

Cassazione civile, Sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391 (ord.)

Il decreto legge 13 settembre 2012 n. 158, articolo 3, comma 1, nello stabilire che l'esercente la professione sanitaria, qualora rispetti le regole imposte dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per "colpa lieve", ferma l'applicazione, in determinate fattispecie, dell'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ., non intende imputare al comportamento del sanitario alcuna forma di responsabilità extracontrattuale, perseguendo il solo intento di escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve.

Rientrano nel foro del consumatore di cui all'art. 33, comma II, lett. U) del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, le controversie afferenti prestazioni mediche aggiuntive poste a carico dell'utente e non del Servizio Sanitario Nazionale o della struttura convenzionata qualora vengano erogate a favore di un paziente in regime "intramurario"



Vincenza Cinzia Meccola

Dottore di ricerca

RESPONSABILITÀ SANITARIA E FORO DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. L'impatto della legge Balduzzi sul sistema della responsabilità civile in ambito sanitario. – 3. Le conseguenze della perdurante qualificazione della responsabilità del medico dipendente come contrattuale, con particolare riferimento all'onere della prova. – 4. Natura del rapporto intercorrente fra struttura sanitaria e paziente. – 5. L'individuazione del foro competente nei giudizi di responsabilità medica.

1. – L'Azienda Ospedaliero-Universitaria del Policlinico di Modena proponeva regolamento di competenza contro l'ordinanza del Tribunale di Crotone con la quale quest'ultimo, investito della domanda diretta ad ottenere il risarcimento dei danni per la cattiva esecuzione di un intervento chirurgico, aveva disatteso l'eccezione di incompetenza territoriale dell'adito foro di Crotone, luogo di residenza della parte attrice, a beneficio del foro del Tribunale di Modena.

A sostegno della propria richiesta l'Azienda ricorrente adduceva in primo luogo che l'applicazione nella controversia de qua del foro del consumatore doveva escludersi alla luce del principio di diritto fissato dalla Cassazione con l'ordinanza n. 8093/2009¹; in secondo luogo, che l'applicazione del foro del consumatore – come corollario del riconoscimento della responsabilità contrattuale a carico del medico sanitario – sarebbe comunque da escludersi alla luce della legge n. 189/2012 che avrebbe ricondotto la responsabilità del sanitario nell'alveo della responsabilità extracontrattuale.

La Suprema Corte concludeva per il rigetto della istanza di regolamento di competenza assumendo che, nel caso di specie, si vertesse in tema di responsabilità contrattuale del medico sanitario e, dunque, in linea di principio, venisse in rilievo il foro del consumatore. Evidenziava, infatti, come l'entrata in vigore della legge Balduzzi non esprimesse alcuna opzione, da parte del legislatore, per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, dal momento che tale disposizione normativa persegue l'unico intento di escludere, diversamente da quanto previsto in ambito penalistico, l'irrelevanza della colpa lieve.

Osservava tuttavia il Collegio che, secondo un indirizzo consolidato, l'Azienda Sanitaria pubblica non esercita una attività tipica di un professionista, dal momento che il servizio erogato dalla Struttura sanitaria non è espressione di una professione né, tantomeno, è finalizzato alla realizzazione di un profitto, dovendo al contrario essere necessariamente erogato anche ove esso si riveli antieconomico.

Viceversa, qualora, come nel caso in esame, il rapporto fra l'utente e la struttura sanitaria convenzionata abbia corso con l'espletamento di eventuali "prestazioni aggiuntive", poste diret-

¹ In *Danno e resp.*, 2009, 945, con nota di GARATTI, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*.

tamente a carico dell'utente, e non del Servizio sanitario Nazionale, troverà applicazione l'art. 33, comma 2, lett. u) del Codice del consumo, dal momento che in tale rapporto l'Azienda sanitaria si è posta direttamente nei confronti dell'utente come professionista. Ne conseguirà l'applicazione del foro del consumatore senza che da ciò derivi alcuna incoerenza con il collocarsi di detta azienda in ambito dello stesso pubblico servizio inerente la sanità.

Concludeva, dunque, per la dichiarazione di competenza del Tribunale di Crotone.

2. – L'ordinanza in commento affronta e risolve due rilevanti questioni: la prima attiene al dibattuto tema, tutt'ora oggetto di vivaci e perduranti contrasti giurisprudenziali, relativo alla natura della responsabilità del medico sanitario dipendente di una struttura sanitaria pubblica a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 della legge n. 189/2012 (legge "Balduzzi"); la seconda riguarda, invece, l'individuazione del foro competente nei giudizi di responsabilità medica. Il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, stabilisce che l'esercente la professione sanitaria, qualora rispetti le regole imposte dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per "colpa lieve", ferma l'applicazione, in determinate fattispecie, dell'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.

Il riferimento all'art. 2043 c.c. ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza di merito – anche sulla scorta dell'esame dei lavori preparatori ove era originariamente previsto il riferimento agli artt. 2236 e 1176 c.c., e conformemente alla finalità di deflazione del contenzioso e di alleggerimento della posizione dei medici dipendenti di strutture ospedaliere pubbliche² proprie del decreto – a leggere nel richiamo alla norma cardine in tema di illecito aquiliano una precisa scelta di politica legislativa, finalizzata a separare la sorte dell'operatore da quella della struttura, individuata, quest'ultima, come soggetto meglio capace di gestire il rischio e verso cui prioritariamente indirizzare le richieste risarcitorie delle vittime di *malpractice*, e a valorizzare la novità legislativa intesa come un consapevole ritorno al passato, nel senso che³ "il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana"⁴.

² A sua volta finalizzato a contenere il ricorso alla c.d. medicina difensiva e i costi ad essa connessi.

³ ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e resp.*, 2014, 84.

⁴ In Giurisprudenza, cfr. *ex plurimis*, Trib. Varese, 26 novembre 12, n. 1406 e Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 4, pp. 375-378 con nota di CARBONE *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*; Trib. Milano, 17 luglio 2014, n. 9693 secondo cui l'obbligazione risarcitoria del medico può scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare); Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252 in *Danno e resp.*, 2014, 74 con nota di ZORZIT, *La responsabilità del medico*, cit. In dottrina cfr. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 357; DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impr.*, 2014, 1, 89 ss.; GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 3/2014, 1040 secondo il

JUS CIVILE



La tendenza più risalente, allineandosi all'opinione della (allora) prevalente dottrina⁵, propendeva infatti per l'ascrizione della responsabilità del medico dipendente all'area dell'illecito aquiliano⁶, argomentando principalmente dalla insussistenza tra paziente e medico di un vincolo negoziale che si configurerebbe in via esclusiva con l'Ente alle dipendenze del quale il medico esercita la propria attività professionale. Non mancavano tuttavia pronunzie di segno opposto, che muovevano dalla configurazione di un rapporto contrattuale di tipo professionale o ad esso assimilabile⁷, che parimenti intercorrerebbe tra sanitario e paziente così come tra quest'ultimo e il nosocomio. Tuttavia il contrasto giurisprudenziale finiva con l'essere fortemente sfumato dalla tendenza – da un lato – ad ammettere il concorso di responsabilità, e – dall'altro – ad avvicinare le regole operazionali proprie dei differenti regimi di responsabilità in ordine alla prova dell'inadempimento o del fatto illecito, nonché di dimostrazione del nesso causale, sino a configurare come applicabile anche alla responsabilità *ex delicto* l'art. 2236 c.c.⁸; tendenza che induceva alcuni autori a discutere, relativamente alla responsabilità medica, di “un sottosistema” della responsabilità civile ovvero di una responsabilità “transtipica”, governata da regole operative di diritto vivente del tutto peculiari⁹.

L'assetto giurisprudenziale attuale e la conseguente attribuzione della natura contrattuale alla responsabilità del sanitario trae origine, come è noto, dalla pronuncia della Suprema Corte n. 589/1999¹⁰.

quale il Parlamento italiano ha voluto «limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire la loro posizione processuale attraverso il richiamo all'art. 2043». Esprime tale limitazione, secondo l'Autore, anche il disposto dell'art. 3, comma 3, della legge Baduzzi, che ha introdotto un criterio che circoscrive l'entità del danno biologico risarcibile, attraverso il richiamo degli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209/2005 (codice delle assicurazioni private).

⁵ PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 22; GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 722; CAFAGGI, *Voce Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 213 ss.

⁶ Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 297; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600, con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, in *Foro it.*, 1998, I, 3251.

⁷ Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 953; Cass. 27 maggio 1993 n. 5939, in *Giust. civ., Mass.*, 1993, 933; Cass. 1° marzo 1988 n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604.

⁸ App. Roma, 6 settembre 1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2838; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 982; in dottrina, in tal senso, CATTANEO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1958, 81; in senso contrario, CASTRONOVO, *Tra contratto e torto, l'obbligazione senza prestazione*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, 480.

⁹ DE MATTEIS, *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale o extracontrattuale o trans tipica?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1003.

¹⁰ In *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità medica come responsabilità da contatto*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999 ss.; GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 661 ss.; FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*; in *Giur. merito*, 1999, 1148 ss.; DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss.; DI CIOMPO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è*

Essa ha il merito di avere stigmatizzato il tipo di responsabilità attribuibile al sanitario dipendente – autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente, riconducendola all’area della responsabilità da inadempimento, individuando, altresì, la sua fonte in un rapporto contrattuale di fatto o da “contatto sociale”¹¹.

L’ordinanza che si annota ribadisce, in modo lapidario, che la responsabilità medica continua a rivestire natura contrattuale anche dopo l’introduzione della legge Balduzzi, allineandosi all’orientamento prevalente sia della giurisprudenza di merito¹² che di legittimità¹³; muovendo

un’obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?, in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss., con nota di DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 334 ss.; THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Giur. it.*, 2000, 740 ss.; PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*; in *I Contratti*, 1999, 1007 ss.; GUERINONI, *Obbligazione da “contatto sociale” e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *I contratti*, 1999, 1007.

¹¹ L’idea di una situazione di contatto sociale che, a prescindere e ancora prima della sussistenza di un rapporto di tipo contrattuale tra le parti, costituisca di per sé la fonte di reciproci obblighi di correttezza, di avviso, di protezione ecc. deve farsi risalire all’intuizione di Jhering, che in uno scritto del secolo diciannovesimo creò la categoria della “*culpa in contrahendo*”. Per “contatto sociale” si vuole intendere la sussistenza di un rapporto contrattuale di fatto ossia un rapporto che nasce sul piano sociale e nella sua fase fisiologica e funzionale rimane sul piano di fatto ed in questa dovrebbe esaurirsi; Cass. 29 settembre 2004 n. 19564, in *Mass.*, 2005, 570; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488; in *www.nel diritto.it*; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257, con nota di ROLFI, *Il nesso di causalità nell’illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*. In particolare, secondo tale consolidato indirizzo giurisprudenziale – ribadito anche nel 2008 dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 11 gennaio 2008, n. 577, in *www.dirittocivile.it*) – “in tema di responsabilità civile nell’attività medico-chirurgica, l’ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l’obbligazione di quest’ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contatto sociale”, ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (...)” (in tal senso, fra le altre, Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 2006, 914, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica*; Cass. 3 febbraio 2012, n. 1620, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *www.ildiritto.it*).

¹² Trib. Monza, 26 ottobre 2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 580, con nota di GUERINONI, “*Vecchio e nuovo nella responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni*”; Trib. Milano, 6 febbraio 2002, in *Contratti*, 2002, con nota di GUERINONI, *Contatto sociale e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente*; Trib. Milano, 18 novembre 2014, n. 13574, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 19 febbraio 2013, n. 13574, in *Altalex.it*; Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, n. 593, in *www.Cassazione.it*, la quale osserva acutamente che l’art. 3 del d.l. n. 158/2012 rinvia non già all’art. 2043 c.c. nella sua interezza, ma solo all’«obbligo» di cui al medesimo articolo, ossia esclusivamente al risarcimento del danno; Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 378; Trib. Napoli, 22 luglio 2013, n. 9345, in *www.ilsole24ore.com*; Trib. Bologna, 20 maggio 2013, n. 1564, in *www.ilsole24ore.com*; Trib. Roma, 30 aprile 2013, n. 9239, tutte in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*; Trib. Arezzo, 15 febbraio 2013, n. 196, in *Danno e resp.*, 2013, 368. Peculiare è l’orientamento del Tribunale di Brindisi (18 luglio 2014, in *www.Cassazione.net*), secondo cui in base al principio della cumulabilità dei rimedi il danneggiato può agire nei confronti del medico con l’azione extracontrattuale da sola o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale.

¹³ A fugare ogni dubbio circa il tipo di responsabilità attribuibile al personale sanitario, ha contribuito la successiva giurisprudenza di legittimità la quale ha offerto una interpretazione della disposizione citata senz’altro più conforme ai principi dell’ordinamento giuridico vigente: infatti, tale indirizzo giurisprudenziale prevalente ha negato che discenda una configurazione di natura extracontrattuale della responsabilità del medico. In tale senso Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *www.dirittocivile.it*. L’orientamento giurisprudenziale dominante qualifica come contrattuale anche l’obbligazione del medico nei confronti del paziente. Il fondamento giuridico deve essere ravvisato, a seconda dei casi: nell’ipotesi di un rapporto proprio tra medico e paziente, nel contratto



dall'analisi letterale del testo normativo, ne individua la ratio nell'intento di escludere la responsabilità penale del sanitario che sia incorso in colpa lieve, pur attenendosi alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Il secondo periodo della disposizione sarebbe riferito a tale specifica ipotesi, e chiarisce che l'esclusione della responsabilità penale non fa tuttavia venir meno l'obbligo di risarcire il danno (in ciò sostanziandosi l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.), nella cui quantificazione il giudice dovrà tenere conto dell'avvenuto rispetto delle linee guida e buone pratiche. Anche la dottrina maggioritaria,¹⁴ e, ad avviso di chi scrive, preferibile, ha osservato che il legislatore, nel riferirsi all'«obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile», abbia operato sull'effetto (l'obbligo risarcitorio) e non sulla fattispecie, ossia sulla natura della responsabilità.

È, tuttavia, imminente un nuovo intervento legislativo che, a quanto è dato desumere dai lavori preparatori, dovrebbe ricondurre inequivocabilmente la responsabilità del medico dipendente all'illecito aquiliano¹⁵.

specifico intercorso tra i due (es. ambulatorio privato), il quale assumerà, a seconda dei contenuti, la configurazione di un contratto di prestazione d'opera professionale, di un contratto complesso, ecc.; nell'ipotesi, invece, di un rapporto tra il medico e paziente che trovi la propria occasione nel “contratto di ospedalità” intercorso tra un paziente ed una struttura sanitaria, in virtù del quale il medico (dipendente o comunque incardinato nell'ente) esegua la prestazione sanitaria; il fondamento della responsabilità del medico nei confronti del paziente viene individuato nel c.d. contatto sociale. Nella sentenza n. 8826/2007, la Suprema Corte precisa che il c.d. “contatto sociale” costituisce fonte di un rapporto (contrattuale) avente ad oggetto una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto “contatto”, e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi. In una prima decisione la Suprema Corte (all'uopo cfr. Cass. 19 febbraio 2013 n. 4030, in *www.persona edanno.it*). (in un “obiter”) ha affermato che “(...) la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate (...) anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale”, richiamando quale “punto fermo, ai fini della nomofilachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni Unite n. 26973/2008 (...)”. In tale sentenza non sono fornite indicazioni interpretative del secondo inciso dell'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012, che invece si rinvengono nella successiva pronuncia della Cassazione del 17 aprile 2014, n. 8940 così massimata: “l'art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che “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”, fermo restando, in tali casi, “l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”, non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve”; (all'uopo cfr. Cass. 10 gennaio 2013, n. 4030, in *www.ilcaso.it*; Cass. 17 aprile 2014 n. 8940; in *www.ilcaso.it*; Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2532; Cass. 29 settembre 2004, n. 19564, in *www.Altalex.it*; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, 23; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4; Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *www.ilcaso.it*, la quale con un'articolata motivazione, conclude che «alla norma (art. 3, comma 1, legge n. 189/2012) nessun rilievo può attribuirsi che induca al superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica da contatto»; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al dir.*, 2013, 17, 25.

¹⁴ Cfr. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 356; BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, 786; CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit., 378; SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della legge n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1988, ss.

¹⁵ La Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità

3. – La ricostruzione della responsabilità del medico in termini di responsabilità “contrattuale” ex art. 1218 c.c. implica, come logico corollario, l’applicazione del termine di prescrizione decennale¹⁶, del conseguente regime dei danni risarcibili e, soprattutto, della relativa disciplina in tema di riparto dell’onere della prova fra le parti.

professionale degli esercenti le professioni sanitarie, istituita con decreto del Ministro della salute 26 marzo 2015, e presieduta dal prof. Guido Alpa, ha concluso i lavori il 30 luglio u.s. Si è già evidenziato come, attualmente, la giurisprudenza della Cassazione attribuisca al rapporto tra medico e paziente natura di rapporto contrattuale con la conseguenza che il medico risponde nei confronti del paziente per inadempimento contrattuale, prescrizione dell’azione fissata in dieci anni, ed inversione dell’onere della prova (non è il paziente che deve dimostrare la colpa del medico, ma il medico che ha l’onere di provare in giudizio di aver agito senza colpa).

La Commissione ministeriale, al fine, tra l’altro, di scongiurare fenomeni di giudizi temerari, propone di distinguere tra medico dipendente di una struttura sanitaria e medico libero professionista.

Per il medico dipendente di una struttura sanitaria (ospedale o casa di cura, pubblica o privata) e per quello convenzionato la responsabilità professionale sarà nuovamente di natura extracontrattuale (art. 2043 c.c.), mentre per il medico libero professionista sarà di natura contrattuale. Per i medici dipendenti e convenzionati l’azione risarcitoria si prescriverà pertanto in 5 anni (non in 10) e l’onere della prova della colpa graverà, conseguentemente, sul paziente.

– Saranno introdotti limiti all’azione di rivalsa da parte della struttura sul medico dipendente e nello stesso tempo si rivedrà il rapporto tra l’azione di rivalsa stessa ed il giudizio erariale della Corte dei conti, prevedendo che l’attivazione di quest’ultimo inibisca la prosecuzione della prima. Per quel che riguarda la responsabilità penale del medico:

– Si propone, inoltre, una fattispecie autonoma di lesioni ed omicidio colposo per i professionisti sanitari, che risponderebbero penalmente solo per colpa grave e dolo. In tale contesto si prevede una specifica definizione di colpa grave.

– Si propone, altresì, una revisione delle norme del codice di procedura civile e del codice di procedura penale, nonché delle relative disposizioni di attuazione, in ordine alle consulenze tecniche nelle controversie civili e penali in materia di responsabilità professionale sanitaria. Si introdurrà un Albo di superperiti al quale i giudici dovranno attingere per le C.T.

Per quel che riguarda l’assicurazione e la gestione del rischio clinico:

– Si rafforzerà il sistema che prevede l’obbligatorietà dell’assicurazione delle strutture ospedaliere pubbliche, delle strutture sanitarie private e degli operatori sanitari.

– Si introdurrà nell’ambito dei giudizi di risarcimento del danno derivante da malpractice, la previsione di un accertamento tecnico preventivo e di una conciliazione preventiva obbligatoria. In sintesi, il paziente che intenda fare causa ad un medico dovrà obbligatoriamente attivare un procedimento in contraddittorio per l’espletamento di una perizia e soltanto all’esito di tale procedimento (e se la perizia sancirà la colpa del medico) potrà proporre azione risarcitoria. È evidente che qualora l’accertamento tecnico preventivo non sancirà la colpa medica, il paziente non proporrà alcuna azione legale. Ne conseguirà un effetto deflattivo importante per i contenziosi giurisdizionali.

¹⁶ Termine che, secondo l’orientamento ormai costante della Giurisprudenza, comincia a decorrere dal momento in cui il danno alla salute si manifesta, o comunque il paziente è in grado di rendersene conto. Con riferimento alla rilevanza degli stati soggettivi del danneggiato e della effettiva conoscenza o conoscibilità che questi abbia di tutte le circostanze rilevanti ai fini della promozione di un’azione di risarcimento del danno cfr. Cass. 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2009, 667, con nota di OLIARI, “*Debito di sangue*”: *Danno da emotrasfusione e prescrizione*, ove si fissò il principio in virtù del quale «Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell’art. 2935 c.c., e dell’art. 2947 c.c., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all’esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l’ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche». Già dalla fine del secolo scorso tale indirizzo interpretativo, affermato da tempo in materia di responsabilità aquiliana, (all’uopo, cfr. Cass. 6 febbraio 1982, n. 682, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2782 ss., ove è detto che il termine di prescrizione inizia a decorrere nel momento in cui il danneggiato «abbia avuto rea-



La Suprema Corte, facendo applicazione anche in tema di colpa medica dei principi fissati, in tema di prova dell'inadempimento, dal celeberrimo, e spesso criticato, arresto delle Sezioni Unite 30 ottobre 2001, n. 13533¹⁷, ha fissato, con una storica sentenza,¹⁸ i principi dell'onere della prova valevoli sia per la responsabilità della struttura che per quella del sanitario nel senso che qualora il paziente (creditore della prestazione) allegghi l'inesattezza dell'adempimento del medico e/o della struttura alle loro obbligazioni contrattuali adducendo un aggravamento della

le e concreta percezione dell'esistenza e della gravità del danno stesso e della sua addebitabilità ad un determinato terzo») aveva iniziato ad affermarsi anche in tema di responsabilità contrattuale (cfr. Trib. Milano, 19 dicembre 2006, in *Società*, 2008, 333, con nota di SPORCA CAPUTI, *Amministratori e sindaci di s.p.a.: responsabilità e dies a quo della prescrizione dell'azione*) e di responsabilità professionale in particolare (cfr. Cass. 29 agosto 1995, n. 9060, in *Contratti*, 1996, 116 ss., con nota critica di VAGLIA, *Prescrizione dell'azione di risarcimento del danno: Il dies a quo*).

¹⁷ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001 n. 13533, in *Guida al diritto*, 2001, n. 45, 41 ss., con commento di SACCHETTINI, *Il creditore che propone l'azione giudiziaria non deve provare l'inadempimento del debitore*; in *Corr. giur.*, 2001, 1569; MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 113 ss.; CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Foro it.*, 2002, I, 769 ss.; LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349; MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*. Cfr. altresì i commenti di VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707 ss.; TUOZZO, *Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2002, 547 ss.; RIVA, *Le Sezioni Unite in materia di prova dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 323 ss.; BARBIERA, *Ripartizione degli oneri probatori nelle obbligazioni contrattuali*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, I, 79 ss.; PAGLIANTINI, *Gli arcani confini di un idola fori: l'onere della prova nella risoluzione del contratto*, *ivi*, II, 353 ss.; VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, *ivi*, II, 821 ss. la quale osserva come in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, "limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione"); nella motivazione della sentenza la Cassazione ha ricordato l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in tema di prescrizione dell'azione in oggetto, dal momento in cui (Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, 880) fu spostato il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione "dal verificarsi del fatto all'esteriorizzazione del danno", con la conseguenza che il limite della prescrizione divenne "mobile".

¹⁸ Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, 1002; GAZZARA, *Le Sezioni Unite "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*. La sentenza è altresì pubblicata in *Resp. civ. prev.*, 2008, 849, con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*. Successive sentenze della Cassazione (n. 5701/1999, n. 9927/2000 e n. 12666/2003) hanno poi specificato che il danno si manifesta all'esterno quando diviene "oggettivamente percepibile e riconoscibile", anche in relazione alla sua "rilevanza giuridica": in tal senso la Suprema Corte (cfr. sentenze n. 2645/2003, n. 12287/2004 e n. 10493/2006, in www.personaedanno.it) ha affermato che il termine di prescrizione ex art. 2947, comma 1, c.c. decorre "dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche".

patologia preesistente ovvero l'insorgenza di una nuova patologia per l'inesatto adempimento di controparte alle proprie obbligazioni, compete ai debitori della prestazione (medico e struttura) fornire in giudizio gli elementi idonei ad escludere, eventualmente, l'influenza del proprio comportamento nella produzione del danno lamentato.

In sostanza, la prova del nesso causale tra l'azione o l'omissione del medico e il danno lamentato dal paziente non compete più a quest'ultimo, come affermato dalla precedente giurisprudenza della Cassazione¹⁹, ma spetta al debitore della prestazione dimostrare che l'inadempimento, pur esistente, non è eziologicamente rilevante nella fattispecie.

Al paziente compete, invece, solo allegare che il danno subito è stato la conseguenza di un inadempimento "qualificato" di controparte, cioè astrattamente idoneo alla produzione del danno lamentato.

Nella sede penale, il giudicante – secondo i principi garantistici che governano la responsabilità da reato – ha l'onere di verificare se la condotta del medico sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale «al di là di ogni ragionevole dubbio». In altri termini, vi è responsabilità penale solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa, l'evento, quasi certamente, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente successiva o con minore intensità lesiva²⁰.

4. – Nel caso in esame la ribadita natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente non spiega influenza sul punto decisivo della controversia, apparendo piuttosto riaffermata a titolo di *obiter dictum*, essendo comunque da escludersi che essa possa trovare origine in un contratto e dunque possa legittimare il ricorso al foro del consumatore.

¹⁹ Cfr., da ultimo, le pronunce della Suprema Corte n. 12362/2006, in www.personaedanno.it; n. 22894/2005, in www.ilsole24ore.com; e n. 10297/04, in www.ilcaso.it. La Suprema Corte, negli anni recenti, ha affermato a più riprese che «in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, inquadrabile nella responsabilità contrattuale, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie), nonché del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico di questi ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile» *Ex multis*, Cass. 16 gennaio 2009, n. 975 in *Resp. civ. prev.*, 2010, 375; Cass. 2 febbraio 2010 n. 2354; in www.Altalex.com; Cass. 10 maggio 2009, n. 10743, in www.personaedanno.it; Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, in www.Altalex.com; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133; in www.Altalex.com. In dottrina cfr. CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2010.

²⁰ Cass. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, 601, con nota di DI GIOVINE, la quale ha stabilito il criterio di "probabilità logica" come strumento per l'affermazione della esistenza del nesso causale e ha definitivamente sancito il principio "dell'al di là di ogni ragionevole dubbio" come standard probatorio richiesto in ambito penale, sempre rispetto al tema della dimostrazione del rapporto causale; cfr., inoltre, Cass. pen., 27 febbraio 2014, n. 9695, in www.Altalex.com; Cass. pen., 28 novembre 2014, n. 49654, in www.dirittoegiustizia.it; Cass. pen., 21 ottobre 2015, n. 34296, in www.diritto.it, la quale evidenzia come il semplice errore del medico non lo renda responsabile del danno cagionato al paziente poiché occorre che sussista un "nesso causale fra la sua condotta e l'evento dannoso".

JUS CIVILE



Ciò che rileva a tali fini è invece la qualificazione del rapporto tra paziente e struttura sanitaria, in questo caso pubblica, ove il paziente ha scelto di essere curato, in un luogo diverso da quello di sua abituale residenza.

Secondo l'insegnamento consolidato della giurisprudenza²¹ e della dottrina²², il rapporto che lega la struttura sanitaria²³ al paziente ha fonte in un contratto obbligatorio atipico (c.d. contratto di "spedalità" o di "assistenza sanitaria") che si perfeziona anche sulla base di meri fatti concludenti – consistenti nell'accettazione del malato presso la struttura²⁴ – e che ha ad oggetto l'obbligo della struttura di adempiere sia alla prestazioni principali di carattere strettamente sanitario sia a prestazioni secondarie ed accessorie (fra cui prestare assistenza al malato, fornire vitto e alloggio in caso di ricovero, ecc.).

Tale prospettazione, che valorizza il profilo del consenso del paziente al trattamento sanitario, oltre che il momento della scelta della struttura cui può rivolgersi, si configura come maggiormente aderente alla realtà del rapporto²⁵, avvalorando la tesi della giurisprudenza²⁶ secondo

²¹ Cass. 1 luglio 2002, n. 9556 e Cass. 11 gennaio 2008, n. 577 in *Altalex.com*; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, Trib. Varese, 16 giugno 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 891 con nota di AMATO, *La responsabilità della casa di cura ovvero: della la gestione negligente del "dono dello spirito maligno"*

²² VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 237; IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3.

²³ 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 dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile. Ciò anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria. In tal senso Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, cit. Anche in ragione di quel particolare contatto a cui il paziente si espone nei confronti del medico (e di cui parla, con orientamento consolidato, la giurisprudenza a partire dalla storica Cass. n. 589/1999), la struttura ospedaliera risponde *ex contractu*, in forza del disposto dell'art. 1228 c.c. (relativo, come noto, alla responsabilità per fatto dell'ausiliario e del preposto), per l'attività posta in essere – e per l'effetto per i danni cagionati – dai propri dipendenti. Tale assunto è stato suggellato anche da Cass. 11 gennaio 2008, n. 577 (in *Resp. civ. prev.*, 2008, con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, cit.), che, *expressis verbis*, statuisce come «Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto [...]».

²⁴ Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *www.ilsole24ore.it*. È ormai pacifico nella giurisprudenza civile che l'accettazione del paziente in ospedale comporta la conclusione di un contratto tra il paziente stesso e l'Ente ospedaliero (si veda da ultimo Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *www.dirittosanitario.net*; Cass. 27 luglio 2004, n. 10297, in *www.diritto 2000.it*; Cass. 13 ottobre 2003, n. 1131, in *www.Altalex.it*). In particolare, alla fine degli anni '70, la giurisprudenza individuava in tali casi un contratto d'opera professionale poiché l'Ente ospedaliero "assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura" (Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giust. civ.*, 1979, 1440). La giurisprudenza successiva (vedasi per tutte Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, I, 2296) precisava inoltre che l'esistenza di un contratto d'opera professionale tra paziente ed Ente ospedaliero sussiste in ragione della similarità con la prestazione resa al prestatore d'opera professionale, nella cui disciplina ricade per analogia.

²⁵ GAZZARA, *Danno alla persona da contratto sociale, responsabilità ed assicurazione*, cit., 86.

cui sono applicabili, in via analogica, al rapporto con la struttura le norme in materia di contratto d'opera professionale.

Ne deriva che la responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria, per l'inadempimento e/o per l'inesatto adempimento delle prestazioni richieste in base al contratto di ospedalità, va inquadrata nella responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* e nessun rilievo, a tal fine assume, la circostanza che la struttura (sia essa un ente pubblico o un soggetto di diritto privato) – per assicurare l'adempimento delle sue prestazioni – si avvalga dell'opera di suoi dipendenti o di suoi collaboratori esterni e che la condotta dannosa sia materialmente tenuta da uno di questi soggetti. Infatti, a norma dell'art. 1228 c.c., il debitore che per adempiere si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro²⁷.

Dal momento che in capo alla struttura grava un obbligo di cura e di assistenza autonomamente configurabile, la relativa responsabilità si può configurare anche a prescindere da una condotta colposa dei singoli medici, laddove l'inadempimento sia correlato ad una carenza strutturale ovvero ad un difetto di organizzazione della struttura medesima²⁸.

La responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria come responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* non muterebbe natura qualora si volesse invece ritenere che per le strutture (pubbliche o private convenzionate) inserite nel S.S.N. l'obbligo di adempiere le prestazioni di cura e di assistenza derivi direttamente dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario (legge n. 833/1978).

In tale prospettiva il rapporto che lega la struttura pubblica e paziente andrebbe qualificato in termini di “obbligazione *ex lege*”²⁹ che troverebbe la sua fonte nella legge n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale. Da tale assunto conseguirebbe che al solo rapporto intercorrente

²⁶ *Ex plurimis*, Cass. 27 maggio 1993, n. 5939, riportata in DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

²⁷ Una recente pronuncia della Suprema Corte (27 marzo 2015, n. 6243), con una interpretazione innovativa che si basa su una attenta lettura della normativa istitutiva delle ASL, ha affermato la responsabilità in solido della ASL stessa *ex art. 1218 c.c.* per errore compiuto da medico con essa convenzionato (medico di base), ribaltando un precedente indirizzo (cfr. Cass. pen. 23 settembre 2008, n. 36502; Cass. pen. 16 aprile 2003, n. 34460, in *www.Altalex.it*) in forza del quale gli obblighi assunti dalla ASL nei confronti del cittadino fossero meramente di natura organizzativa, non avendo ad oggetto la prestazione professionale gravante, *ex adverso*, esclusivamente sul medico generico.

²⁸ Trib. Monza, 7 giugno 1995 e Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 389, con nota di TOSCANO, *Un nuovo passo verso il riconoscimento del difetto di organizzazione dell'ente ospedaliero come autonoma fonte di responsabilità?*. Alcuni autori respingono, tuttavia la teoria che vuole uniformare i regimi di responsabilità tra struttura pubblica e privata e tra medici rispettivamente operanti nelle prime e nelle seconde” la quale innesca evidenti forzature piegando i comuni principi in tema di responsabilità civile in genere e di responsabilità contrattuale in particolare ad esigenze di sicurezza sociale”. In tal senso, GAZZARA, *Danno alla persona da contratto sociale, responsabilità ed assicurazione*, cit., 89.

²⁹ Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629, con nota di MAZZIA, “Furto” di neonate e responsabilità civile dell'ospedale; BERTOCCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico libero professionista*, in *La responsabilità medica, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale oggettive del medico e degli enti sanitari*, a cura di RUFFOLO, Milano, 2004, 104; GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e professionale medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999.



fra paziente e casa di cura privata dovrebbe essere attribuito natura squisitamente negoziale.

Se la diversa prospettazione del rapporto paziente struttura pubblica non spiega incidenza sulla natura e dunque sul regime della responsabilità, risulterebbe invece decisiva per escludere l'applicabilità del foro del consumatore che postula l'esistenza di un rapporto *strictu sensu* contrattuale³⁰.

5. – Venendo, infine, al profilo saliente e anche per certi versi più innovativo della pronuncia in commento, quello relativo alla applicabilità, nel caso di specie, del foro esclusivo del consumatore, l'ordinanza si richiama espressamente ad un precedente di legittimità di qualche anno orsono³¹ il quale ebbe a negare che la disciplina di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), d.lgs. 7 settembre 2005, n. 206 fosse applicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche o private operanti in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale. Questa esclusione si fonda su tre ordini di ragioni: in primis, si sostiene che, essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito può rivolgersi a qualsiasi azienda sanitaria presente sul territorio nazionale, sicché se il rapporto si è svolto al di fuori del luogo di residenza del paziente tale circostanza è frutto di una sua libera scelta, che fa venir meno la ratio dell'art. 33 Cod. cons.; tale argomentazione non sembra tuttavia convincente, giacché sembra

³⁰ È proprio in virtù di tale ragionamento che, come si vedrà di qui a un attimo, la Giurisprudenza di legittimità ha negato l'applicabilità del foro del consumatore al rapporto tra paziente e struttura pubblica.

³¹ Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, in *La resp. civile*, 2009, con nota di NARDI, *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, 918, la quale osserva quanto segue.: il rapporto fra il cittadino-utente che si rivolga alla struttura sanitaria pubblica per ottenere una prestazione, se del caso ospedaliera, o ad una struttura convenzionata in totale esenzione o previo pagamento di ticket, non si può qualificare come contratto – trattandosi soltanto dell'adempimento di un dovere di prestazione direttamente discendente dalla legge, automaticamente attivato dalla richiesta del cittadino-utente – stante l'assenza del presupposto per l'applicabilità dell'art. 33, lett. u), Cod. cons. Mancando, pertanto, il contratto non si può giustificare l'applicazione del foro del consumatore, la cui applicazione presuppone l'esistenza di un contratto. Il cittadino che chiede una prestazione in esenzione o con ticket al Servizio Sanitario Nazionale esercita in sostanza un diritto soggettivo pubblico riconosciutogli direttamente dalla legge e che la legge stessa prevede debba essere soddisfatto a richiesta dall'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale o direttamente o attraverso le strutture in convenzione, imponendo essa stessa la relativa prestazione. Il rapporto che si instaura con la struttura sanitaria pubblica o convenzionata rappresenta l'attuazione (che ha titolo direttamente nella legge) di questo obbligo di prestazione e non suppone la stipula, nemmeno tacita, di un contratto; in senso analogo; la portata innovativa della pronuncia de qua è individuabile nell'avere operato una distinzione essenziale fra utente-paziente che chiede l'erogazione di un servizio al Servizio Sanitario Nazionale pubblico e l'utente che chieda la fruizione di eventuali prestazioni aggiuntive poste direttamente a proprio carico e non del Servizio Sanitario Nazionale. Solo in questa ultima ipotesi è applicabile l'art. 33, lett. U in quanto nel rapporto, necessariamente da considerarsi su base unitaria, l'azienda si è posta direttamente nei confronti dell'utente come "professionista": nella ordinanza de qua la Suprema Corte ha ribadito che la disciplina concernente il foro del luogo di residenza del consumatore, è inapplicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche o private operanti in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale: sia perché, pur essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito può rivolgersi a qualsiasi azienda sanitaria presente sul territorio nazionale, sicché se il rapporto si è svolto al di fuori del luogo di residenza del paziente tale circostanza è frutto di una sua libera scelta; sia perché la struttura sanitaria non opera per fini di profitto, e non può quindi essere qualificata come imprenditore o professionista.

non tenere conto della circostanza che il ricovero presso una struttura lontana dal luogo di residenza del paziente in molti casi non è affatto frutto di una libera scelta ma dettata dalla necessità o dal caso. Si pensi all'ipotesi di chi vittima di un incidente, o magari di un attacco cardiaco, lontano da casa, viene ad essere trasportato d'urgenza nella struttura sanitaria più vicina, oppure si pensi a quei casi in cui la gravità o la particolare tipologia di patologia richiede l'intervento di medici altamente specializzati ovvero il supporto di centri di eccellenza lontani dal luogo di residenza.

Il secondo argomento addotto a fondamento dell'esclusione del foro del consumatore consiste nel negare alla struttura ospedaliera pubblica o convenzionata la qualifica di professionista sul presupposto che, pur essendo, allo stato, la ASL sostanzialmente – e da un punto di vista pratico – assimilabile ad un privato, poiché viene gestita, o dovrebbe esserlo, con criteri manageriali, quando essa eroga una prestazione, non agisce nell'esercizio di un'impresa commerciale od imprenditoriale, per cui lo svolgimento di tali prestazioni deve avvenire senza il necessario rispetto del principio dell'economicità, atteso che comunque l'erogazione deve essere assicurata anche quando questa comporti delle perdite. L'azienda sanitaria pubblica, dunque, non agisce come un "professionista" alla stregua della nozione fissata dall'art. 3, lett. c) del codice ³².

Anche tale argomentazione non appare decisiva.

Non sembra, invero, condivisibile l'affermazione secondo cui la mancanza del requisito della economicità impedirebbe di inquadrare la struttura sanitaria pubblica e convenzionata nell'ambito della nozione di professionista poiché secondo il Codice del consumo il professionista non è solo l'imprenditore ma anche più in generale il soggetto professionale che si qualificherebbe per lo svolgimento di un'attività di prestazione di servizi caratterizzata da un elevato livello di competenza e dal carattere stabile e non occasionale. In questa ottica il rispetto del criterio della economicità non risulterebbe essenziale, anche se evidentemente il soggetto dovrebbe tendere al perseguimento del pareggio tra profitti e perdite se non, addirittura, al conseguimento di utili ³³.

Ed è opportuno sottolineare come, nel nostro ordinamento e nel contesto economico-sociale attuale, anche un'azienda ospedaliera pubblica deve orientarsi opportunamente secondo una logica quasi interamente imprenditoriale perseguendo l'obiettivo del pareggio del bilancio e pre-

³² In tal senso, *ex plurimis*, cfr. Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629 ss.

³³ È notorio come qualsiasi struttura sanitaria, sia essa privata o convenzionata, utilizzi, nell'esercizio della propria attività professionale, beni mobili, immobili, macchinari spesso tecnicamente altamente all'avanguardia che vengono forniti direttamente dalla ASL e non certamente dal paziente che ne è ultimo fruitore; la azienda ospedaliera pubblica, responsabile, inoltre, per deficit organizzativo e gestionale *ex art.* 1218 c.c., è dotata di un rigido modello organizzativo equipollente a quello puramente aziendale atteso che impone ai propri dipendenti orari di lavoro, mansioni, presenza costante nei luoghi di pertinenza dell'azienda sanitaria, e li assoggetta al potere direzionale di un direttore sanitario nonché ad un certo controllo e ad un coordinamento delle abilità spesso talmente forte e invasivo da potere irrogare licenziamenti dei propri dipendenti ove ne ricorrano gli estremi e i presupposti di legge.

Inoltre la struttura sanitaria, come qualsiasi azienda, deve salvaguardare la sicurezza nell'ambiente di lavoro, il buon funzionamento delle attrezzature e degli strumenti utilizzati per la cura, la custodia e la protezione degli assistiti.

JUS CIVILE



stando adeguata attenzione al rispetto delle finalità produttive che sembrano stigmatizzare ormai tutta la moderna pubblica amministrazione specie laddove essa eroghi pubblici servizi³⁴.

Quanto, poi, alla struttura convenzionata è del tutto pacifico che essa persegua essenzialmente un fine di lucro, e debba dunque qualificarsi come un soggetto imprenditoriale, pur offrendo le proprie prestazioni in un regime economico “concordato” e ricevendo il corrispettivo della prestazione erogata non già dai pazienti bensì dalla ASL.

Ma vi è di più: la stessa affermazione della Suprema Corte³⁵ determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra struttura sanitaria pubblica e convenzionata da un lato e quelle private dall’altro, in quanto solo queste ultime potrebbero rivestire la qualifica di “professionista” contemplata nel Codice del consumo, con illogica esclusione di tale attribuzione solo all’azienda sanitaria pubblica e quella convenzionata³⁶.

E, d’altro canto, è la stessa Suprema Corte ad affermare che la “questione non pare poter essere risolta sulla base delle definizioni offerte dall’art. 3 Cod. cons., che non sono decisive”.

Il terzo e più significativo motivo di esclusione della disciplina consumeristica consiste, secondo il richiamato orientamento di legittimità, nel negare alla radice l’esistenza di un contratto.

Secondo tale impostazione, 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 struttura pubblica di fornire il servizio richiesto da un utente. Nella specie, si tratterebbe dell’obbligo derivante dall’art. 32 Cost. I comma e dall’art. 1 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (istitutiva del Ssn) in forza dei quali grava sulle strutture pubbliche sanitarie la tutela della salute come fondamentale diritto dell’uomo³⁷.

Sembra superfluo osservare come tale impostazione rinneghi e capovolga un orientamento ampiamente consolidato che qualificava il rapporto fra paziente e struttura sanitaria come contratto atipico di “spedalità”³⁸, il quale comprenderebbe accanto agli obblighi di cura e di assi-

³⁴ BERTINO, *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell’art. 1469 bis cod. civ.*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1091 ss.

³⁵ Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, cit., la quale continua a parlare di diritto soggettivo pubblico, negando la qualifica di professionista all’azienda sanitaria pubblica.

³⁶ Trib. Torino, 8 maggio 2003, n. 3816.

³⁷ in tal senso, *ex plurimis*, cfr. Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629 ss.

³⁸ In più recenti sentenze si è parlato, dunque, di un contratto atipico di “spedalità” o di “prestazione di assistenza sanitaria”. Secondo tale ricostruzione il rapporto che si instaura tra paziente ed 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 sorgono a carico dell’ente (pubblico o privato), 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 complicazioni od emergenze. La responsabilità dell’Ente nei confronti del paziente ha perciò natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell’art. 1218 c.c., all’inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell’art. 1228 c.c., all’inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato. In tali casi sussiste un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in con-

stenza medico-infermieristica, una serie di servizi accessori o strumentali alla prestazione principale sintetizzabili e riconducibili ad un concetto generale di “buona amministrazione”³⁹.

I primi due argomenti citati sono stati poi ripresi pedissequamente dalla Giurisprudenza di legittimità⁴⁰ e da quella di merito⁴¹, nella quale ultima pure è dato rinvenire qualche voce dissenziente⁴².

trario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto (Cass. 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. civ. Mass.*, 2004; Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *www.dirittosanitario.net*, cit.). Per tali motivi, allorché il danno o la lesione vengano cagionati all’interno della struttura sanitaria, più che di responsabilità medica deve parlarsi di responsabilità sanitaria, per il coinvolgimento di soggetti anche diversi dai medici. Sussiste la responsabilità della struttura sanitaria anche se l’inadempimento è stato cagionato dal comportamento del medico operante nella struttura, senza alcuna imputazione a carico della stessa, in quanto il medico deve essere considerato quale ausiliario necessario, sia in presenza che in assenza di un rapporto di lavoro subordinato. Sulla scorta di tale ricostruzione, ormai consolidata in giurisprudenza, vi è chi ha sostenuto che, poiché oggetto della obbligazione dell’Ente ospedaliero non è solo la prestazione del medico, ma una prestazione complessa definita di “assistenza sanitaria”, fondata sul contratto atipico individuato in base allo schema della “locatio operis”, la responsabilità per tale tipo di obbligazioni “latu sensu” alberghiere sia in realtà una obbligazione di risultato; in tal senso Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.*, 2008, 397, con nota di CALVO, *Diritti del paziente onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, 2; Cass. 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2195; Cass. 14 luglio 2002, n. 13066, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1362; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Giust. civ., Mass.*, 2008, 10; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 7; tra la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 26 giugno 2008, in *Giust. civ.*, 2008, 63; Trib. Marsala, 20 febbraio 2008, in *Giur. di merito*, 2009, 382; Trib. Milano, 10 settembre 2007, in *Foro padano*, 2007, 546; Trib. Venezia, 13 dicembre 2004, in *Corr. mer.*, 2005, 407 ss.

³⁹ In dottrina cfr. PARTISANI, *Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2007, 1028; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, il quale, nel valorizzare il ruolo di buona fede nella attuazione del contratto di ospedalità, ritiene configurabile fra gli oneri accessori posti a carico della struttura quello di fornire al paziente la sicurezza di uno standard organizzativo definito “tollerabile” atteso che il difetto organizzativo potrà definirsi intollerabile qualora abbia superato il livello oltre il quale può ritenersi violato il parametro di buona fede che governa il rapporto contrattuale; Cass. 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, n. 2195, con nota di GIACOBBE, *Sulla responsabilità della casa di cura e sul danno morale risarcibile ai congiunti della vittima*, la quale osserva come 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 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 complicanze; Cass. 13 aprile 2007 n. 8826, in *www.persona e danno.it*; Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, in *www.persona e danno.it*.

⁴⁰ Cass. 4 ottobre 2010, n. 18138, in *www.dirittosanitario.net*.

⁴¹ Trib. Pescara-Penne 14 dicembre 2001, in *P.Q.M.*, 2011, con nota di MASUCCI.

⁴² Trib. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2006, in *Corriere di merito*, 2006, 10, 1122: il Tribunale osserva come l’obbligazione risarcitoria sorge nel luogo ove si verifica il danno diretto dell’obbligazione risarcitoria, in quanto la ratio del foro facoltativo è quello di una vicinanza del foro al luogo ove, appunto, è stato concluso il negozio o si è verificato contatto sociale tra danneggiante e danneggiato. L’obbligo di risarcimento del danno sorge in quel momento e non in ciascuna occasione nella quale si verificano effetti riflessi come il danno morale dei congiunti che apprendono la notizia o che devono assistere, il danneggiato. Non rileva neppure il fatto che l’azione degli attori è volta ad ottenere il ristoro dei danni morali o delle spese via via sostenute per le cure mediche. L’obbligazione risarcitoria, infatti, sorge nel luogo ove si verifica la conseguenza diretta dell’obbligazione, ovvero la lesione dell’integrità fisica. Non ha alcun rilievo se l’ente convenuto persegua scopo di lucro o meno, dovendosi considerare esclusivamente se si tratta di una attività imprenditoriale o professionale, o meno. L’attività imprenditoriale, normalmente, ha carattere professionale. Al contrario, vi sono attività professionali che normativamente non possono essere considerate come attività imprenditoriali. Ecco, quindi, che l’ac-

JUS CIVILE



Il precedente del 2009 faceva tuttavia espressamente salva la ricorrenza del foro del consumatore, oltre che, come è ovvio, nei rapporti tra paziente e struttura privata non convenzionata (e a maggior ragione in quelli tra paziente e medico libero professionista⁴³) anche nel caso che ci occupa di c.d. servizi in regime di *intra moenia* osservando che, “qualora il rapporto fra l’utente e la struttura sanitaria convenzionata abbia corso con l’espletamento di eventuali prestazioni aggiuntive direttamente a carico dell’utente e non del Servizio Sanitario Nazionale, allora l’art. 33, comma 2, lett. u) potrà venire in rilievo, in quanto nel rapporto, necessariamente da considerarsi su base unitaria, l’azienda sanitaria si è posta direttamente nei confronti dell’utente come “professionista”.

Ecco, dunque, che nell’ordinanza in commento il Collegio opera una specificazione del principio contenuto nell’orientamento giurisprudenziale del 2009, affermando che non si possa escludere, in maniera del tutto aprioristica, l’applicazione delle tutele previste a favore del consumatore unicamente sul presupposto che la controparte di un’eventuale controversia, rivesta la qualifica di azienda sanitaria pubblica⁴⁴ e che in particolare sia possibile invocare il foro del consumatore ogni qualvolta le prestazioni sanitarie richieste non gravino sul Sistema Sanitario Nazionale bensì sul richiedente (creditore) il quale, come è dato leggere nella motivazione dell’ordinanza, “*pone direttamente a suo carico il costo della prestazione con esclusione del S.S.N.*”. In questo modo, risulta evidente che l’Azienda Ospedaliera si sia posta nei confronti dell’utente in qualità di “professionista”, sicché, secondo i Supremi Giudici, deve ritenersi verificata la condizione prevista dal Codice del consumo. Ed infatti, si legge nell’ordinanza “*il tenore del preventivo, che a seguito dell’accettazione determinò la conclusione di un vero e proprio*

cento deve cadere sul concetto di professionalità (al quale richiama anche la nozione di imprenditore di cui all’art. 2082 c.c.), contrapposto rispetto al suo negativo, in sostanza di occasionalità della prestazione. Non a caso anche colui che svolge un’attività professionale, in relazione ad un determinato tipo di rapporto che esula dalle sue attività abituali può diventare consumatore— Ne discende che il cittadino che si rivolge alla struttura sanitaria pubblica per prestazioni di assistenza medica e che, in tal modo stipula un rapporto contrattuale con la stessa, assume la veste di consumatore rispetto ad una controparte professionista e, come tale, può convenire in giudizio tale struttura *ex art. 1469 bis n. 19 c.c. o in base all’art. 33, lett. U del codice del consumo.*

⁴³ Cass. 27 febbraio 2009, n. 4914, in *Consumatori, Diritto e Mercato*, n. 2/2012, la quale osserva che il paziente che agisca nei confronti di un medico, allegando che le prestazioni da quest’ultimo eseguite presso il suo studio (nella specie, un ciclo di interventi di agopuntura) gli abbiano cagionato un danno (nella specie, per aver contratto l’epatite C), può proporre la domanda risarcitoria davanti al giudice del luogo in cui egli risiede; cfr. ancora Cass. 2 settembre 2009, n. 20, in *www.altalex.it*; Cass. 20 marzo 2010, n. 6824, in *www.altalex.it* la quale asserisce che la prestazione del medico è qualificabile come prestazione erogata da un professionista con la conseguenza che opera per il paziente-consumatore il foro della propria residenza; Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, *www.altalex.com*: quest’ultima osserva come in caso di controversia giudiziaria medico-paziente, il foro competente per incardinare la causa è sempre quello del paziente, ai sensi del vigente Codice del Consumo. Patti diversi intercorsi tra le parti, dai quali emerga, cioè, l’elezione di un foro diverso da quello del consumatore, devono essere dimostrati dal professionista per non essere qualificati come vessatori e, quindi, nulli. Infatti, laddove l’accordo costituisca in tutto o in parte l’esito di una trattativa, l’accertamento giudiziale in ordine all’abusività della clausola contrattuale rimane precluso anche se l’assetto di interessi realizzati dalle parti risulti significativamente squilibrato a danno del consumatore.

⁴⁴ BARBUSO, *Contratto paziente-medico e prestazione intramuraria; in caso di lite per risarcimento, il foro competente è quello del consumatore*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

contratto è tale, [...], che la prestazione convenuta risulta pattuita come prestazione al di fuori delle procedure del Servizio Sanitario Nazionale, essendosi trattato di prestazione eseguita dal medico scelto e destinato ad intervenire come libero professionista, sebbene nell'espletamento di attività intramuraria, come tale riferibile sempre all'azienda ospedaliera e con l'avvalimento della sua struttura".

Logica conseguenza è che in caso di contratto con un'azienda pubblica (*rectius* con un professionista operante in regime di intramoenia) sarà tale negozio, nel senso proprio del termine, ad avere rilevanza determinando, dunque, l'applicazione della protezione consumeristica.

In conclusione, l'abbandono della teoria del contratto di ospedalità operato dalla pronuncia in commento non appare convincente né adeguatamente motivato, sì da ingenerare il dubbio che esso sia, in realtà, ispirato piuttosto ad una linea di politica del diritto finalizzata a favorire, ovvero a rendere meno gravosa la posizione dell'ente pubblico, il quale, ove si propendesse invece per una generalizzata applicabilità del foro del consumatore, potrebbe trovarsi ad affrontare giudizi risarcitori su tutto il territorio nazionale, con i relativi disagi organizzativi ed aggravio di costi.

Va altresì evidenziato che il principio ribadito nell'ordinanza finisce di fatto col realizzare una non del tutto ragionevole disparità di trattamento tra una categoria di pazienti di "serie A", che possono permettersi il costo della sanità privata – o, come nel caso di specie, di quella pubblica "a pagamento" – che viene ad essere tutelata e favorita dalla applicazione del foro del consumatore e una categoria di pazienti di "serie B", quella che si rivolge alle strutture pubbliche, che è costretta a fronteggiare le complessità ed i costi di un giudizio celebrato fuori dalla propria residenza.

Si lascia dunque preferire, a parere di chi scrive, una soluzione che attribuisca comunque al paziente-utente del servizio sanitario la facoltà di adire il foro del consumatore.