottrarsi ai rischi..(omissis)..Il risultato della cura è il frutto del concorso di una molteplicità di fattori non sempre distinguibili tra loro cui va imputata la responsabilità a chi, avendone assunta l'organizzazione ed il coordinamento, sia in grado di individuare gli effettivi responsabili”*.

Il soggetto responsabile dell'evento dannoso in quest'ottica non è solo il medico, ma soprattutto la struttura sanitaria che, avendo concorso a creare il rischio clinico, è gravata da un particolare obbligo di protezione nei confronti del paziente.

Il perseguimento dell'obiettivo di tutela della salute è assicurato dall'esistenza di particolari doveri di diligenza, inerenti alla prospettiva di un adempimento futuro: requisiti minimi sottostanti all'interesse alla salute, preparatori all'esatta esecuzione della prestazione.

La Corte in questa decisione conferma l'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla previsione dei c.d. "obblighi di messa a disposizione" di personale qualificato quale fonte di abilitazione allo svolgimento dell'attività sanitaria, compresa la gestione del rischio clinico collegato al valore della persona.

Tale dovere di cautela antecedente l'esecuzione dell'obbligazione¹⁵⁰ persegue due obiettivi strettamente correlati: ascrive al soggetto meglio in grado di gestirlo, il rischio derivante dall'attività sanitaria e agevola la posizione probatoria dei pazienti che si sono affidati alla professionalità altrui. La Corte prende in considerazione l'oggetto economico dell'attività svolta dalla struttura, l'erogazione delle prestazioni sanitarie, per "creare" obblighi derivanti dalla reputazione come impresa dell'ente ospedaliero, ossia appunto, la verifica degli input (acquisizione e impiego delle risorse) di produzione.

Secondo tale approccio, il contenuto terapeutico o meno dei servizi prestati risulta irrilevante poiché viene assorbito dal criterio della qualità richiesta ai fini dell'attività di produzione (*"complesso delle prestazioni sanitarie, ivi inclusa l'attività di chirurgo"*); quasi a voler promuovere (tanto più che la fattispecie riguarda l'attività di chirurgia estetica) una relazione consumeristica tra clinica e cliente, terminologia peraltro adottata dalla

¹⁵⁰ La Corte è esplicita in questo senso: "(...) non si può certo ammettere che un ente ospedaliero dia accesso a chiunque si presenti, senza averne verificati i titoli di abilitazione, la serietà, la competenza e affidabilità."

stessa Corte¹⁵¹. I riferimenti alle rette di degenza, all'utile/assenza di gratuità dell'attività sanitaria, confermano il taglio patrimoniale della relazione.

Nell'affermare la responsabilità da affidamento nella qualità dei servizi, inerente alla *governance* del rischio clinico, la Corte opera un'analisi costi-benefici del "prodotto ospedaliero", inteso come il risultato/*outcome* del processo produttivo rispetto alle legittime aspettative del cliente/consumatore.

L'effetto principale dell'adesione all'approccio aziendalistico è il riconoscimento di una tutela risarcitoria basata sulla capacità del soggetto più idoneo a sopportare/gestire i rischi del processo produttivo. Nel caso di specie, l'accertata responsabilità personale del chirurgo giustifica, ai fini della solidarietà passiva, la sua estensione alla clinica. Viene in tal modo rafforzata la garanzia del danneggiato nel caso in cui più azioni abbiano concorso alla realizzazione del danno. L'ente è tuttavia anche debitore-inadempiente- di obblighi distinti, quelli di messa a disposizione di personale qualificato. Rispetto a quest'ultimo punto, l'irrilevanza tanto del legame giuridico tra il chirurgo e la clinica, quanto dei rapporti personali tra il primo e la cliente, avrebbero potuto implicare una responsabilità autonoma *tout court*, senza riferimento alla colpa del medico, oppure una responsabilità indiretta fondata su una forma di collegamento *ex art. 1228 c.c.* tra la prestazione altrui e l'organizzazione aziendale del debitore principale.

¹⁵¹ La deduzione è di KLESTA DOSI, *La chirurgia estetica tra consumerismo e valore della persona* cit. 296.

Più in generale, per un'analisi critica della relazione di assistenza sanitaria come rapporto di consumo, cfr. KLESTA DOSI, *La disciplina consumeristica: verifica di trasposizione*, in *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, 197-295.

La Corte non si pronuncia esplicitamente sul punto (applicazione dell'art. 2055 c.c. oppure della disposizione riguardante la responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari), privilegiando l'indivisibilità della fonte dell'inadempimento, il contratto di ospedalità come vincolo negoziale comprensivo di tutte le prestazioni riguardanti la degenza, concluso al momento dell'accettazione nella clinica. La scelta sembra avvalorare la tesi della responsabilità personale autonoma della casa di cura, senza ricorrere alla teoria del contatto sociale (in verità applicabile solo al medico-pubblico ospedaliero).

Un'attenta dottrina ha evidenziato come sotto il profilo comparatistico, il *favor* per un unico centro di responsabilità è in linea con la prassi tedesca, in cui la relazione di assistenza sanitaria, disciplinata secondo tre modelli negoziali, comprende il cd. "*totale Krankenhausaufnahmevertrag*"; in virtù di tale vincolo contrattuale tra il paziente e l'ente sanitario, quest'ultimo è tenuto ad erogare tutta l'assistenza appropriata, *ivi* compresa quella strettamente medica. Le altre due modalità prevedono invece una "scissione" di responsabilità (c.d. *gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag*) a seconda dell'inquadramento del debitore della prestazione medica all'interno della struttura; oppure una fattispecie di responsabilità solidale tra ente e medico (c.d. *totale Krankenhauaufnahmevertrag mit Artzvertrag*) tramite stipula di un contratto aggiuntivo e distinto con il medico nel caso di inadempimento da parte di quest'ultimo, ipotesi che a rigore, avrebbe potuto realizzarsi nella fattispecie qui in discussione, ma che è stata respinta dalla corte¹⁵².

¹⁵² KLESTA DOSI, *La chirurgia estetica tra consumerismo e valore della persona*, cit. 296.

In effetti, l'individuazione di due contenuti distinti del medesimo rapporto- eccezione sollevata dalla parte convenuta- si rivela spesso artificiale e fonte di incertezza; al riguardo, il confronto con un altro Paese, la Francia, pone in luce due tendenze: da un lato, il carattere *demodé* della dualità negoziale, largamente sostituita nella prassi da un unico contratto tra paziente e clinica (“*contract d’hospitalisation et soins*”); dall’altro tuttavia, il riconoscimento, nel caso di inadempimento della prestazione di cura, dell’obbligo risarcitorio a carico dell’ente, vincolato dal legame di dipendenza con il medico coinvolto (fattispecie del *salarial médical* con eventuale clausola di esclusività)¹⁵³.

Tale approccio non è stato accolto dalla Corte nella suddetta sentenza, ove la fattispecie è stata interpretata alla stregua di un rapporto di consumo *ex art. 1370 c.c.*, per tutelare *tout court* gli interessi della parte debole di fronte al “professionista”.

Non appare infine condivisibile, la tesi sostenuta da una recente sentenza del giudice di legittimità, che mette in campo l’istituto del collegamento negoziale tra i contratti stipulati - da un lato tra medico e paziente, dall’altro tra paziente e casa di cura - come presupposto per fondare la responsabilità in solido di entrambi i soggetti coinvolti nell’erogazione della prestazione sanitaria secondo un *trend* giurisprudenziale affermatosi a partire da Cass. 27.04.2010, n. 10072¹⁵⁴.

¹⁵³ Per uno sguardo comparatistico sui modelli di responsabilità dell’assistenza sanitaria in Europa, cfr. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino*, cit.

¹⁵⁴ Cass. 26.06.2012, n. 10616 in *Danno e responsabilità*, 2013, 839 ss., con nota di CAPUTI. Ivi si legge: “Anche quando manchi un rapporto di subordinazione o di collaborazione tra clinica e chirurgo, sussiste comunque un collegamento giuridicamente rilevante tra il contratto medico/paziente e quello paziente/casa di cura, costituendo il secondo (la cui conclusione implica anzitutto l’individuazione della casa di cura) parte fondamentale del primo, posto che ciascun medico opera esclusivamente presso determinate cliniche mentre, a sua volta, ciascuna clinica accetta esclusivamente i pazienti curati da determinati medici”.

I giudici della Suprema Corte ribadiscono il principio ormai consolidato anche riguardo alle strutture pubbliche, secondo cui, la struttura presso la quale ha avuto luogo il trattamento sanitario contestato risponde, ex art. 1218 c.c., non solo dell'inadempimento delle obbligazioni su di essa incombenti, ma, ai sensi dell'art. 1228 c.c., anche dell'inadempimento della prestazione professionale svolta dal medico, quale ausiliario necessario dell'organizzazione aziendale, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato¹⁵⁵.

Tuttavia, il percorso per giungere all'enunciazione di questo principio di diritto desta non poche perplessità.

L'identificazione dell'oggetto del contratto intercorrente tra paziente e casa di cura con la prestazione di servizi accessori di natura alberghiera, di natura infermieristica ovvero aventi ad oggetto la concessione in godimento di macchinari sanitari, di attrezzi e di strutture edilizie specificamente destinate allo svolgimento di attività terapeutiche o chirurgiche riecheggia prospettazioni del passato che identificavano l'obbligazione della clinica con quella derivante dal contratto di albergo atipico, restando alla medesima estranea l'obbligazione di carattere strettamente terapeutico. Presupposto questo, da cui si faceva scaturire l'esenzione da responsabilità della struttura per il danno provocato al paziente dall'operato del medico.

Al contrario, la sentenza delle S.U. n. 577/2008¹⁵⁶, ha affermato che “recentemente il rapporto tra paziente e struttura è stato riconsiderato

¹⁵⁵ Per la peculiarità della fattispecie di danno derivante dal malfunzionamento di un'apparecchiatura in dotazione alla clinica, i giudici stabiliscono altresì che il medico, quale debitore della prestazione chirurgica, è responsabile, ex art. 1228 c.c. dell'operato dei terzi della cui attività si avvale ed ha un dovere specifico di controllo del buon funzionamento delle apparecchiature necessarie all'esecuzione dell'intervento.

¹⁵⁶ Cass. S.U. 11.1.2008, n. 577.

autonomamente dal rapporto tra paziente e medico e riqualificato come autonomo ed atipico contratto di ospitalità al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c.”.

In virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di assistenza sanitaria che ingloba al suo interno, anche la prestazione medica.

Invero, coerentemente con il principio di diritto enunciato dalla Corte nella sua funzione di nomofilachia, appare inutile il richiamo all'istituto del collegamento negoziale per fondare una responsabilità della struttura sanitaria per il danno derivante da *malpractice* del medico ivi operante. La struttura risponderà del danno provocato da *malpractice* del medico, in virtù del vincolo negoziale da essa instaurato con il paziente, ai sensi dell'art. 1228 c.c. per il solo fatto di essersi avvalsa, nell'adempimento dell'obbligazione cui è tenuta nei confronti del creditore, dell'operato del medico.

7. Cass. S.U. n. 577/2008: l'uniformazione del modello di responsabilità per la struttura pubblica e privata

Dalle pronunce esaminate, emerge una chiara tendenza verso l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori e trovano la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente.

Con riguardo alle strutture pubbliche, questo passaggio avviene attraverso l'abbandono della qualificazione del rapporto tra ente e paziente in termini

di contratto d'opera professionale, in favore della sua riconsiderazione in termini autonomi dal rapporto paziente-medico e della sua riqualificazione come autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito di spedalità, da altri di assistenza sanitaria) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c.

Con riguardo alle strutture private, diversamente parificate ad imprese che offrono servizi sanitari seguendo logiche di mercato e di profitto, sono intervenute le Sezioni Unite¹⁵⁷ per eliminare quel che appariva essere in deciso contrasto con la sua adozione e cioè la ricorrente affermazione della dottrina e di parte della giurisprudenza della “irresponsabilità” della clinica per l'operato dei medici operanti al suo interno: attraverso il riferimento all'art. 1228 c.c. ed in un'ottica di decisa valorizzazione del collegamento tra l'agire professionale del medico e l'organizzazione aziendale della struttura¹⁵⁸.

La sentenza della Cassazione dell'11.01.2008, n. 577 resa in materia di responsabilità della struttura sanitaria (nella specie, privata) per danno da emotrasfusione, si pone in linea di continuità con questa evoluzione, per delineare un modello di responsabilità della struttura sanitaria che superi la distinzione tra ente pubblico e soggetto privato, in nome della tutela del bene primario interessato, la salute¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cass. n. 9556/2002 cit.

¹⁵⁸ Ragionamento ripreso nelle successive Cass.14.7.2004, n. 13066; Cass.26.01.2006, n. 1698; Cass.14.06.2007, n. 13953.

¹⁵⁹ In *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 612 ss. con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*. Ivi si legge: “Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente, è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico, in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore di servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto

Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di ospedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le obbligazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici suoi ausiliari, l'individuazione del fondamento della responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura, consente di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.

Ciò comporta che si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario nonché della struttura stessa (insufficiente o inadeguata organizzazione).

Dalla ricostruzione in termini autonomi del rapporto struttura-paziente rispetto al rapporto paziente-medico, discendono importanti conseguenze sul piano della affermazione di responsabilità in primo luogo, ed anche sul piano della ripartizione e del contenuto dell'onere della prova.

Infatti, sul piano della responsabilità, ove si ritenga sussistente un contratto di ospedalità, la responsabilità della clinica prescinde dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico in ordine all'esito infausto di un intervento, o al sorgere di un danno che, come nel caso del danno da emotrasfusioni, non ha connessione diretta con l'esito dell'intervento chirurgico.

fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria?.

Non assume più rilevanza, ai fini della individuazione della natura della responsabilità della struttura sanitaria se il paziente si sia rivolto direttamente ad una struttura sanitaria del SSN, o convenzionata, oppure ad una struttura privata o se, invece, si sia rivolto ad un medico di fiducia che ha effettuato l'intervento presso una struttura privata. In tutti i predetti casi è ipotizzabile la responsabilità contrattuale dell'ente.

Dalla suddetta ricostruzione in termini autonomi del rapporto tra struttura e paziente rispetto al rapporto medico/paziente, discendono importanti conseguenze anche sul piano della ripartizione e del contenuto degli oneri probatori, come si vedrà nel prosieguo della trattazione *sub cap.* 3, in tema di responsabilità per danno da emotrasfusione e somministrazione di farmaci emoderivati.

8. La c.d. attività intramuraria: la centralità della prestazione sanitaria a prescindere dalla sua fonte pubblicistica o privatistica.

Le considerazioni sin qui svolte ed incentrate sulla necessità di evidenziare come non sia opportuno distinguere, ai fini della responsabilità tra ospedale pubblico e privato, sul presupposto di una identità ontologica tra le attività rispettivamente poste in essere, trovano conferma nelle recenti innovazioni legislative che hanno profondamente mutato il rapporto tra medico e struttura pubblica.

Si è già detto che, al fine di ottenere l'autorizzazione ad esercitare attività sanitarie, è necessario essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 8 l. n. 59/97 e art. 8, comma 4 d.lgs. n. 502/92, a prescindere dalla natura pubblica o privata della struttura sanitaria richiedente.

Ma, al di là di queste normative specifiche che pure confermano l'identità funzionale tra attività sanitaria privata e pubblica, è opportuno soffermarsi su quel complesso sistema normativo che pone una serie di vincoli ed incompatibilità al personale della dirigenza medica, sul presupposto che è tale, ormai, l'intreccio tra sanità privata e pubblica da imporre una disciplina che, per un verso, limiti i possibili conflitti di interesse che possono sorgere, e per altro verso, garantisca all'ente pubblico la prestazione dei suoi professionisti, sì da sottrarli alle strutture private che cominciano ad essere viste in termini di concorrenzialità economica.

Risponde al primo di questi obiettivi la l. n. 412/1991, con la disposizione di cui all'art. 4, comma 7, che, proprio al fine di evitare conflitti di interesse e una sorta di concorrenza sleale, vieta al medico l'esercizio di attività libero-professionale all'interno di strutture sanitarie private convenzionate con il servizio sanitario nazionale o di avere la titolarità o la compartecipazione di quote di imprese che possano configurare un conflitto di interessi.

Tale tendenza legislativa è stata, poi, confermata anche dalla recente riforma del servizio sanitario nazionale, che, nell'ambizioso progetto di riorganizzazione complessiva, ha avuto come obiettivo anche quello di disciplinare in modo particolarmente rigoroso il rapporto di lavoro tra il dirigente sanitario e l'ASL di appartenenza.

Si è, infatti, introdotta quella che enfaticamente è definita come "esclusività", vale a dire la previsione per la quale il dirigente sanitario dovrebbe scegliere tra la professione libera o quella presso la struttura pubblica.

In realtà, a ben guardare, la legge non impone, almeno allo stato, alcun obbligo di scelta definitiva, bensì, più semplicemente, tende a favorire il

professionista che abbia scelto il c.d. tempo pieno, privilegiandolo a fini di carriera e consentendogli, comunque, l'esercizio di un'attività libero professionale, ma all'interno della struttura pubblica, la quale, quindi, viene ad avvantaggiarsi anch'essa dell'attività privata posta in essere al suo interno.

La constatazione, da parte del legislatore, dell'inestricabile intreccio verificatosi tra le attività poste in essere dai professionisti medici all'interno di strutture sanitarie pubbliche e private e la conseguente considerazione che, in ogni caso, l'esercizio della libera professione costituisce, pur sempre, per il medico, l'occasione di una crescita professionale, hanno indotto il legislatore a consentire lo svolgimento della stessa, senza tuttavia pregiudicare la qualità e costanza della prestazione professionale del dirigente sanitario. È stata così introdotta la c.d. attività intramuraria per il medico dipendente del SSN che opti per il regime di esclusività, ai sensi delle leggi 662/1996, n. 44 del 23 dicembre 1998 (art. 72), n. 419 del 30 novembre 1998 (legge delega innovativa della n. 502/1992).

Appare a questo punto di sicuro interesse tentare di tracciare, nei limiti inevitabili di qualsiasi analisi rivolta al futuro e in assenza di significativi dati applicativi (in particolare in assenza di materiale di fonte giurisprudenziale), quale potrebbe essere la disciplina conseguente a tale scelta in materia di responsabilità civile.

In primo luogo, preme evidenziare che proprio la prevista possibilità di svolgere un'attività definibile di tipo libero professionale all'interno della struttura pubblica è la conferma definitiva di quanto sin qui sostenuto, vale a dire che pare ormai del tutto anacronistico attardarsi su speciose distinzioni tra le prestazioni poste in essere dall'ente privato o pubblico, atteso che

l'omogeneità delle situazioni risulta evidentemente tale da aver indotto il legislatore a prevedere una delle discipline più rigorose tra quelle che regolano il rapporto di lavoro del pubblico dipendente.

E ciò proprio al fine di porre rimedio a quel continuo processo di erosione della qualità della sanità pubblica operato da un sistema privato tendente, sempre di più a “stornare”, per così dire, personale (oltre che pazienti) dal servizio pubblico.

Tale ultima osservazione non esime anzi stimola a soffermarsi sulla peculiarità di questa attività intramuraria che, indubbiamente introduce una nuova forma di esercizio dell'attività medica e un coinvolgimento del tutto originale della struttura.

9. La responsabilità civile della struttura per l'attività intramuraria

È quindi opportuno interrogarsi se simili previsioni legislative possono considerarsi come idonee a dar vita ad un nuovo tipo di esercizio in forma collettiva dell'attività medico sanitaria regolata da propri principi, oppure se, anche in questo caso, sia possibile restare fedeli a quell'obiettivo di unitarietà di disciplina, utilizzando l'esperienza maturata in tema di responsabilità dell'ospedale pubblico e della struttura sanitaria privata.

Anche in questo caso si tratta di verificare i rapporti esistenti tra struttura e paziente e se, e in che misura, l'attività del medico coinvolga anche la responsabilità della struttura sanitaria.

La realtà dimostra che gli ospedali più organizzati e con maggiori possibilità di spazi hanno reso operativa la possibilità di esercitare la professione medica nel regime intramurario¹⁶⁰.

Con questa previsione, il legislatore sembra aver creato una sorta di *tertium genus* rispetto a quelli tradizionali della prestazione medica posta in essere o come libero professionista (all'interno o al di fuori di una casa di cura privata) o come medico ospedaliero e rispetto anche alla tradizionale distinzione tra struttura privata e pubblica, atteso che quest'ultima ormai, è abilitata ad operare anche come vera e propria casa di cura.

All'art. 72, comma 11, l. n. 44/98, il legislatore ha previsto che “il direttore generale, fino alla realizzazione di proprie idonee strutture e spazi distinti per l'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria in regime di ricovero ed ambulatoriale, è tenuto ad assumere le specifiche iniziative per reperire fuori dall'azienda spazi sostitutivi in strutture non accreditate nonché ad autorizzare l'utilizzazione di studi professionali privati”.

Non può a tal proposito prescindersi dalla lettera della norma secondo cui il direttore generale “è tenuto” ad assumere le iniziative di seguito specificate: tale espressione pone a carico del direttore, evidentemente, un vero e proprio obbligo.

Tale previsione se, per un verso si è resa necessaria per rimediare a croniche difficoltà strutturali degli ospedali che avrebbero vanificato, in gran parte l'applicazione della riforma, per altro verso si presta a puntuali critiche e di ordine generale e specifico.

¹⁶⁰ Cfr. Relazione sull'attività intramuraria del 2012.

Non può non osservarsi che il legislatore non perde l'abitudine di varare grandi riforme senza preoccuparsi di creare le condizioni di fatto perché esse possano effettivamente decollare.

La creazione di spazi destinati alla c.d. attività intramuraria anche mercé l'utilizzazione di studi privati (che poi a questo punto sarebbe intramuraria solo di nome, in quanto in concreto svolta al di fuori della struttura pubblica!) rappresenta proprio il vero punto debole della riforma, in quanto è evidente che le possibilità di un controllo efficace da parte del direttore generale sfumano sensibilmente.

In sintesi, si ribadisce l'abnormità di tale previsione che può così riassumersi: il direttore generale è obbligato a consentire un'attività intramuraria di tipo extramurario!

In ordine a queste ipotesi, è difficile dire se la struttura viene comunque ad essere coinvolta, qualora il medico suo dipendente, nell'esercizio della libera professione di questo tipo, cagioni un danno al paziente.

Per dare una risposta fondata è, quindi, opportuno interrogarsi prima, in ordine all'esercizio dell'attività intramuraria, per così dire fisiologica, per poi, successivamente, affrontare anche la problematica relativa a quella che abbiamo definito attività intramuraria di tipo extramurario.

Le potenzialità dell'attività intramuraria all'interno dell'ospedale sono evidenti: da un lato, si consente al medico, che non voglia abbandonare la struttura pubblica, di continuare a svolgere, sia pure in misura attenuata, una propria attività da libero professionista; dall'altro si permette al paziente che, o per ragioni di natura economica o perché ritiene più affidabile l'ospedale pubblico, non intenda rivolgersi a una casa di cura privata, senza, però, voler rinunciare al maggior *comfort* e alla scelta del medico da quella consentita,

di godere di queste possibilità all'interno della struttura pubblica; la quale, del resto, se ben gestita, potrebbe ricavarne anche utili economici non trascurabili.

Secondo una certa impostazione, queste prime osservazioni, tendenti ad evidenziare gli obiettivi perseguiti dal paziente che decida di avvalersi di tale attività, rendono manifesto come anche in questo caso, la struttura pubblica risponderà dei fatti dannosi eventualmente cagionati dai medici che continuano ad essere suoi dipendenti e che, proprio perché tali, sono tenuti ad esercitare la libera professione all'interno (e quindi anche in conto e in nome) dell'ente pubblico.

Del resto, proprio le garanzie di affidabilità che generalmente vengono riconosciute alle strutture pubbliche, per l'organizzazione di cui godono, costituiscono il motivo determinante per cui il paziente risulta indotto ad effettuare tale tipo di opzione.

Secondo questa impostazione, i dubbi circa il coinvolgimento dell'ospedale sarebbero destinati a scomparire, appena ci si soffermi sul fatto che quest'ultimo ricava un preciso utile imprenditoriale dalla prestazione libero professionale realizzata al suo interno, in quanto, al paziente è chiesta una controprestazione in denaro ed il medico riceve il pagamento per l'attività svolta in busta paga, confermandosi così che continua ad agire in qualità di dipendente dell'amministrazione.

Del resto, le stesse strutture ospedaliere che hanno cominciato ad offrire questo tipo di servizio sembrano consapevoli di un loro possibile coinvolgimento, in quanto, dalle condizioni contrattuali che cominciano a diffondersi, emerge, tra le prime preoccupazioni, quella di limitare le azioni di responsabilità del paziente nei propri confronti. Iniziano, infatti, già a

diffondersi condizioni generali di contratto imposte ai pazienti dalle strutture pubbliche di tipo tutt'altro che assicurante.

Anzi, pare proprio che del privato la struttura pubblica abbia, immediatamente, acquisito quanto di negativo esso comporta: vale a dire, la tendenza ad abusare contrattualmente della parte più debole, e, nel contempo, per così dire, a “scaricare” verso il basso ogni responsabilità.

Non in altro modo possono leggersi clausole contrattuali di questo tipo: il paziente dichiara “di essere stato edotto che l'eventuale responsabilità civile per potenziali danni riportati per colpa, negligenza, imperizia e quant'altro dell'*equipe*, ricade esclusivamente sui componenti dell'*equipe* che ha erogato la prestazione, con esclusione di ogni diritto e/o azione di rivalsa nei confronti di questa A.O.”. Clausola che, poi, viene fatta approvare specificamente per iscritto, ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c.

In primo luogo va osservato che una clausola siffatta ha, almeno, il merito di dare implicitamente per scontata la responsabilità dell'Ente, il quale, così pare da ritenere, al pari dell'ospedale pubblico e della struttura privata, dovrà, in via di principio risarcire i danni cagionati al paziente dal medico ivi operante.

In secondo luogo, va detto che tale esonero da responsabilità deve, comunque, rispettare i limiti di cui all'art. 1229 c.c., a tenore del quale, “è nullo qualsiasi patto che esclude o limita la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave” o che “costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

Inoltre, siffatta previsione, così come riportata opera solo per la responsabilità contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*, ma non anche per quella aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c. A tal proposito, ci si deve augurare di

non leggere mai contratti con i pazienti che si avvalgono della prestazione professionale intramuraria tendenti ad estendere la clausola limitativa di responsabilità anche per la responsabilità extracontrattuale.

Una previsione negoziale del genere sarebbe sicuramente foriera di liti, con conseguenti incertezze giurisprudenziali, giacché, in primo luogo non è del tutto certo se tale clausola di esonero da responsabilità possa riguardare anche quella di cui all'art. 2043 c.c.; poi se pure si propendesse per tale ammissibilità, dovrebbe superarsi l'ostacolo di chi giustamente ritiene che, in ogni caso mai si potrebbero apportare limitazioni di responsabilità per violazione dei diritti della persona, di cui certamente quello alla salute è tra i più significativi: si ricadrebbe, infatti, nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 1229 c.c., cioè nella violazione di norme di ordine pubblico¹⁶¹.

Infine, una volta accertato che l'ospedale pubblico, laddove autorizzi l'attività intramuraria persegue un proprio e specifico interesse patrimoniale, sì da potersi dire che vi è un vero e proprio scopo di lucro, non pare peregrino affermare che, a prescindere dalla specifica approvazione per iscritto di questo tipo di clausole ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c., per esse potrebbero essere considerate comunque, "inefficaci", ai sensi della normativa dettata dal codice del consumo.

È evidente che le clausole di esonero da responsabilità dell'ente ospedaliero, possono avere due effetti che potrebbero, addirittura, contrastare l'effettiva utilizzazione dello strumento dell'attività intramuraria,

¹⁶¹ In tal senso, già si era espressa autorevole dottrina, v. BIANCA, in *Commentario al codice civile*, (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1967, 412, secondo cui "non sembrano ammissibili le clausole di irresponsabilità (...) per inosservanza di obbligazioni negoziali (...) di prestazioni sanitarie"; per una disamina complessiva del dibattito attorno a questa problematica, v. sempre BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 65 ss.

in quanto risultante, in fin dei conti, pregiudizievole sia per il paziente, che per il medico.

Il primo non potrebbe giovare della maggiore solvibilità della struttura, rispetto a quella del singolo medico; quest'ultimo poi si vedrebbe iperesponsabilizzato, in quanto, in caso di danni al paziente, a differenza di quanto accade nel caso di interventi in qualità di medico dipendente o all'interno di una casa di cura, non potrebbe, a sua volta, contare sul fatto che notoriamente il paziente tende, normalmente, ad aggredire il patrimonio dell'Ente e non del singolo. Qualora l'ospedale fosse esonerato da responsabilità, risponderebbe infatti solo il medico con il suo patrimonio.

Potrebbe essere questo quindi un aspetto che, se ben meditato, potrebbe indurre sia il medico che il paziente a rifuggire dall'utilizzazione dell'attività professionale intramuraria.

Accertato quindi, che la struttura ospedaliera risponde direttamente ai sensi dell'art. 2043 c.c. e art. 1218 c.c., anche degli eventi dannosi cagionati dal medico operante in regime di attività intramuraria, resta da affrontare il problema se tali conclusioni possono mantenersi ferme anche con riguardo all'attività libero professionale posta in essere, sempre in regime di esclusività, ma all'interno di studi privati.

La circostanza che in questo caso non si utilizzano le strutture, l'organizzazione e il personale dell'ospedale segna, indubbiamente, un elemento di distinzione rispetto a quella che abbiamo definito come l'attività intramuraria "fisiologica".

Parte della dottrina ritiene che, nonostante ciò, le conclusioni in ordine al coinvolgimento dell'ente per eventuali illeciti non debbano mutare.

Concludere diversamente significherebbe attribuire eccessiva rilevanza all'aspetto organizzativo dell'ospedale, sì da ingenerare l'equivoco che questo risponda solo per fatti in qualche modo riconducibili a sue deficienze strutturali.

Ma così non è, in quanto si è già rilevato come nella ipotesi dell'attività intramuraria svolta all'interno dell'ospedale pubblico, la responsabilità di quest'ultimo derivi, in primo luogo, dal fatto che la prestazione sanitaria è posta in essere da un suo dipendente, la qual cosa sembra valere anche per l'ipotesi prevista dall'art. 72, comma 11, l. n. 44/1998.

Anche in questo caso, infatti, l'ospedale conseguirà un suo utile imprenditoriale e il professionista non riceverà personalmente il corrispettivo dal paziente, bensì otterrà quest'ultimo sotto forma di voce aggiuntiva della retribuzione mensile, detratta, ovviamente, la parte spettante alla struttura.

Dunque, a ben vedere, le due ipotesi sono quasi sovrapponibili, come confermato anche dal fatto che, come già evidenziato, l'attività intramuraria posta in essere all'esterno dell'ospedale dovrebbe rappresentare, almeno nelle intenzioni ufficiali del legislatore, una soluzione temporanea, determinata dalla carenza di spazi di molti enti ospedalieri che ancora non dispongono delle strutture necessarie.

Milita, inoltre, a favore della tesi qui sostenuta che reputa, anche in questa ipotesi, responsabile l'ospedale, un'ulteriore argomentazione. Non può escludersi, infatti, che tale soluzione della possibilità dell'attività intramuraria esercitata al di fuori della struttura diventi definitiva, il che significherebbe, se si optasse per la irresponsabilità della struttura, che quest'ultima sarebbe indotta ad incrementare questo tipo di attività

intramuraria, rispetto a quella, per così dire fisiologica, che la esporrebbe, invece a potenziali azioni risarcitorie: la qual cosa rappresenterebbe, com'è evidente, un fallimento di uno degli aspetti più qualificanti della intervenuta riforma sanitaria.

Del resto, deve infine osservarsi che, sia nel caso dell'attività intramuraria in senso stretto che in quello dell'art 77, comma 11, l. n. 44/1998, il paziente sarà indotto a rivolgersi al medico di una determinata struttura, non solo in ragione della fiducia che lo lega al medico che potrebbe non conoscere affatto, bensì anche in considerazione dell'affidabilità e prestigio che l'ente ha saputo conquistarsi nel corso degli anni, secondo un meccanismo di mercato, anche pubblicitario e frutto di adeguate operazioni di *marketing*, che, per quanto possa ingenerare perplessità di non poco momento in considerazione della natura degli interessi in gioco, dovrebbe, in prospettiva, ricalcare quello che tradizionalmente governa imprese in concorrenza tra loro.

CAPITOLO III

CASISTICA GIURISPRUDENZIALE SULLE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA

1. La responsabilità dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base

Recentemente, la Cassazione con sentenza n. 6243 del 27.3.2015 si è occupata della responsabilità dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base¹⁶².

Il quesito di diritto sul quale è stata chiamata a pronunciarsi la Corte è il seguente:

«Se, con riferimento al caso in cui sia stata accertata la responsabilità civile del “medico di base” per i pregiudizi da questo arrecati ad un paziente iscritto al Servizio Sanitario Nazionale, del risarcimento dei danni debba farsi carico anche la A.S.L., con la quale il professionista è convenzionato, ai sensi dell'art. 2049 c.c.».

La difesa dell'A.S.L. era basata sui seguenti argomenti:

- il SSN assume nei confronti dei cittadini obblighi organizzativi, ma non assume, in base alla legge n. 833/78 un obbligo diretto avente ad oggetto il contenuto della prestazione professionale;
- non può ritenersi, a norma degli artt. 14 e 25 della citata legge l'esistenza di un contratto “a monte” fra il paziente e l'A.S.L.;

¹⁶² In *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2015, 934 ss., con nota di PUCCELLA, *La responsabilità dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base*; in *Danno e responsabilità*, 2015, 801 ss., con commento di ZORZIT.

- non può ritenersi concluso un contratto tra A.S.L. e paziente nel momento in cui quest'ultimo chiede la prestazione al suo medico di base, non essendovi alcun contatto o diretto rapporto, tra la prima ed il secondo, in quanto le prestazioni professionali cui il paziente ha diritto si esauriscono solo in quelle che dovranno essergli fornite dal suo medico di base;
- anche la teoria del “contatto sociale”, pur ammettendo l'implicita accettazione del contratto tra struttura ospedaliera e paziente, presuppone quanto meno la conoscenza che la struttura ha del fatto che il paziente vi viene ricoverato, quale elemento del tutto assente nel rapporto tra A.S.L. e paziente, a fronte della richiesta di prestazione al medico di base.

La Corte d'Appello escludeva altresì, che la responsabilità della A.S.L. convenuta potesse fondarsi sull'art. 2049 c.c. in assenza della ravvisabilità, anzitutto di un rapporto di preposizione tra Azienda sanitaria e medico convenzionato, “essendo quest'ultimo un libero professionista del tutto autonomo, scelto dal paziente in piena libertà, sul quale la stessa A.S.L. non esercita alcun potere di vigilanza, controllo o direzione”.

Il medesimo giudice concludeva affermando che “l'inserimento del medico di base nell'organizzazione territoriale della A.S.L. si esaurisce, dunque, sul piano organizzativo-amministrativo, ma non tocca certamente il contenuto squisitamente professionale della prestazione del medico di base, che non viene sindacata dalla stessa A.S.L., non essendovi alcuna norma che attribuisce a quest'ultima un potere di vigilanza e controllo sul contenuto specifico della prestazione professionale medica del medico di base”.

Nell'argomentare la propria soluzione alla questione, la Suprema Corte richiama la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, nella parte in cui prevede la fissazione, in sede di approvazione del Piano Sanitario

Nazionale, dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini. Nel novero di queste prestazioni rientra l'assistenza medico-generica, che l'art. 14, comma 3, lett. *h*), individua come specifico compito in capo alle Unità sanitarie locali.

Pertanto, in forza delle citate disposizioni, le A.S.L. “provvedono ad erogare” l'assistenza medico-generica, sia in forma domiciliare, che ambulatoriale, assicurando i livelli di prestazioni stabiliti dal Piano Sanitario Nazionale.

Avente diritto all'erogazione della “prestazione curativa” di assistenza medico-generica, alla quale è tenuta la A.S.L. in base ai livelli definiti, è il “cittadino” in quanto utente del S.S.N. e come tale iscritto in appositi elenchi periodicamente aggiornati presso l'unità sanitaria locale nel cui territorio lo stesso ha la residenza (art. 19, comma 3). Ed è proprio tramite la detta iscrizione che l'utente esercita il diritto alla libera scelta del medico, che è assicurata “nei limiti dell'organizzazione sanitaria”, godendo dell'assistenza medico-generica, che è prestata dal personale dipendente o convenzionato del S.S.N., operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino.

La scelta del medico convenzionato per l'assistenza medico-generica avviene, dunque, nei confronti della A.S.L., che cura la tenuta di appositi elenchi in cui sono inseriti i medici con i quali è stato previamente instaurato, con la medesima A.S.L., lo specifico rapporto di convenzionamento.

In tale circoscritto ambito, la scelta del medico è di carattere fiduciario e tale rapporto, come prevede l'art. 25, comma 5, “può cessare in ogni momento, a richiesta dell'assistito o del medico”; in quest'ultimo caso, tuttavia, “la richiesta deve essere motivata”.

Tale scelta è dunque un atto dell'utente del S.S.N. destinato a produrre i suoi effetti nei confronti dello stesso Servizio e, per esso, della A.S.L., nel cui territorio opera il medico.

La rinuncia al medico, è, del pari, atto dell'assistito/utente del S.S.N. che produce i suoi effetti nei confronti dell'A.S.L. e analogamente opera la ricusazione dell'utente da parte del medico prescelto, la quale peraltro, deve essere sorretta da giustificazione, e, dunque, rimane sindacabile da parte della stessa A.S.L. (D.lgs. n. 502/1992, art. 8, comma 1, lett. *a* e *b*; D.P.R. n. 484 del 1996, art. 27).

L'utente dunque, attiva l'erogazione della prestazione curativa di assistenza medico-generica, con la scelta, nei confronti della medesima A.S.L., del sanitario di fiducia, individuato in un determinato contesto territoriale; il medico prescelto è tenuto a prestare l'assistenza medico-generica in quanto convenzionato con la A.S.L. e in forza di tale rapporto di convenzionamento.

Per la prestazione del medico generico poi, nessun obbligo remunerativo sussiste in capo all'utente nei confronti del medico "di fiducia"; ed anzi, il pagamento anche parziale da parte dell'assistito delle prestazioni previste in convenzione comporta il venir meno del rapporto con il Servizio Sanitario Nazionale (d.lgs. n. 502/1992, art. 8 lett. *d*). In altri termini, ciò costituisce illecito disciplinare tipico (D.P.R. n. 484 del 1996, art. 6, comma 2 e art. 13) che determina per il medico, la sanzione della cessazione del rapporto di convenzionamento.

Il medico convenzionato è remunerato infatti dalla A.S.L. in forza del rapporto di convenzionamento (L. n. 833/78, art. 48 e d.lgs. n. 502/92, art.8).

L'impianto normativo sopra ricordato consente di affermare che l'assistenza medico-generica è prestazione curativa che l'utente del S.S.N. ha diritto di ricevere secondo il livello stabilito dal Piano Sanitario Nazionale (e, in epoca successiva in base ai LEA), e, in questi termini, la A.S.L. ha l'obbligo di erogare.

Il diritto soggettivo dell'utente del S.S.N. all'assistenza medico-generica ed alla relativa prestazione curativa, nei limiti stabiliti normativamente nasce, secondo i giudici della Suprema Corte dalla legge ed è la legge stessa ad individuare la A.S.L. come soggetto tenuto ad erogarla, avvalendosi di personale medico in rapporto di convenzionamento.

Le prestazioni di assistenza medico-generica, che sono parte dei livelli uniformi, sono finanziate dalla fiscalità generale, alla quale concorrono tutti i cittadini con il versamento di un'imposta.

Secondo la Corte, si viene a configurare a carico della A.S.L. una obbligazione *ex lege* di prestare l'assistenza medico-generica all'utente del S.S.N., che viene adempiuta attraverso l'opera del medico convenzionato; il debitore A.S.L. nell'erogare la prestazione curativa dell'assistenza medico-generica, si avvale di personale medico in rapporto di convenzionamento.

Il medico convenzionato si configura quindi come ausiliario della A.S.L. quanto all'adempimento. Egli non è parte del rapporto giuridico obbligatorio tra la A.S.L. ed il paziente, ma interviene nella fase del suo svolgimento, per rendere la prestazione curativa che la A.S.L. è tenuta per legge ad erogare secondo livelli prestabiliti normativamente. E l'adempimento dovrà avvenire nell'ambito di tale predeterminata prestazione, come tale oggetto di controllo della stessa A.S.L. (cfr. D.P.R. n. 484 del 1996, art. 12, sulla responsabilità del medico generico per infrazioni alle norme sulle prescrizioni e proposte

sanitarie; inoltre, il controllo del debitore A.S.L. si esercita sull'idoneità dei locali e delle attrezzature utilizzati dal medico convenzionato per rendere la prestazione curativa dovuta, nonché sul rispetto dell'orario, predeterminato, ad essa dedicato: art. 22 del medesimo D.P.R.) rimanendo la prestazione medesima ovviamente libera nei contenuti tecnici-professionali suoi propri in quanto espressione di opera intellettuale a carattere scientifico, oggetto di protezione legale (art. 2229 c.c.).

Di qui, la Corte fa discendere, in ipotesi di illecito commesso dal medico convenzionato nell'adempimento della prestazione curativa di assistenza medico generica, l'operatività dell'art. 1228 c.c. nei confronti della stessa A.S.L.

La Corte a tal proposito, confermando il principio già espresso originariamente riguardo alla responsabilità della struttura sanitaria privata per il danno cagionato al paziente dal medico ivi operante, in assenza di rapporto subordinato con la medesima e ultimamente esteso a modello di responsabilità della struttura pubblica per *malpractice* del medico dipendente, afferma che “perché possa operare l'art. 1228 c.c. non è affatto dirimente la natura del rapporto che lega il debitore all'ausiliario, ma trova fondamentale importanza la circostanza che il debitore in ogni caso si avvalga dell'opera del terzo nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo tale opera a disposizione del creditore, sicché la stessa risulti così inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio”. Ed ancora, “la responsabilità di chi si avvale dell'esplicazione dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova allora radice non già in una colpa *in eligendo* degli ausiliari o *in vigilando* circa il loro operato, bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi

nell'adempimento dell'obbligazione: sul principio “*cuius commoda, eius et incommoda*”, o più precisamente, dell'appropriazione o avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino”.

A maggior conforto dell'interpretazione suddetta, la Corte richiama la giurisprudenza di legittimità che in passato si era espressa nel senso dell'irrelevanza della scelta del medico da parte del paziente ai fini dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1228 c.c. alla struttura, laddove il medico prescelto sia inserito nella struttura anzidetta.

Da queste premesse, correttamente la Suprema Corte fa discendere il principio di diritto secondo cui “l'A.S.L. è responsabile civilmente, ai sensi dell'art. 1228 c.c. del fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa, ove resa nei limiti in cui la stessa è assicurata e garantita dal S.S.N., in base ai livelli stabiliti secondo la legge”.

2. Responsabilità per danno da nascita indesiderata

Da qualche tempo si registra un crescente numero di controversie basate sulle diverse declinazioni del *wrongful* che alle nostre latitudini sono state definite come nascite dannose o indesiderate perché connotate da errori medici¹⁶³.

¹⁶³ Al riguardo è necessaria una premessa di natura concettuale, nel mutuare dall'esperienza di *common law* le espressioni di *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful pregnancy*, intraducibili dal punto di vista letterale, ma dove l'uso dell'espressione *wrongful* serve per l'appunto ad indicare un atto illecito connesso alle condizioni di vita, alla nascita e alla gravidanza. Il rilievo è tratto da ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, IV, 115.

La dottrina ha da tempo individuato le diverse ipotesi racchiuse nel lemma “nascita indesiderata” come segue¹⁶⁴:

- 1) Nascita determinata da un fallito intervento di sterilizzazione o da un’impropria somministrazione di un contraccettivo;
- 2) Nascita occasionata da possibili errori in sede di procreazione medica assistita o di manipolazione genetica;
- 3) Nascita di un bambino affetto da patologia trasmessa dai genitori all’atto del concepimento;
- 4) Nascita occasionata da un fallito intervento di interruzione volontaria della gravidanza ovvero dalla perdita della possibilità di scelta tra interruzione o prosecuzione della gravidanza, a causa di imperizia medica consistita nella mancata rilevazione di una malformazione o di una malattia genetica;
- 5) Perdita del feto imputabile a terzi che ne hanno determinato il decesso ovvero hanno reso necessario il ricorso ad un intervento di interruzione della gravidanza;
- 6) Lesioni cagionate al nascituro durante la vita endouterina o in occasione del parto.

Le ipotesi *sub* nn. 1), 2) e 4), a loro volta, possono conoscere ulteriori variazioni a seconda che il bambino nasca sano ovvero sia portatore di *handicap* fisico e/o mentale, con l’ulteriore precisazione che la nascita può collidere con la temporanea o definitiva volontà dei genitori di non avere figli.

¹⁶⁴ Cfr. per tutti, SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, cit. 469 ss.

Ancora, il quadro può ulteriormente arricchirsi in funzione del soggetto e del tipo di azione promossa. È possibile allora distinguere, per quel che qui interessa¹⁶⁵:

- a) l'azione del figlio e dei genitori nei confronti dei medici o delle istituzioni sanitarie, cui sia imputabile il non aver impedito il concepimento o la nascita;
- b) l'azione dei genitori e/o del figlio nei confronti dei medici e delle istituzioni sanitarie, cui sia imputabile l'omessa informazione sulla presenza o sull'alto rischio di *handicap* fisici o mentali;
- c) l'azione dei genitori e/o del figlio nei confronti dei medici o delle istituzioni sanitarie per le lesioni occasionate durante la fase endouterina o in occasione del parto.

Il capitolo più ricco in questo filone della responsabilità medica è rappresentato senza dubbio dall'errore diagnostico in sede di indagini prenatali. Errore, quest'ultimo che entra in rotta di collisione con il diritto della donna di decidere se interrompere la gravidanza.

Rispetto a questa fattispecie di danno si sono succedute nel tempo decisioni contrastanti in ordine al nesso causale e all'onere della prova.

Alla luce di tali divergenze interpretative, con l'ordinanza n. 3569/2015, la Terza sezione Civile della Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite¹⁶⁶.

Il primo nodo problematico su cui sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite riguarda il contenuto dell'onere probatorio posto a carico della

¹⁶⁵ La classificazione riprende quella proposta da ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, cit. 113 ss.

¹⁶⁶ Cass. civ. sez. III, 23.02.2015 n. 3569, in *Danno e responsabilità*, 2015, 693 ss., annotata da MADONIA.

donna, la cui scelta circa la possibilità di ricorrere all'aborto è stata preclusa dall'errata diagnosi del sanitario.

Il punto di partenza della riflessione è costituito dall'attribuzione alla donna dell'onere di dimostrare sia la sussistenza dei requisiti legittimanti l'interruzione della gravidanza, sia che di detta facoltà la stessa si sarebbe avvalsa se adeguatamente informata delle condizioni di salute del feto.

Dunque, la donna è chiamata a provare non già quel che nei fatti si è verificato, ma quel che si sarebbe presumibilmente verificato qualora il medico avesse correttamente adempiuto all'obbligazione posta a suo carico.

Da questa premessa pacifica, si sviluppano due orientamenti contrastanti.

Secondo il primo orientamento, affermatosi sin dal 2002, corrisponde a regolarità causale che la gestante decida di non portare a termine la gravidanza se informata della presenza di gravi malformazioni del nascituro, essendo implicita la sussistenza del grave pericolo alla salute psichica della stessa. Si è così introdotta una presunzione *iuris tantum* circa la sussistenza della volontà abortiva della donna che abbia richiesto gli accertamenti diagnostici, facendo gravare sul medico inadempiente l'onere di provare che, nonostante la corretta diagnosi, la paziente avrebbe ugualmente portato a termine la gravidanza¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Cass. 10.05.2002, n. 6735, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, 619 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 117 ss., con nota di GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; Cass. 29.07.2004, n. 14488, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, con nota di GORGONI, *La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario"?*; Cass. 4.01.2010, n. 13, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 582 ss., con nota di PARTISANI, *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*; Cass. 10.11.2010, n. 22837, in *Danno e responsabilità*, 2011, 382 ss., con nota di SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*; Cass. 13.07.2011, n. 15386, in *Giustizia civile* 2012, 406 ss., con nota di VALORE; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 1252 ss., con nota di E.CARBONE, *Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico sanitaria*.

Il secondo orientamento invece, fa venire meno tale presunzione semplice, precisando che la mera richiesta di diagnosi prenatali ha solo valore indiziante e pertanto dovrà essere integrata da ogni altro elemento probatorio idoneo a convincere il giudice della volontà abortiva¹⁶⁸.

Diverrebbe infatti vicenda processuale non incerta ma già segnata *ab origine* nel suo esito vittorioso finale, quella che finisce per rendere automatico il risarcimento all'esito di una semplice richiesta diagnostica nonostante l'impossibilità della prova di un fatto negativo da parte del convenuto (la volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta)¹⁶⁹.

In ogni caso, come si deduce dalle pronunce richiamate dalla Cassazione, la verifica dell'esistenza o meno del grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna va condotto con giudizio *ex ante*, avendo ciò che si è effettivamente verificato successivamente solo valore indiziario, ma non decisivo.

¹⁶⁸ Cass.2.10.2012, n. 16754, in *Danno e responsabilità*, 2013, 139 ss., con nota di CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, e 492 ss., con nota di MASTRORILLI, *To be or not to be: comprare l'incomprabile*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 175 ss., con nota di PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 796 ss., con nota di CARUSI, *Revirement in alto mare: il " danno da procreazione" si "propaga" al procreato?* e di CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*; Cass. 22.03.2013, n. 7269, in *Danno e responsabilità*, 2013, 1072, con nota di TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di Cassazione*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 1082 ss., con nota di PUCELLA, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 1506 ss., con nota di FONTANA VITA della CORTE, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi: onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*; Cass. 13.12.2013, n. 27528, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1585 ss., con nota di COPPO, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale*; Cass. 30.05.2014, n. 12264, in *Danno e responsabilità*, 2014, 1143 ss., con nota di TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli oneri probatori*.

¹⁶⁹ E tuttavia, come osservato da autorevole dottrina, occorre precisare che se è bassissima la frequenza di accertamento negativo in presenza di malformazioni fetali, è alto il ricorso in simili evenienze ad aborti terapeutici. Cfr. in tal senso, SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)* in *Danno e responsabilità*, 2011, 382 ss.

La questione si pone nel più ampio ambito della responsabilità medica come responsabilità contrattuale e nel dibattuto tema della ripartizione dell'onere della prova tra medico e paziente.

Entrambi gli orientamenti citati sopra apparentemente si pongono in linea di continuità con i principi ripetutamente affermati dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui spetta al paziente provare il contratto e allegare l'inadempimento, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto della condotta del professionista, restando a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

I due orientamenti divergono invece sul modo in cui la donna, diventata non volutamente madre, possa dimostrare la sussistenza del nesso di causalità tra l'inadempimento del medico e la nascita indesiderata. La tesi più recente, infatti, ritiene non sufficiente la richiesta di accertamenti diagnostici, escludendo che tale circostanza possa dar luogo a una presunzione idonea a fondare il convincimento del giudice ex art. 2729 c.c. Contrariamente, la linea interpretativa seguita sino al 2012 riteneva la richiesta diagnostica da sola idonea a provare la volontà abortiva, secondo il criterio del "più probabile che non". In tal modo, seppure l'onere della prova venisse formalmente posto a carico della paziente, di fatto si attribuiva al medico il difficile compito di dimostrare che la donna non avrebbe potuto o voluto abortire ove adeguatamente informata, avvicinandosi così alla ricostruzione giuridica delineata dalla Suprema Corte nel 2008¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cass. 11.01.2008, n. 577, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 849 ss., con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*; in *Danno e responsabilità*, 2008, 788 ss., con nota di

Per dirimere la questione in esame, sarà preliminarmente necessario chiarire l'esatto contenuto dell'onere posto a carico della paziente, aderendo o meno all'opzione pienamente contrattualista della responsabilità medica. In ogni caso, nel porre in essere tale operazione esegetica, bisognerà tenere presente che attribuire alla donna un onere probatorio eccessivamente gravoso stride con lo stesso diritto di autodeterminazione riconosciutele dalla l. n. 194/78.

La seconda questione posta all'attenzione della Suprema Corte riguarda la legittimazione del nato malformato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico e quindi anche della struttura solidalmente responsabile.

I giudici del merito della vicenda che ha condotto all'ordinanza, hanno aderito all'orientamento che trova il proprio caposaldo nella sentenza n. 14488 del 29.07.2004¹⁷¹, secondo cui nel nostro ordinamento non è configurabile un "diritto a non nascere" o "a non nascere se non sano" del concepito. Nella pronuncia richiamata si legge che "il diritto a nascere sani" significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da contatto sociale, nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo doloso o colposo), e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura e di

VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, ove si legge che l'attore paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia, o l'insorgenza di un'affezione, e allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; competerà al medico debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi sia stato ovvero che, pur esistendo, non è stato causa del danno.

¹⁷¹ Cass. 29.07.2004 n. 14488 cit.; conformi Cass. 14.07.2006, n. 16123, in *Corriere giuridico*, 2006, 1691 ss., con nota di LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; Cass. 11.5.2009, n. 10741, in *Danno e responsabilità*, 2010, 144 ss., con nota di DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement?*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 1258 ss. con nota di CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*.

assistenza alla maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana.

Non significa invece che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve "essere lasciato nascere". La Cassazione, inoltre, ha precisato che, anche se configurabile, il diritto invocato sarebbe adespota, in quanto a norma dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita, per cui il titolare di questo presunto diritto non avrà mai la possibilità di esercitarlo.

Tale indirizzo interpretativo è stato ribaltato dalla recente decisione del 2012 con cui la Suprema Corte ha ritenuto sussistente il pregiudizio di un interesse giuridicamente rilevante del nato, causalmente collegato all'inadempimento del medico¹⁷².

In particolare si è precisato che "la lesione lamentata dal neonato non si può intendere in senso statico, come malformazione in sé considerata, ma deve essere intesa in senso dinamico, come *stato funzionale di infermità*, che si proietta nell'esistenza futura del bambino handicappato". Dunque, secondo la Corte, l'interesse giuridicamente protetto è quello che consente al minore di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo i principi posti dalla Costituzione. Così ricostruito l'evento di danno, si rileva che la condizione di infermità del nato è eziologicamente riconducibile alla condotta negligente ed imperita del medico, che con l'errata diagnosi ha impedito alla madre di ricorrere all'IGV. In sostanza, la Corte di Cassazione

¹⁷² Cass. 2.10.2012, n. 16754 cit.

ha operato un'equiparazione tra l'errore terapeutico o chirurgico e l'errore diagnostico del medico. Questo orientamento si pone in linea di continuità con le riflessioni svolte dalla dottrina, la quale ha osservato che il pregiudizio del nato deriva dall'*handicap* e non dal fatto, in sé, della nascita¹⁷³.

Dunque, l'inadempimento del medico si pone come *condicio sine qua non* della vita malata, indipendentemente dalla circostanza che l'unica alternativa era quella di non nascere¹⁷⁴.

3. Responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione e per somministrazione di farmaci emoderivati

Dalla ricostruzione in termini autonomi del rapporto struttura/paziente rispetto al rapporto medico/paziente discendono importanti conseguenze anche sul piano della ripartizione e contenuto degli oneri probatori.

È la sentenza n. 577/08 a fare il punto della situazione in materia, in un caso di danno derivante da emotrasfusione, ove l'insorgenza del danno non ha connessione con l'esito dell'intervento chirurgico.

Con la sentenza in commento, per la prima volta i Giudici di legittimità vengono chiamati a decidere sulla responsabilità delle strutture sanitarie per danno da emotrasfusione infetta. La pronuncia si inserisce infatti in un quadro di pronunce dei giudici di merito orientate a privilegiare per essa l'inquadramento in ambito aquiliano ed in quest'ambito a fare

¹⁷³MONATERI, "La *marque de cain*" la vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, in D'ANGELO (a cura di), Milano, 1999, 285 ss.; CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*, cit., 817 ss.

¹⁷⁴ CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*, cit. il quale scrive che "ciò che conta in questi giudizi di causalità non è il nesso naturalistico di derivazione (la malattia non è causata materialmente dal medico) ma il nesso giuridico che lega, a prescindere dal dato biologico, la condotta colpevole del medico al pregiudizio risentito dal minore, ossia l'omessa diagnosi con la malattia del bambino".

prevalentemente applicazione dell'art. 2050 c.c. che disciplina l'esercizio delle attività pericolose¹⁷⁵.

La Cassazione quindi, nella sua composizione a Sezioni Unite, decide di intervenire sulla natura della responsabilità della struttura per danno da emotrasfusione come questione che si presenta preliminare alla soluzione della ripartizione dell'onere probatorio tra le parti in giudizio, con specifico riguardo all'individuazione del soggetto al quale compete provare se l'infezione da epatite C preesistesse o meno alla trasfusione di sangue eseguita nell'ambito della struttura sanitaria, in occasione di un intervento effettuato dal paziente. Le Sezioni Unite decidono di affrontare la questione posta sul nesso causale, operando una precisa scelta per l'inquadramento in ambito contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria privata per danno da emotrasfusione, prendendo atto di un processo di equiparazione tra strutture private e strutture pubbliche, avviato da alcune pronunce dei giudici di legittimità, nel riferimento alla natura e qualificazione del contratto intercorrente tra struttura sanitaria e paziente.

Con la pronuncia in questione, che si inserisce in un "pacchetto" di altre dieci sentenze emesse dalle Sezioni unite sul "danno da emotrasfusioni", l'attenzione dei giudici di legittimità si sposta dall'"attività di produzione" di farmaci emoderivati all' "attività di assistenza sanitaria", svolta da strutture sanitarie che provvedono alla somministrazione di tali farmaci; dall'

¹⁷⁵ Trib. Ravenna, 28.10.1999, in *Danno e responsabilità*, 2000, 1012; Trib. Firenze, 19.6.2000, ined.; App. Firenze, 7.6.2000, in *Danno e responsabilità*, 2001, 297. Questo inquadramento privilegiato è altresì confermato dal fatto che nel "pacchetto" di dieci sentenze, emesse dalle sezioni Unite sul "danno da emotrasfusioni", accanto alla sentenza in questione, si collocano ben tre pronunce (Cass. sez. un. 11.1.2008, n. 576; Cass. sez. un. 2008, n. 584; Cass. sez. un. 2008, n. 582) che, non essendo state investite della questione relativa alla natura della responsabilità della struttura, hanno confermato l'inquadramento in ambito aquiliano di tale responsabilità, così come deciso nei precedenti gradi del giudizio, nel riferimento all'art. 2050 c.c.

«attività di vigilanza sulla raccolta, conservazione e distribuzione del sangue umano» che compete all’Autorità amministrativa di garanzia, all’ «attività sanitaria di applicazione terapeutica delle trasfusioni di sangue», espletata sempre nell’ambito delle strutture sanitarie.

Si tratta, come rilevato da un’attenta dottrina, di uno spostamento di attenzione che rivendica, se analizzato nel contesto delle dieci sentenze che le Sezioni Unite hanno inteso dedicare al tema del «danno da emotrasfusioni», una nuova prospettiva di analisi, che guarda ad esso diversificando a seconda del tipo di attività che presiede all’impiego del sangue, se di produzione, di vigilanza, o di assistenza sanitaria¹⁷⁶.

La Corte avverte quindi l’esigenza di diversificare i modelli di responsabilità nel rispetto della differente natura delle attività coinvolte (produzione/vigilanza/assistenza sanitaria) e degli *status* dei soggetti che le esercitano (imprenditori/autorità amministrative di vigilanza/aziende sanitarie).

In questa direzione, viene dunque a profilarsi una responsabilità del Ministero della salute, come soggetto che per legge presiede alla vigilanza e controllo del sangue ed emoderivati, da inquadrare nell’ambito della responsabilità aquiliana da *status*, valorizzando in tale direzione la violazione di doveri imposti per legge come una colpa omissiva dell’Autorità amministrativa di vigilanza da accertare *ex art. 2043 c.c.*; una responsabilità delle strutture sanitarie da inquadrare nell’ambito della responsabilità per inadempimento ad obblighi imposti dal contratto e da valutare, *ex art. 1218 c.c.*, in base alla natura dell’attività da esse svolta (attività di assistenza

¹⁷⁶ DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 616 ss.

sanitaria) e con riguardo preminente all'interesse protetto (il diritto alla salute).

Ritengono i giudici che una volta inquadrata in termini contrattuali la responsabilità della struttura, nel rapporto con il paziente, il problema del riparto dell'onere della prova deve seguire i criteri fissati in materia contrattuale alla luce del principio enunciato in termini generali da S.U. 30.10.2001, n. 13533 in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento¹⁷⁷.

Applicando questo principio dell'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico, in passato si è ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore ed evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario. Restava invece a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente¹⁷⁸.

Nella sentenza n. 577/2008 la Corte afferma che il punto relativo alla prova del nesso di causalità non può essere condiviso in quei termini, in

¹⁷⁷ Le Sezioni Unite, nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici, hanno enunciato il principio secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogo principio è stato affermato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione dei doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative di beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

¹⁷⁸ Cass. n. 12362 del 2006; Cass. 11.11.2005, n. 22894; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 3.8.2004, n. 14812.

quanto esso risente implicitamente della distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, che se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quantomeno in tema di riparto dell'onere probatorio, dalla predetta sentenza delle S.U. n. 13533/2001 (confermata da S.U. 28.7.2005, n. 15781).

La Corte si sofferma sul fatto che tale impostazione non è immune da vizi specialmente nel campo delle prestazioni d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni¹⁷⁹.

Sotto il profilo dell'onere della prova poi, rileva che la distinzione veniva utilizzata per sostenere che mentre nell'obbligazione di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile.

Ma anche sotto tale profilo la distinzione è stata sottoposta a revisione sia da parte della giurisprudenza che da parte della dottrina e a tal proposito cita la sentenza n. 13533/2001¹⁸⁰.

Una volta prestata piena adesione al principio espresso nella suddetta pronuncia, le S.U. ritengono che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni

¹⁷⁹ In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione.

¹⁸⁰ Infatti, la sentenza n. 13533/2001 ha affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, *ex art. 1453 c.c.*, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*, senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

cosiddette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa efficiente del danno.

La Corte ritiene che ciò comporti che l'allegazione del creditore non possa attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento "qualificato", e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno (nel caso di specie, costituito dalla sottoposizione alla trasfusione di sangue infetto). Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno¹⁸¹.

Nella fattispecie di danno da emotrasfusione occorso all'interno di una struttura ospedaliera, la Corte ritiene che, avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria ed il danno (epatite), allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per

¹⁸¹ Critica rispetto al concetto dell'«inadempimento qualificato», DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, cit. 619-621, la quale ritiene che questo argomentare risentirebbe, più che della distinzione tra obbligazione di mezzi/obbligazione di risultato, dell'identificazione della prestazione dovuta dall'ente con quella dovuta dal medico. Testualmente: "Parrebbe in realtà a chi scrive che tali sentenze, più che ribadire fedeltà alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, nell'analisi del nesso di causalità siano in realtà condizionate dal fatto di guardare sempre alla responsabilità della struttura (pubblica) come responsabilità da fondare sulla *negligenza* del medico ed, in questa angolazione di analisi, siano portate a proiettare la disamina concernente il nesso di causalità in una dimensione aquiliana che ha solo riguardo al nesso tra condotta medica e danno. (*omissis*). In realtà, solo accreditando fino in fondo quel processo di autonomizzazione della responsabilità della struttura (pubblica) dal fatto illecito del medico, sarà possibile affrontare in una nuova chiave di lettura il problema della responsabilità della struttura per inadempimento ad obblighi propri. In tale direzione sarà possibile guardare alla distribuzione dei carichi probatori tra le parti, in sintonia con i principi enunciati da Cass. sez. un., 30.10.2001, n. 13533, senza doversi confrontare con il regime probatorio del nesso di causalità che in ambito aquiliano proietta sul paziente la prova della sua sussistenza".

una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero.

Ai fini della declaratoria di responsabilità, in riferimento all'ipotesi di contagio da emotrasfusione eseguita all'interno della struttura sanitaria, gli obblighi a carico della struttura vanno posti in correlazione sia agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue, quali quelli relativi all'identificabilità del donatore e del centro trasfusionale di provenienza (c.d. tracciabilità del sangue) che agli obblighi più generali di cui all'art. 1176 c.c. nell'esecuzione delle prestazioni che il medico o la struttura possono aver violato nella singola fattispecie.

Dai principi sopra esposti, la Corte fa conseguire la conclusione che la sentenza che pone a carico del paziente creditore l'onere della prova che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite, ha violato i principi in tema di riparto dell'onere probatorio, fissati in tema di azione per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

Inoltre ritiene che poiché tale ultimo dato relativo alle patologie in corso doveva già emergere dai dati anamnestici e dagli accertamenti di laboratorio cui il paziente doveva essere sottoposto prima dell'intervento chirurgico e della trasfusione, dati che dovevano essere riportati in cartella clinica- *«va condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la difettosa tenuta della cartella clinica, se pur non vale ad escludere il nesso eziologico tra la condotta colposa dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata l'idoneità di tale condotta a provocarla, consente il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine*

alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", cioè l'effettiva possibilità per l'una o l'altra parte di offrirla».

ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA STRUTTURA SANITARIA PER DANNO DA INEFFICIENTE ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO

CAP I

LA RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA PUBBLICA

La definizione della natura della responsabilità dell'ente pubblico è preceduta da un'analisi delle teorie sulla qualificazione del rapporto di assistenza sanitaria, per approdare all'affermazione contrattuale della responsabilità ed all'applicazione del Codice del Consumo per la tutela del diritto alla qualità delle prestazioni sanitarie. Con riferimento al modello di responsabilità, viene analizzato il formante legislativo, dottrinale e giurisprudenziale onde vagliare il tipo di contratto più aderente al concreto atteggiarsi del rapporto ed alle esigenze di tutela del paziente, in una prospettiva che rifiuta la logica della segmentazione nell'attribuzione della responsabilità in ipotesi di causazione del danno. Al modello originario che identificava l'obbligazione dell'ente con quella derivante dal contratto d'opera professionale, sancendo l'irresponsabilità dell'ospedale per danni derivanti da inefficiente organizzazione del servizio se non accompagnati da un illecito del medico, è seguito l'emergere in giurisprudenza del contratto atipico di ospedalità, che tuttavia rivela dei limiti in punto di disciplina

concretamente applicabile nell'ipotesi di danno. Recentemente il riferimento è ai “contratti di protezione” elaborati dalle note sentenze delle S.U. del 2008 oppure, nell'ambito dei contratti di prestazione di servizi, a quei contratti che nel loro schema causale contemplano l'esecuzione di un servizio, come prodotto di un'attività che è anche di gestione ed organizzazione. In tal senso, lo sguardo è alla disciplina del contratto di trasporto di persone ed in particolare alla norma che, per l'accadimento dei sinistri che colpiscono il viaggiatore durante il viaggio, risale all'organizzazione predisposta dal vettore, nell'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno.

CAP II

LA RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA PRIVATA

La responsabilità della struttura privata, di natura contrattuale, segue un percorso inverso rispetto a quello della struttura pubblica. Difatti, mentre per le strutture pubbliche il modello di riferimento è sempre stato quello della responsabilità del libero professionista, nel rinvio operato alla disciplina del contratto d'opera intellettuale, con l'adozione di standard valutativi adeguati alla natura professionale dell'attività resa dal medico (art. 2236 c.c.) ma non calibrati sulla natura dell'attività erogata dalla struttura; nelle strutture sanitarie private, il modello di riferimento è quello della responsabilità di impresa, assumendo le case di cura come “imprese sanitarie” che si devono accollare il rischio dell'attività economica resa inseguendo logiche di “mercato” e di “profitto”. Tuttavia l'obbligazione assunta da queste ultime,

per lungo tempo è stata assimilata a quella di albergo atipico, limitata alla messa a disposizione delle strutture, dei macchinari e del personale di assistenza, costituendo la prestazione medica in senso stretto, l'oggetto di un diverso contratto stipulato direttamente dal medico col paziente. Da questa impostazione derivava l'irresponsabilità della struttura per il fatto illecito del medico operante al suo interno.

Unicamente a partire dalle pronunce della Cassazione dal 1999 in poi, si afferma l'esistenza di un contratto di ospitalità tra struttura privata e paziente, dal contenuto complesso che comprende altresì la prestazione sanitaria in senso stretto.

Ultimamente la Suprema Corte si è espressa in favore di un modello unitario di responsabilità per strutture pubbliche (o private convenzionate) e private, che nella prestazione del servizio garantisca quella qualità e sicurezza delle cure che è lecito attendersi quando è in gioco il bene fondamentale della salute.

CAP III

CASISTICA GIURISPRUDENZIALE SULLE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA

Negli ultimi anni la giurisprudenza si è occupata a più riprese del danno da emotrasfusione e da somministrazione di farmaci emoderivati e del danno da nascita indesiderata, che pongono delicate questioni in punto di onere della prova.

Infine, una recente sentenza della Suprema Corte per la prima volta afferma la responsabilità contrattuale dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base.

ABSTRACT

THE LIABILITY OF HEALTHCARE FACILITY FOR THE PATIENT'S PERSONAL INJURY DUE TO INEFFICIENT ORGANIZATION OF THE HEALTHCARE SERVICE

CHAPTER I

THE LIABILITY OF THE PUBLIC INSTITUTION

Defining the nature of the responsibility of the public institution is preceded by an analysis of the theories on the qualification of the healthcare relationship to arrive at contractual affirmation of liability and apply the Consumer Code for the protection of the right to quality of healthcare.

With reference to the liability model, it is analysed through the laws, the decisions of the courts and the legal science, in order to assess the type of contract most adherent to the concrete behaviour of the relationship and to the need to protect the patient in a perspective that rejects the logic of segmentation in the attribution of the responsibility in the event of contributory fault.

The original model that identifies the obligation of the institution with that arising from the contract of professional work, sanctioning the irresponsibility of the hospital for damages resulting from an inefficient organization of the service unless accompanied by a mistake of the doctor, has been followed (in the judicial decisions) by the nameless contract of

hospitalisation which nevertheless reveals the limitations in point of discipline actually applicable in the event of damage.

Recently, the awards pronounced in 2008 by the Corte di Cassazione refer to the “protection agreements” while the legal science refers to the contracts to provide services and among them, to the contracts in which the causal scheme contemplates the execution of a service, as a product of an activity that is the result of management and organization. In this direction, it is suggested to apply the regulation of the carriage of passengers contract and in particular the rule that for the occurrence of claims that affect the traveller while travelling, dates back to the organization arranged by the carrier, in the adoption of all appropriate steps to avoid the damage.

CHAPTER II

THE LIABILITY OF THE PRIVATE HEALTHCARE CENTRE

The responsibility of the private health centre, of a contractual nature, follows a path opposite to the public structure. Indeed, while the public reference model has always been the liability of the independent professional, the reference made to the law of contract and intellectual work, with the adoption of assessment standards appropriate to the professional nature of performance by the doctor (art. 2236 c.c.) but not calibrated on the nature of the activity provided from the structure; in private healthcare, reference model is that of corporate responsibility taking nursing homes as “business health” that have to yield to bear the risk of economic logic in pursuit of “market” and “profit”. However the obligation assumed by them,

for a long time has been assimilated to that of atypical hotel, restricted to the provision of the facilities, machinery and service personnel, setting up the medical service strictly speaking, the object of a different contract signed directly by the doctor with the patient.

From this comes the irresponsibility of the private health centre for the unlawful act of doctor operating within it.

Only starting from the decisions of the Court of Cassation since 1999, it has been stated the existence of a hospitalization contract between private structure of hospital and patient, with complex content also including the health service *stricto sensu*.

Recently the Corte di Cassazione has expressed in favour of an integrated model of responsibility for public (or contracted private) and private, that in providing the service ensures the quality and safety of care that is expected when is in question the fundamental good of health.

CHAPTER III

THE COURTS' LAST DECISIONS ON THE LIABILITY OF HEALTHCARE FACILITY

In the last years many judicials decisions deal with the questions of personal injury caused by blood transfusion or blood product and wrongful birth, wrongful life or wrongful pregnancy due to an incorrect diagnosis of the doctor.

These cases arise very complex questions in point of burden of proof.

Finally, a recent judgement of the Court of Cassation declares for the first time the liability of the healthcare service A.S.L., for the general practitioner's unlawful act.

BIBLIOGRAFIA

AICARDI, *La sanità*, in Trattato di diritto amministrativo a cura di CASSESE, tomo I, *Le funzioni di ordine. Le funzioni di benessere*, seconda edizione, Milano, 2003.

ALBANESE, *I rapporti derivanti da un obbligo sociale di prestazione*, in *Le obbligazioni*, (a cura di) FRANZONI, Torino 2005, 909 ss.

ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano 1956, 57 ss.

ALPA, *Utenza pubblica e rapporti di diritto privato*, in *I contratti atipici*, II, diretto da ALPA e BESSONE, Torino 1991.

ALPA, *La responsabilità medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 330-331.

ALPA, *La nuova cittadinanza e i diritti dei consumatori e delle "parti deboli"*, in *Rassegna Forense*, 1999, 807

AMATO, *Note a margine di un caso di responsabilità (autonoma) della struttura ospedaliera*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 981

ARENA, *L'«utente-sovrano»*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, I, Modena, 1996, pp.147 ss.

BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Rivista trimestrale di Diritto processuale civile*, 1960, 1342-1363

A.M.BENEDETTI, *Le carte dei servizi*, in *Trattato dei contratti*, diretto da ROPPO, Milano 2014, 1267.

BERTOCCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle strutture sanitarie pubbliche e private*, in (a cura di) RUFFOLO, *La responsabilità medica: le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali; per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici)*, Milano 2004.

BIANCA, in *Commentario al codice civile*, (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1967, 412

BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1987, 452

BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile. 5*. Milano 1994, 58

BILANCETTI *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 1996

BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova 1999, 43-50

BONVICINI, *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1976

BREDA, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 1050

BREDA, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. Legge Balduzzi*, in *Responsabilità sanitaria: diritto e assicurazione, Atti del convegno di Verona del 12 aprile 2014*, Milano, 2014

BRIANI, *Le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi*, in CORPACI (a cura di) *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Il Mulino, 2003

BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 31-40

CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 139 ss.

CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto. Discipline privatistiche*, Torino 1998, vol. vol. XXVII, 198

CAIA, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna 2005, 131 ss.

CARASSALE, *Dal sistema della centralità della colpa professionale al sistema della centralità del contratto stipulato dall'ente (in particolare la struttura privata in ambito sanitario)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 74 ss.

E.CARBONE, *Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 1252 ss.

CARUSI, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, 600

CARUSI, *Revirement in alto mare: il “danno da procreazione” si “propaga” al procreato?* in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 796 ss.

CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, 1ss.

CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958
SANTILLI, *La responsabilità dell’ente ospedaliero pubblico*, in *La responsabilità medica: atti del Congresso tenutosi a Pisa nel 1981*, Milano, 1982

CERRAI-GIANFRANCESCHI, *Sulla natura della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica: atti del Congresso tenutosi a Pisa nel 1981*, Milano, 1982
DALFINO, *Dal convenzionamento all’accreditamento istituzionale*, in *Foro italiano*, 1999, I, 2932

CHINDEMI, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata e riflessi assicurativi*, in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, 2001, 947

CILIONE, *Diritto sanitario*, Santarcangelo di Romagna, 2013

COMANDÈ-TURCHETTI (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, Padova, 2004

COPPO, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 1585 ss.

CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 1258 ss.

CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 796 ss.

DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 21 ss.

DE MATTEIS, *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) VISINTINI, Milano, 1999, 399 ss.

DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia juris e regole di formazione giurisprudenziale* in *Danno e Responsabilità*, 7/99, 777.

DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, 619 ss.

DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, 2007.

DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 612 ss.

DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?* in *Trattato di biodiritto*, (a cura di) RODOTÀ, ZATTI, Milano 2011, 117 ss.

DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, (a cura di) ALEO, DE MATTEIS, VECCHIO, Padova, 2014

DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano"*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 144 ss

DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II, 132 ss.

FACCIOLI, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, 515

FALCON, voce *Obbligazione-obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, vol. XXI, 5ss.

FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, 689

FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007.

FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Torino, 1997, 513 ss.

FERRARA, VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino 2009

FONTANA VITA della CORTE, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi: onere probatorio, interesse lesa e danno risarcibile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 1506 ss.

FRESA, *Sevizio pubblico*, voce del *Dizionario amministrativo* diretto da Guarino, 1983

GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civ.* 1984, 711 ss.

GABRIELLI, *La r.c. del professionista: generalità*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 305.

GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, 293 ss.

GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Politica del diritto*, 2003, 409 ss.

GOISIS, *La nozione di servizio pubblico come criterio di riparto tra le giurisdizioni*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2001, 270

GORGONI, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998

GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 1014

GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 117 ss.

GORGONI, *La nascita va accettata senza “beneficio d’inventario”?* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 1348 ss.

GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 849 ss.

GRONDONA, *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto*, in *Danno e responsabilità*, 2000, 157

GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 65 ss.

IADECOLA-BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie: profili penali e civili*, Milano, 2009, 262

IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico: dall'organizzazione alla Carta dei servizi*, Milano 2002

IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria. Profili civilistici*, Relazione in occasione del Convegno: *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, Milano, 27 ottobre 2000, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, 6-7

KLESTA DOSI, *La disciplina consumeristica: verifica di trasposizione*, in *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008

KLESTA DOSI, *La chirurgia estetica tra consumerismo e valore della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 290 ss.

LEPRE, *La responsabilità della casa di cura privata per i danni cagionati al paziente dal medico ivi operante*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, 984

LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano, 2011

LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corriere giuridico*, 2006, 1691 ss.

LORÈ, MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1998, 409 ss.

MASTRORILLI, *To be or not to be: comprare l'incomprabile*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 492

MATTEO, *Danni da carenze strutturali ed organizzative e accertamento della causalità nella responsabilità medica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 1817

MAZZIA, *Furto di neonato e responsabilità civile dell'ospedale*, in *Foro italiano*, 1988, I, 1629

MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, 508-523

MOLASCHI, *Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 2000, I, 621 ss

MONATERI, *La responsabilità civile in Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Torino, 1998

MONATERI, *“La marque de cain” la vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, in D'ANGELO (a cura di), Milano, 1999, 285 ss.

NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001

ORICCHIO, *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, in *Temi di diritto privato*, collana diretta da ALPA, Milano, 2001

ORTOLANI, *Il danno morale riflesso in caso di lesioni: una pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 1359

PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 175 ss.

PALMIERI, *Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima di lesioni personali*, in *Foro italiano*, 2002, 3060

PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *La responsabilità civile*, 2009, 71 ss.

PARTISANI, *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 582 ss.

PARTISANI, *Dal contratto di ospitalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, in FRANZONI (a cura di), *La responsabilità nei servizi sanitari*, Torino, 2011, 159 ss.

PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983

PRINCIGALLI, *La responsabilità civile. Profili generali*, in *Diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, Padova, 1997, 989 ss.

PUCELLA, *Prestazione medica negligente-Responsabilità dell'ente ospedaliero*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, 614

PUCELLA, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 1082 ss.

PUCELLA, *La responsabilità dell'A.S.L. per l'illecito riferibile al medico di base*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 943 ss.

QUADRI, *Profili contrattuali e responsabilità civile nella responsabilità del chirurgo plastico*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1987, 770

QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato* in *Danno e responsabilità*, 1999, 1165

RONCHI, *La responsabilità civile della struttura e del medico per le infezioni nosocomiali- I parte e seconda parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, rispettivamente 1527 e 1803

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, 2a ed., Milano 2011, 475 ss.

SANNA, *Osservazioni critiche in tema di contratto di ospedalità*, (nota a Pret. Tolmezzo 21 aprile 1998), in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, 1561

SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 683

SANTINI, *I servizi*, Bologna, 1987, 92

SBISÀ, *Natura e funzioni delle “carte dei servizi”. La carta del servizio elettrico*, in *Rassegna giuridica dell’Enel*, 1997, 34 ss.

SCALFANI, *In tema di responsabilità della casa di cura privata per danni conseguenti ad un intervento operatorio*, in *Temi Romana*, 1982, 601

SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 469 ss.

SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 382 ss.

STANZIONE, ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano 1983.

TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, 395 ss.

TOSCANO, *Un nuovo passo verso il riconoscimento del difetto di organizzazione dell’ente ospedaliero come autonoma fonte di responsabilità?* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1997, 1228 ss.

TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006, 115 ss.

TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di Cassazione*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 1072

TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli oneri probatori*, in *Danno e responsabilità*, 2014, 1143 ss.

TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XII ed. Milano, 1998, 339

VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 788 ss.

VIGOTTI, *La responsabilità del professionista*, in *La responsabilità civile*, aggiornamento 1988-1996, diretta da ALPA e BESSONE, pag. 787

VISINTINI, *I fatti illeciti*, 2, Padova, 1990

VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 85 ss.

ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, *Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, Milano, 1959

ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, 3

ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, IV, 115.

ZENO-ZENCOVICH, *Per una “riscoperta” della rendita vitalizia ex art. 2057 cod. civ.* in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 121