

1

RESPONSABILITÀ MEDICA

Diritto e pratica clinica

IN QUESTO NUMERO

- *L'obbligazione del chirurgo estetico*, di Fabrizia Santini
- *La pianificazione condivisa delle cure*, di Anna Aprile e Mariassunta Piccinni
- *Perdita di chances e responsabilità proporzionale*, di Marco Capecchi
- *Aiuto al suicidio e relazione terapeutica*, di Paolo Malacarne e Barbara Pezzini

Gennaio-Marzo 2020

Rivista trimestrale diretta da Roberto Pucella


**Pacini
Giuridica**

INDICE

Saggi e pareri

FABRIZIA SANTINI, <i>L'obbligazione del chirurgo estetico, alla luce della legge Gelli-Bianco</i>pag.	3
LUIGI GAUDINO, <i>Parole: esplicite, implicite ed escluse nel linguaggio della l. 219/2017</i>»	15
ANNA APRILE, MARIASSUNTA PICCINI, <i>Per una pianificazione condivisa delle cure: dai principi alle buone prassi</i>»	31
MARCO CAPECCHI, <i>Dalla perdita di chances alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)</i>»	45
SIMONA CACACE, <i>Libertà di morire o dignità nel morire: la Corte costituzionale e il suicidio assistito in Italia, in Colombia e in Germania</i>»	57

Giurisprudenza

CASS. CIV., III sez., 6 dicembre 2019, n. 31886, con nota di commento di ITALO PARTENZA, <i>La CTU e il principio dispositivo: non desiderare il ruolo altrui</i>»	75
CASS. CIV., III sez., 11 novembre 2019, n. 28987, con nota di commento di IVAN LIBERO NOCERA, <i>Rivalsa e regresso della struttura sanitaria verso l'esercente la professione sanitaria</i> ...»	83

Dialogo medici-giuristi

PAOLO MALACARNE, BARBARA PEZZINI, <i>E se il paziente chiede al medico di essere 'aiutato a morire'? Aiuto al suicidio e relazione terapeutica dopo Corte cost. n. 242/2019</i>»	100
--	-----

Osservatorio medico-legale

BARBARA BONVICINI, ERICH COSMI, GIOVANNI CECCHETTO, CLAUDIO TERRANOVA, GUIDO VIEL, MASSIMO MONTISCI, <i>La manovra di Kristeller. Aspetti medico-legali</i>»	111
--	-----

Cass. civ., III sez., 11.11.2019, n. 28987

Responsabilità medica – Attività medico-chirurgica – Responsabilità della struttura sanitaria per fatto esclusivo del medico – Rivalsa nei confronti del sanitario (disciplina “ante” legge n. 24 del 2017) – Regresso – Ripartizione paritaria della responsabilità (c.c., artt. 1226, 1298, 2049, 2055; legge n. 24/2017, art. 9)

In tema di azione di rivalsa nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017, nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico, la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2°, e 2055, comma 3°, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connesso all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale, a meno che dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile (e oggettivamente improbabile) devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione.

Il testo integrale della sentenza è leggibile sul sito della Rivista

Rivalsa e regresso della struttura sanitaria verso l'esercente la professione sanitaria

Ivan Libero Nocera

Avvocato in Torino

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. L'indebita sovrapposizione tra distinte fattispecie di responsabilità. – 3. La responsabilità per fatto dell'ausiliario ex art. 1228 c.c. – 4. Il rapporto tra responsabilità ai sensi dell'art. 1228 c.c. e quella in forza dell'art. 2049 c.c. – 5. Il regresso dell'ente ospedaliero sull'esercente la professione sanitaria. – 6. La misura della ripartizione interna della responsabilità tra coobbligati solidali. – 7. La ripartizione paritaria della responsabilità secondo la Cass. n. 28987/2019. – 8. Conclusioni: regresso e rivalsa prima e dopo la c.d. legge Gelli.

ABSTRACT:

Nella complessiva ricostruzione nomofilattica della responsabilità sanitaria realizzata dalla terza sezione della Corte di Cassazione con le pronunce depositate l'11 novembre 2019, la n. 28987 spicca per affrontare il tema del recupero dei costi sopportati dalle strutture sanitarie per *medical malpractice*, concentrandosi sul

meccanismo di distribuzione del carico economico del risarcimento tra la struttura ed il medico nel regime anteriore alla legge n. 24/2017.

In the overall nomophilactic reconstruction of health care liability carried out by the third section of the Supreme Court with the rulings filed on 11 Novem-

ber 2019, no. 28987 stands out because it addresses directly the issue of recovering the costs of medical malpractice by healthcare providers, focusing on the mechanism of distribution of the economic burden of compensation between the doctor and the health facility in which the activity is carried out in the regime prior to Law no. 24/2017.

1. Il caso

La fattispecie al centro della sentenza in esame riguarda un'azione risarcitoria rivolta da una paziente nei confronti di una casa di cura e di un chirurgo plastico che all'interno della predetta struttura sanitaria aveva eseguito un intervento di mastoplastica in maniera inesatta, senza che le due operazioni successive alla prima avessero rimediato agli errori iniziali.

Il Giudice di prime cure aveva accolto la domanda, ritenendo solidalmente responsabili la struttura sanitaria e il medico, con sentenza confermata dalla Corte d'Appello, la quale – richiamando il tradizionale orientamento che riconosce natura contrattuale alla responsabilità medica¹ – aveva

escluso il regresso dell'ente verso l'esercente la professione sanitaria, affermando che le quote di ripartizione interna della responsabilità si presumono eguali. Invero, l'oggetto del contratto di ospedalità tra paziente e casa di cura include la prestazione medico-professionale svolta dal sanitario quale suo ausiliario necessario, a prescindere sia dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato sia dalla circostanza che il "contatto" tra paziente e medico preceda o segua l'ulteriore "contatto" tra il paziente e l'ente, atteso il collegamento comunque esistente tra la prestazione del sanitario e l'organizzazione aziendale².

L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?, abbia adottato l'orientamento sostenuto da autorevole dottrina (CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995, 147 ed oggi *Id.*, *Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, sub artt. 1173-1176, 73 e 194; ROPPO, *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Milano, 1993, 1) individuando la fonte dell'obbligo risarcitorio nell'ambito della responsabilità medica nel "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale". Pertanto, è pacifico in giurisprudenza che «Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un tipico 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 S.s.n. 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, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù 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, 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» (così, tra le tante, Cass., 14.6.2007, n. 13953, in *Contratti*, 2007, 897).

¹ Sulla questione della natura giuridica della responsabilità, prima e dopo le leggi del 2012 e del 2017, si veda, tra i tanti, PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, 356; PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 445; BREDA, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2017, 283, nonché i contributi di CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*; CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale* e GUAGLIONE, *La responsabilità da contatto sociale nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, a cura di VOLPE, Bologna, 2018. Giova rammentare come la Cass., 22.1.1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contratto*; in *Foro it.*, 1999, I, 3333, con note di DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di LANOTTE,

² Sul percorso giurisprudenziale in tema di qualificazione

Come per le altre “decisioni di san Martino”³, il processo giunge a pubblica udienza a seguito di ordinanza interlocutoria, sottolineando la natura nomofilattica della questione sul regime dell’azione di rivalsa ovvero di regresso nelle obbligazioni solidali, riferibile al rapporto tra struttura sanitaria ed esercente la professione sanitaria, ritenuti responsabili⁴.

La sentenza si concentra, quindi, sulla disciplina del riparto della responsabilità nei rapporti interni tra struttura sanitaria e il professionista del quale la prima si avvalga, nell’ipotesi in cui il danno sia causalmente riconducibile in via esclusiva alla *malpractice* del secondo⁵. In particolare, la Suprema Corte – attesa la non applicabilità *ratione temporis* dell’art. 9 della legge n. 24/2017 – verifica se e in che termini l’ente possa agire in regresso, recuperando dall’esercente quanto eventualmente liquidato al paziente danneggiato. Il tema si colloca all’interno dell’orizzonte sistematico dell’art. 1228 c.c. – corrispondente all’art. 2049 c.c. sul piano aquiliano – in forza del quale, salva la diversa volontà delle parti, si mantiene in capo al debitore la responsabilità per la produzione del

danno anche quando si avvalga dell’opera di ausiliari allo scopo di effettuare la prestazione.

2. L’indebita sovrapposizione tra distinte fattispecie di responsabilità

Prima di addentrarsi nell’analisi della sentenza, giova premettere che, benché sovente si registri un uso promiscuo dei termini “regresso” e “rivalsa”, essi poggiano su presupposti differenti. Invero, il regresso sottintende una solidarietà passiva di più soggetti coobbligati, entrambi tenuti al pagamento integrale di un’unica prestazione, con diritto del *solvens* di ripetere verso i condebitori le quote spettanti a ciascuno di essi (artt. 1299 e 2055 c.c.). La rivalsa si riferisce invece – specialmente in materia assicurativa e tributaria – ad un mero recupero verso l’effettivo debitore di quanto pagato ad un creditore, in presenza di distinti e autonomi rapporti, senza, dunque, alcun vincolo di solidarietà dal lato passivo. Quest’ultimo termine è ora utilizzato – evidentemente in senso atecnico – dall’art. 9 della legge n. 24/2017, come sinonimo di regresso, atteso il pacifico rapporto di condebito tra struttura ed esercente la professione sanitaria⁶.

Nel regime precedente all’entrata in vigore della legge n. 24/2017, l’azione di rivalsa della struttura pubblica, devoluta alla giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, è stata sempre connotata dal limite dell’elemento soggettivo, essendo subordinata all’accertamento del dolo o colpa grave del medico danneggiante⁷. In senso analogo si è mossa la contrattazione collettiva con riferimento

del contratto tra struttura e paziente si rinvia a BREDA, *Itinerari della giurisprudenza. La responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2006, 955; ID., *Il risarcimento dei danni da inefficienza della struttura sanitaria*, in *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, a cura di PONZANELLI, Padova, 2002, 302.

³ Per una sintesi dei punti più rilevanti di tali pronunce si rinvia a PONZANELLI, *Il restatement dell’11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2020, 5 e FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, *ivi*, 2020, 7.

⁴ Le sentenze dell’11 novembre 2019 segnano un “ritorno” all’egemonia interpretativa della giurisprudenza dopo gli interventi normativi di cui alla c.d. legge Balduzzi e alla c.d. legge Gelli. In proposito si vedano le riflessioni di PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, 816.

⁵ Si vedano sul punto GRANELLI, *La medicina difensiva*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di IUDICA, Milano, 2019, 136; SERANI, *Polizze “a secondo rischio”, responsabilità del medico e rivalsa della struttura sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 728; D’ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 771.

⁶ Sul tema si vedano diffusamente PALADINI, *L’azione di rivalsa nei confronti dell’esercente la professione sanitaria*, in questa *Rivista*, 2018, 139; CHESSA, *La c.d. “azione di rivalsa” nei confronti dell’esercente la professione sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 403; FRANZONI, *La responsabilità civile del personale medico dopo la legge Gelli*, in *Ist. fed. riv. st. giur. e pol.*, 2017, 345.

⁷ Si vedano gli artt. 22 e 23 del d.P.R., 10.1.1957, n. 3, T.U. sugli impiegati civili dello Stato.

alle rivalse esercitate dalla struttura sanitaria private nei riguardi del proprio dipendente⁸.

La disciplina codicistica sul regresso, che non sopporta limitazioni né nell'elemento soggettivo né quantitative, era, invece, pienamente operante nei confronti dell'esercente la professione sanitaria presso la struttura in regime di libera professione, senza un vincolo di subordinazione⁹.

Il formante giurisprudenziale che si è confrontato con tale tematica non ha avuto un orientamento univoco. Invero, il ventaglio di possibili articolazioni interne della responsabilità riconosciute dalla giurisprudenza comprende sia il recupero integrale da parte dell'ente con una rivalsa integrale, facendo conseguentemente gravare sull'esercente il "costo" del pregiudizio¹⁰ sia l'accoglimento della domanda di rivalsa nel limite della metà dell'importo liquidato. Il riparto del costo del danno per la metà è variamente motivato: (i) per non aver l'ente esercitato un'adeguata attività di controllo e vigilanza sull'esercente la professione sanitaria¹¹; (ii) in via presuntiva ex art. 2055, comma 3°, c.c. per mancato assolvimento da parte dell'ente ospedaliero dell'onere probatorio circa l'adempimento degli obblighi di corretta organizzazione del personale e di vigilanza sul suo operato¹²; (iii) in base al principio *cuius commoda eius incommoda*, in forza del quale colui che si avvale dell'opera dell'ausiliario o che ricava dalla medesima vantaggio ed utilità, deve subirne i rischi ed i relativi danni, di talché «la struttura ha un precipuo interesse economico nell'operato dei sanitari, traendone guadagno»¹³.

⁸ Si veda in proposito l'art. 21 del C.C.L.N. 3 novembre 2005.

⁹ Sulle tipologie di recupero dei costi sopportati dalle strutture sanitarie pubbliche e private si vedano le riflessioni di BOCCHINI, *Il recupero dei costi sopportati dalle strutture sanitarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1534.

¹⁰ In tal senso, vedasi Trib. Ravenna, 3.10.2019; Trib. Taranto, 16.9.2019; Trib. Ravenna, 2.9.2019; Trib. Latina, 26.2.2019, tutte in *Pluris*.

¹¹ In proposito, si veda, fra le tante, Trib. Reggio Emilia, 11.4.2019, in *Pluris*.

¹² In argomento, si veda, *ex multis*, App. Milano, 29.6.2019, in *Leggiditalia*.

¹³ Così, in termini, Trib. Milano, 12.1.2018, n. 266. Nota di

A prescindere dalla soluzione accolta in ordine al dispiegarsi dei rapporti interni tra ente ed esercente la professione sanitaria, si riscontra, quale tratto comune degli arresti giurisprudenziali, un'indebita sovrapposizione concettuale tra il regime della responsabilità dei padroni e dei committenti ex art. 2049 c.c. e la responsabilità per fatto degli ausiliari di cui all'art. 1228 c.c.¹⁴. Del resto, l'itinerario ermeneutico tradizionale reputa entrambe tali due fattispecie espressioni del riferito principio *cuius commoda eius incommoda*¹⁵, sminuendo così il diverso fondamento dei due tipi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale)¹⁶.

È pur vero che la responsabilità medica si distingue per gli interessi coinvolti, la commistione tra pubblico e privato nonché la frequenza e rilevan-

aggiornamento, 29 gennaio 2018, in *www.rivistaresponsabilitamedica.it*.

¹⁴ Per un'approfondita ricostruzione giurisprudenziale si veda BREDÀ, *La responsabilità – riformata? – della struttura sanitaria*, in *La responsabilità medica, Guida operativa alla riforma Gelli Bianco. Inquadramento, profili civili e penali, assicurazione, procedimento stragiudiziale e giudiziale*, diretto da CENDON, a cura di TODESCHINI, Milano, 2019, 929.

¹⁵ Tra i primi commentatori del codice civile si vedano in tal senso COLAGROSSO, *Il Libro delle obbligazioni (parte generale)*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, 1943, 98; BUFERA, *Libro delle obbligazioni*, in *Codice Civile italiano*, I, Torino, 1943, 113; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, 2, Milano, 1964, 509.

¹⁶ Secondo BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 150, la *ratio* di entrambe le fattispecie risiederebbe nell'assunzione di un «rischio professionale», il quale fonda a carico dei soggetti designati come responsabili – non una presunzione di colpa, bensì più correttamente – un'attribuzione di colpa», cioè «un'imputazione del danno a chi lo ha causato, o appare, nella normalità dei casi, come autore del danno stesso, quantunque la illazione desunta dalla esperienza della normalità dei casi sia tale che nel caso specifico potrebbe anche essere smentita». Pertanto, «[i]n ragione di codesto rischio professionale un consociato è imputabile del danno che ha recato ad altri consociati come organizzatore o come dirigente: organizzatore al quale spetta, secondo il meccanismo interno dell'impresa o dell'industria, la leva di comando di quell'apparato tecnico e quindi il potere di controllo sul suo retto funzionamento. Nella coscienza sociale si ravvisa inerente a tale posizione il potere di previsione e di prevenzione dei rischi che sono inseparabili dal funzionamento dell'apparato».

za delle ipotesi di danno, tanto da far ritenere tale materia un sottosistema della responsabilità civile, caratterizzato da regole proprie (quali l'enucleazione di un concetto unitario di diligenza nel quale assume rilevanza il rispetto di linee guida e protocolli, il concorso improprio di responsabilità, l'applicazione ai soli interventi facili del meccanismo della *res ipsa loquitur*, la trasversalità del concetto di obbligazione di mezzi)¹⁷.

Anche in ragione del valore della certezza e della prevedibilità del diritto¹⁸, l'intervento nomofilattico della Suprema Corte si apprezza per il proposito di fare chiarezza *in subiecta materia*, prendendo le mosse dall'analisi specifica delle distinte fattispecie di responsabilità, al fine di correttamente inquadrare l'azione promossa dall'ente ospedaliero in una corretta cornice normativa, da cui trarsi il corollario operativo sulla ripartizione interna della responsabilità.

Già all'esordio della parte motiva la sentenza sottolinea la necessità di identificare correttamente l'azione di rivalsa, distinguendola così dal diritto di regresso¹⁹, in quanto caratterizzata dalla mera ripetizione postuma verso il debitore di quanto pagato al creditore in estinzione del debito in assenza di un vincolo di solidarietà verso il creditore. Quindi, per ricostruire l'istituto della rivalsa, la pronuncia si focalizza sulla natura della responsa-

bilità per fatto dell'ausiliario diversa da quella *ex art. 2049 c.c.*: solo la prima è una responsabilità diretta per fatto proprio atteso che il debitore è responsabile in quanto titolare del rapporto obbligatorio, mentre nessun rapporto contrattuale intercorre tra i suoi collaboratori e la parte creditrice²⁰. In altre parole, l'art. 1228 c.c. regola l'ipotesi in cui il fatto dell'ausiliario abbia determinato l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione principale²¹.

¹⁷ Si vedano in proposito BREDÀ, *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in *La Responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, a cura di COMANDÈ e TURCHETTI, Padova, 2004, 30; ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 315; DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 781; ID., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contratto e impr.*, 1993, 89.

¹⁸ Si rinvia in argomento alle acute considerazioni di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 9; BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, 261; IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 e ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 917 (entrambi ora raccolti in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016).

¹⁹ Sulla nozione di regresso, vedasi SICCHIERO, VOCE «Regresso», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, XVI, Torino, 2001, 550 e, più recentemente, BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, Milano, 2016.

²⁰ Valga osservare che il codice Pisanelli, sulla scia del *Code Napoléon*, difettava di una norma che prevedesse la responsabilità del debitore per il fatto dei propri preposti, limitandosi a puntuali specifiche previsioni: l'art. 1664 c.c. 1865, che prevedeva la responsabilità dell'appaltatore per «l'opera delle persone da lui impiegate»; l'art. 1247 c.c. 1865, secondo cui il debitore di una cosa certa e determinata era responsabile dei «deterioramenti provenienti da fatto o colpa di lui o delle persone da cui deve rispondere». Inoltre, giova segnalare l'art. 398 c. comm. che reputava responsabile il vettore per il fatto delle persone cui avesse affidato l'esecuzione del trasporto. Si deve a FERRARA, *La responsabilità contrattuale per fatto altrui*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1954, 108, l'intuizione di reputare la responsabilità del debitore per il fatto dei propri preposti quale principio immanente nel sistema giuridico, alla luce della nozione di causa estranea di cui all'art. 1225 c.c. 1865: invero la condotta dolosa o colposa degli ausiliari non poteva ritenersi quale causa estranea al debitore, vale a dire a lui non imputabile, essendo invece interna alla sua sfera economica, in quanto era stata realizzata con il contributo dello stesso debitore. Per una ricostruzione storica, si veda CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari – Clausole di esonero da responsabilità*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2003, sub artt. 1228-1229, 3. Peraltro, l'ordinamento francese, anche a seguito della recente *Réforme du droit des obligations* (l'*Ordonnance n° 2016-131* del 10 febbraio 2016), continua a non dedicare alla responsabilità per fatto degli ausiliari (si veda *Réforme du droit des obligations, Un supplément au code civil 2016*, Parigi, 2016, 24, *Rapport, JO 11 févr. 2016*). Tuttavia la condotta degli ausiliari viene ricondotta al debitore attraverso la previsione dell'art. 1147 per cui il debitore risponde di «dommages et intérêts» ogni qualvolta l'inadempimento non sia giustificato da una «cause étrangère qui ne peut lui être imputée [...]», senza tuttavia fornire una risposta univoca alla questione del criterio di imputazione.

²¹ In proposito si rinvia alle lucide riflessioni di D'ADDA, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, *Commento sub art. 1228 c.c.*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, *Delle obbligazioni*, II, a cura di CUFFARO, Torino, 2013, 335; BARBARISI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 4; VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, nel *Trattato Visintini*, Padova, 2010, 585; CECCHERINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, nel *Commentario Schlesinger*, Mila-

3. La responsabilità per fatto dell'ausiliario ex art. 1228 c.c.

Correttamente, nella sentenza in commento, la Suprema Corte rammenta che nella responsabilità ex art. 1228 c.c. l'ausiliario è la persona della cui opera il debitore si avvale nell'adempimento dell'obbligazione («*quale strumento di attuazione dell'obbligazione contrattuale*») in capo al quale dovrà accertarsi l'elemento soggettivo. Proprio la nozione di ausiliario rappresenta uno dei sentieri utilizzati dalla giurisprudenza per distinguere progressivamente l'ambito di applicazione dell'art. 1228 c.c. da quello dell'art. 2049 c.c. Invero, mentre fino agli anni sessanta tale nozione si faceva coincidere con quella di «commesso» di cui alla norma in materia responsabilità extracontrattuale – qualificando pertanto come «ausiliari» solo i soggetti legati al debitore da un vincolo di subordinazione²² – in seguito, la giurisprudenza di legittimità ha ampliato tale concetto fino a includervi altresì i lavoratori autonomi²³.

Pertanto, è adesso pacifico che i terzi di cui si avvale il *solvens* nell'ambito dell'art. 1228 c.c. possono essere considerati ausiliari qualora siano identificabili al contempo (*i*) un'iniziativa del debitore, con cui viene affidato al terzo l'incarico di eseguire la prestazione e (*ii*) la completa estraneità dell'ausiliario al rapporto obbligatorio²⁴. Tale

no, 2003, 68; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Scialoja e Branca*, II, Bologna-Roma, 1979, sub art. 1228, 454.

²² In tal senso si vedano Cass., 15.6.1955, n. 1908, in *Giur. it.*, 1955, I, 91; Cass., 24.3.1955, n. 878, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1087; Cass., 13.9.1948, n. 1601, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, 289.

²³ Si vedano, in ordine cronologico dalla pronuncia più remota, Cass., 21.6.1960, n. 1639, in *Rep. Giur. it.*, 1960, *Agenzia (contratto di)*, che ha applicato l'art. 1228 c.c. al caso di dell'agente che «*per l'esecuzione del contratto si serve dell'esecuzione del contratto si serve della collaborazione dei suoi dipendenti o ausiliari autonomi, come mandatari o subagenti*»; Cass., 28.4.1965, n. 752, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1834; Cass., 9.8.1968, n. 2841, in *Rep. Giur. it.*, 1968, *Responsabilità civile*, 143.

²⁴ Secondo la dottrina più avvertita occorre considerare ausiliari «tutti coloro che si adoperano nell'esecuzione della prestazione promessa dal debitore»: così VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, cit., 585 e BIANCA,

secondo presupposto consente, dunque, di escludere recisamente che possano essere compresi nella nozione di ausiliari i debitori solidali: questi, infatti, non devono sopportare le conseguenze dei fatti dolosi e colposi degli altri condebitori, in forza del principio della non comunicabilità degli effetti pregiudizievoli e dell'estensione di quelli favorevoli.

Nell'ambito della responsabilità delle strutture sanitarie, è oramai pacifica l'irrelevanza ai fini della configurazione del concetto di «ausiliario» del tipo di rapporto di lavoro intercorrente tra medico e struttura, essendo sufficiente che l'ente si sia avvalso del medico per adempiere la prestazione verso il paziente, anche nell'ambito di un rapporto di collaborazione se del caso pure occasionale. È, invece, controverso se l'estraneità dell'ausiliario dal rapporto obbligatorio debba essere intesa anche come estraneità rispetto al creditore. Un indirizzo più restrittivo esclude dal perimetro applicativo dell'art. 1228 c.c. sia l'ipotesi di adempimento del terzo sia quella in cui l'ausiliario sia stato scelto dalla parte creditrice o con il consenso di questa oppure – benché sia stato designato dal debitore – le modalità di scelta siano state previamente concordate con il creditore²⁵.

Un altro orientamento discrimina a seconda che il creditore abbia scelto una persona estranea o meno all'organizzazione del debitore. Nella prima fattispecie, il creditore non può invocare l'art. 1228 c.c. in quanto egli deve sopportare le conseguenze dannose causate da dolo o colpa del personale da lui prescelto. Qualora, invece, la scelta sia avvenuta tra i dipendenti della parte obbligata, l'atto di designazione del creditore opera nell'ambito di una scelta già precedentemente effettuata dal debitore ed il terzo rimane ausiliario, con conseguente applicabilità dell'art. 1228 c.c.

Nella responsabilità medica l'inadempimento del professionista è imputabile comunque alla struttura sanitaria nell'ipotesi in cui l'esercente la professione sanitaria fosse anche medico di fiducia

Dell'inadempimento delle obbligazioni, cit., 459.

²⁵ In tal senso si veda ancora VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, cit., 588.

del paziente, qualora sia comunque collegato all'organizzazione aziendale²⁶ o anche estraneo a questa ma autorizzato ad operare al suo interno²⁷.

²⁶ Si vedano, tra le tante, Cass., 3.2.2012, n. 1620, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 124; Cass., 14.6.2007, n. 13953, in *Foro it.*, 2008, I, 1990; Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Danno e resp.*, 2007, 811; Cass., 2.2.2005, n. 2042, *ivi*, 2005, 441; Cass., 14.7.2004, n. 13066, *ivi*, 537; Cass., 8.1.1999, n. 103, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 683; Cass., 20.4.1989, n. 1855, in *Foro it.*, 1990, I, 1970.

²⁷ In proposito, Cass., 28.8.2009, n. 18805, in *Corr. giur.*, 2010, 199, ha affermato che «ove un istituto autorizzi un chirurgo od un medico ad operare al suo interno, mettendogli a disposizione le sue attrezzature e la sua organizzazione, e con essa cooperi [...] viene ad assumere contrattualmente, rispetto al paziente, la posizione e le responsabilità tipiche dell'impresa erogatrice del complesso delle prestazioni sanitarie, ivi inclusa l'attività del chirurgo». Ha inoltre aggiunto che «Non si può certo ammettere che un ente ospedaliero dia accesso a chiunque si presenti, senza averne previamente verificati i titoli di abilitazione, la serietà, la competenza e affidabilità, anche in relazione alle esperienze pregresse, per poi trasferire sui pazienti gli effetti dannosi dell'eventuale imperizia dell'operatore, adducendo a motivo di averlo solo temporaneamente ospitato (peraltro non a titolo gratuito e traendone quindi un utile dall'attività di impresa per cui non può poi sottrarsi ai relativi rischi)». Va, tuttavia, sottolineato che nel caso oggetto di tale sentenza non era stata raggiunta la prova che fossero stati stipulati due distinti contratti con separazione di competenze fra i soggetti coinvolti, avendo ritenuto il giudice di merito che il paziente, dopo essersi affidato in prima battuta al chirurgo si sarebbe, poi, rivolto alla clinica alla quale il medico stesso l'aveva indirizzato, per ottenere la prestazione chirurgica unitamente a tutte le prestazioni accessorie, mediche e non. In proposito, Cass., 13.1.2015, n. 280, in *Leggitalia*, (e in senso analogo Cass., 26.6.2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, 839 con nota di CAPUTI) ha stabilito che «Pur quando manchi un rapporto di subordinazione o di collaborazione tra clinica e sanitario, sussiste comunque un collegamento tra i due contratti stipulati, l'uno tra il medico ed il paziente, e l'altro, tra il paziente e la casa di cura, contratti aventi ad oggetto, il primo, prestazioni di natura professionale medica, comportanti l'obbligo di abile e diligente espletamento dell'attività professionale (e, a volte, anche di raggiungimento di un determinato risultato) e, il secondo, 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 e/o chirurgiche». Nello stesso senso, più recentemente, si veda Cass., 29.1.2018, n. 2060, in *Leggitalia*. Secondo Cass., 27.3.2015, n. 6243, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, I, 109, con nota di PUCCELLA, *La responsabilità dell'asl per l'illecito riferibile al medico di base*, la responsabilità "vicaria" scatta anche per i medici che operano in convenzione, osservando che «l'ASL è responsabile civilmente, ai

Appurato che «l'attività dell'ausiliario è incardinata nel programma obbligatorio originario che è diretto a realizzare, e per la cui realizzazione il debitore contrattuale si è necessariamente avvalso dell'incaricato», la sentenza *de qua* puntualizza che la responsabilità di cui all'art. 1228 c.c. è «pur sempre fondata sull'elemento soggettivo dell'ausiliario, il che ne esclude la configurabilità in termini di responsabilità oggettiva», prendendo così posizione sulla sua natura²⁸.

Su impulso della scuola pisana si è, invero, affermato l'indirizzo che valorizza la dicotomia tra

*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». Nel senso contrario all'orientamento su esposto si veda Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Danno e resp.*, 2007, 811, secondo la quale non sarebbe applicabile l'art. 1228 c.c. ed il medico dovrebbe considerarsi quale mero «cooperatore del creditore», che fornendo al debitore il mezzo per l'adempimento sopporta le conseguenze dannose da tale soggetto causate. Tra le pronunce di merito si vedano Trib. Varese, 26.11.2012, in *Danno e resp.*, 2013, 375; Trib. Treviso, 5.10.2017, in *Leggitalia*. In dottrina, in senso adesivo a tale ultima tesi si veda il commento di FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziale in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2007, 967. Per una critica all'applicazione dell'art. 1228 c.c. in simili casi ed anche quando vi sia comunque un previo rapporto contrattuale con il medico si vedano le considerazioni di CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 489.*

²⁸ Similmente nei *Principles of European Contract Law* (Pecl) secondo l'art. 1:305, se un terzo ha eseguito una prestazione affidatagli da una delle parti, o ha adempiuto con l'assenso di quest'ultima, ed ha agito con dolo o colpa grave oppure in difformità dalla buona fede e dalla correttezza, tale condotta è imputata alla parte (vedasi altresì gli artt. 4:111 e 8:107). Allo stesso modo, il *Code Européen des contrats*, dopo aver affermato all'art. 89 che «un obbligo contrattuale si considera inadempito se un contraente o suoi collaboratori o incaricati tengono un comportamento diverso da quello dovuto in base al contratto», accomuna le cause di inadempimento materialmente riferibili tanto alla persona del debitore quanto ai suoi ausiliari ai fini della responsabilità da inadempimento, comunque gravante unicamente sul debitore, tant'è che l'art. 162, comma 5°, stabilisce che «[a] meno di diverso accordo, il debitore è responsabile [...] anche se è ricorso per l'esecuzione del contratto ad ausiliari o a terzi, salvo il suo diritto di rivalersi, se del caso, su questi ultimi».

imputazione al debitore del fatto dell'ausiliario e valutazione dell'inadempimento. Infatti, quest'ultima è regolata dalle ordinarie regole in materia di responsabilità contrattuale che poggiano sul criterio della colpa. Invece, il fatto del terzo, costituendo solo un mero "strumento" utilizzato dal debitore per realizzare la prestazione dovuta, non è compreso nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Di conseguenza, poiché la decisione discrezionale del debitore di valersi dell'opera di un ausiliario è causa del fatto doloso o colposo di questi, il debitore ne risponde in quanto la sua condotta ne è una sorta di *causa causae*²⁹.

Tuttavia, non manca in dottrina chi reputa che la responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari sia di tipo oggettivo in forza sul principio per cui ogni soggetto è tenuto a sopportare i rischi della propria economia individuale³⁰. Pertanto, ravvisando nell'art. 1228 c.c. la funzione di tutelare il creditore, la responsabilità del debitore per i fatti dei propri ausiliari rientrerebbe nel rischio d'impresa, inducendo la parte obbligata ad adottare nuove misure di diligenza tutte le volte in cui il loro costo sia inferiore ai danni di cui dovrebbe rispondere in caso d'inadempimento³¹.

4. Il rapporto tra responsabilità ai sensi dell'art. 1228 c.c. e quella in forza dell'art. 2049 c.c.

È oramai pacifico che l'ente di cura, con l'accettazione del paziente nella propria struttura, conclude un contratto "di spedalità" in virtù del quale l'ente assume l'obbligo di fornire una prestazione di assistenza sanitaria articolata, che abbraccia sia la prestazione principale medica sia una serie di obblighi c.d. di protezione.

Pertanto, la responsabilità della struttura ospedaliera si colloca certamente sotto l'egida dell'art. 1218 c.c., autonomamente ed indipendentemente dall'operato dei sanitari di cui si avvale, qualora sia inadempiente nella 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 emergenze³². Tuttavia, per quanto attiene alle prestazioni mediche effettuate tramite i professionisti propri ausiliari, l'ente risponde sulla base dell'art. 1228 c.c. in ragione del rapporto tra la prestazione effettuata dal sanitario e l'organizzazione aziendale della struttura. Di conseguenza, la condotta negligente del singolo esercente la professione sanitaria non può essere avulsa dalle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei servizi operate dall'ente.

Con la pronuncia in commento la Suprema Corte sottolinea come la responsabilità di chi si avvale dell'esplicazione dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova radice nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione e non in una colpa "*in eligendo*" degli ausiliari o "*in vigilando*" circa il loro operato. Tale rischio, «a differenza di quanto avviene per gli strumenti tecnici, non può essere eliminato o ridotto al margine del caso eccezionale con l'impiego della nor-

²⁹ Si vedano in proposito le considerazioni di NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XVI, 2, Milano, 1984, 75 e BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 469. Del resto, l'art. 1228 c.c. è ispirato al § 278 del BGB sulla *Haftung für Erfüllungsgehilfen*, a tenore del quale il debitore risponde per la colpa dei terzi dei quali si avvale nell'adempimento "*in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden*", cioè nella misura in cui egli stesso risponderebbe per colpa.

³⁰ Si vedano in proposito le riflessioni di OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 593; ID., *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 222, successivamente riprese da VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 11; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 304.

³¹ In tal senso TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 41.

³² Sia sufficiente il richiamo a Cass., sez. un., 1.7.2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 689, con nota di FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite*.

male diligenza»³³, realizzandosi una sorta di “appropriazione” o “avvalimento” dell’attività altrui per l’adempimento della propria obbligazione: se la struttura sanitaria gode della collaborazione del professionista (*in utilibus*) si trova del pari a dover rispondere dei danni da costoro eventualmente cagionati (*in damno*)³⁴.

Tale tratto parrebbe astrattamente accomunare la responsabilità *ex art.* 1228 c.c. e quella ai sensi dell’art. 2049 c.c. (al pari della rilevanza, in entrambe le ipotesi, della sussistenza di un “nesso di occasionalità necessaria” tra quanto compiuto dall’ausiliario o commesso, da un lato, e l’inadempimento o il fatto illecito, dall’altro). Nella disposizione di cui all’art. 2049 c.c. il mancato aggancio al requisito della colpa ha l’effetto pratico di rendere del tutto irrilevante l’eventuale accertamento compiuto in sede penale in ordine alla mancanza di colpa del datore di lavoro nell’ambito del giudizio civile, in cui il danneggiato fa valere la responsabilità del predetto datore di lavoro quale “preponente”.

Nondimeno, la Suprema Corte con la sentenza in commento ha cura di sottolineare in maniera netta la diversità di natura e ambito di applicazione tra le due fattispecie. Invero, nell’art. 1228 c.c. è elemento precipuo la sussistenza di un vincolo primario, la cui violazione, determinata dal fatto dell’ausiliario, comporta la mancata attuazione del rapporto obbligatorio; invece nell’art. 2049 c.c. non vi è alcun vincolo e la condotta pregiudizievole si traduce nello svolgimento di mansioni dannose per un soggetto terzo sprovvisto di

una pregressa relazione qualificata con il debitore³⁵. Quest’ultima configura, dunque, un’ipotesi di responsabilità oggettiva giacché l’inesatto svolgimento delle mansioni dell’ausiliario pregiudica un soggetto che non ha avuto alcun rapporto con il debitore, il quale non si è avvalso dell’ausiliario per svolgere una determinata attività che forma il contenuto di un’obbligazione³⁶.

Inoltre, in ambito contrattuale, alla parte debitrice viene direttamente imputato l’obbligo che non è stato adempiuto dall’ausiliario, *longa manus* del debitore: l’inesatta esecuzione da parte dell’ausiliario della prestazione affidatagli dal debitore comporta che su quest’ultimo saranno automaticamente traslate le implicazioni di responsabilità³⁷.

Nell’ipotesi di responsabilità *ex art.* 2049 c.c., invece, il committente risponde per fatti compiuti dai loro commessi, in quanto verificatisi nella loro sfera d’azione, assumendo, dunque, il rischio insito nell’utilizzazione di terzi nello svolgimento di un’attività. Si comprende, dunque, come il committente risponda in forza dell’art. 2049 c.c. anche nell’impossibilità di qualunque accertamento in concreto, ovvero in presenza di pregiudizi cagionati dal fatto di un preposto rimasto ignoto³⁸. Di

³³ In questi termini BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 383.

³⁴ In argomento si veda Cass., 6.6.2014, n. 12833, in *CED Cassazione*, 2014, secondo cui «La responsabilità di chi si avvale di terzi per l’adempimento della propria obbligazione contrattuale trova fondamento nel rischio connesso alla loro utilizzazione sicché, nell’ipotesi di minore affidato ad un centro estivo comunale, il Comune è direttamente responsabile qualora l’evento dannoso patito dal minore sia da ascrivere alla condotta colposa del terzo (nella specie alla condotta negligente della vigilatrice), della cui attività l’ente territoriale si era avvalso per l’adempimento delle prestazioni ricreative oggetto del contratto stipulato con i genitori del minore».

³⁵ Si vedano in proposito le lucide riflessioni di GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale (Significato attuale di una distinzione tradizionale)*, Milano, 1993, 187.

³⁶ Sul punto si vedano NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 76; BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1970, 41; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 614.

³⁷ In argomento si vedano le osservazioni di D’ADDA, *Fatto degli ausiliari (responsabilità e “rivalse”)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, 773, pubblicato anche con il titolo *Ausiliari, responsabilità solidale e “rivalse”*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361.

³⁸ In proposito si veda VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, *L’imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione*, II, Milano, 1998, 506 e in giurisprudenza, tra le tante, Cass., 28.12.2011, n. 29260, in *CED Cassazione*, 2011, secondo cui «L’azione civile per il risarcimento del danno, nei confronti di chi è tenuto a rispondere dell’operato dell’autore del fatto che integra una ipotesi di reato, è ammessa – tanto per i danni patrimoniali che per quelli non patrimoniali – anche quando difetti una identificazione precisa dell’autore del reato stesso e purché questo possa concretamente attribuirsi ad alcune delle persone fisiche del cui operato il convenuto sia civilmen-

conseguenza, la condotta pregiudizievole posta in essere dal preposto è imputabile al preponente solo in via indiretta configurando una forma di responsabilità per fatto altrui, espressione del principio della “tasca profonda” (c.d. “*deep pocket*”), per il quale i danni vengono imputati a quelle categorie di persone che sono maggiormente in grado di reggerne il peso³⁹.

5. Il regresso dell'ente ospedaliero sull'esercente la professione sanitaria

Le ragioni della netta dicotomia tra le due forme di responsabilità si riflettono nell'ambito dei rapporti interni tra debitore/committente ed ausiliario/comMESSO: occorre pertanto precisare se e in che limiti, il *solvens* (di regola il *dominus*) possa agire in regresso.

Nella fattispecie di cui all'art. 2049 c.c., come da approdo pacifico in giurisprudenza⁴⁰, il committente ed il commesso rispondono per titoli distinti ma uno solo di essi è l'autore del danno, di talché opera il modello della solidarietà ad interesse esclusivo. Il danneggiato è legittimato ad agire in risarcimento nei confronti di entrambi, sebbene di regola l'azione verrà esercitata nei riguardi del committente e della sua compagnia assicuratrice. Di conseguenza, il responsabile per fatto altrui – per definizione estraneo alla produzione dell'evento dannoso – che ha risarcito il pregiudizio in qualità di padrone o committente in ragione della

solidarietà verso il danneggiato, potrà esercitare l'azione di regresso, nei confronti dell'autore immediato del danno, per l'intera somma pagata⁴¹.

In tale ipotesi, dunque, non si verifica un concorso nella produzione del fatto dannoso e pertanto – fatte salve diverse regolazioni dei rapporti interni ostative all'esercizio del regresso – l'onere del risarcimento non si ripartisce tra i coobbligati in proporzione della rispettiva colpa ai sensi dell'art. 2055 c.c. (il quale consente di provare, in sede di regresso, la colpa maggiore o esclusiva dell'altro concorrente nella causazione materiale dell'illecito). Tale norma rende, invero, solidalmente responsabili gli autori di condotte illecite autonome ma convergenti nel cagionare il medesimo danno patito dal soggetto danneggiato⁴².

Al contrario, l'art. 1228 c.c. descrive una fattispecie nella quale è fondamentale accertare la preesistenza di un rapporto obbligatorio alla condotta dannosa d'inadempimento, essendo l'ausiliario un mero strumento del debitore al quale l'eventuale responsabilità contrattuale sarà imputata in via diretta, cioè per fatto proprio. Pertanto, nei rapporti interni di regresso occorrerà tenere in conto che il debitore ha assunto un'obbligazione che ha volontariamente delegato in fase esecutiva ad un suo ausiliario, di talché sarebbe astrattamente ipotizzabile negare il diritto ad essere tenuto inte-

te responsabile in virtù di rapporto organico; pertanto, ove il legale rappresentante di una società in accomandita semplice abbia commesso un reato nello svolgimento dell'attività sociale, del relativo danno rispondono civilmente anche la società ed i soci illimitatamente responsabili. In senso analogo si vedano Cass., 6.4.2002, n. 4951, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1513 e Cass., 10.2.1999, n. 1135, in *Giur. it.*, 2000, 507, con nota di PANDOLFINI.

³⁹ In proposito si vedano le considerazioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 489; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 49; GREMBI, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 449.

⁴⁰ In tal senso si vedano, tra le tante, Cass., 5.7.2017, n. 16512, in *Foro it.*, 2017, I, 3034 e Cass., 1.12.2016, n. 24567, in *CED Cassazione*, 2016.

⁴¹ La sentenza in commento in proposito è limpida nell'affermare che «*sebbene la norma di cui all'art. 2055 c.c., co. 2°, non detti alcuna disciplina del regresso nell'ipotesi di concorso tra responsabili senza colpa e colpevoli, deve riconoscersi che, dovendo escludersi in tal caso la possibilità di ripartire l'onere del risarcimento tra i coobbligati in proporzione a distinte colpe e quindi di attribuire al responsabile per fatto altrui (come il committente), per definizione estraneo alla produzione dell'evento dannoso, una qualsiasi porzione dell'onere nei rapporti interni col responsabile diretto del fatto dannoso, il responsabile mediato o indiretto, che ha risarcito il danno in ragione della solidarietà verso il danneggiato, potrà logicamente esercitare l'azione di regresso, nei confronti dell'autore immediato del danno, per l'intera somma pagata (Cass., 05/09/2005, n. 17763; conforme Cass., 01/12/2016, n. 24567 e Cass., 08/10/2008, n. 24802, ma già Cass. 12/02/1982, n. 856)*».

⁴² In proposito si veda GNANI, *L'art. 2055 c.c. e il suo tempo*, in *Danno e resp.*, 2001, 1037; ID., nel *Commentario al codice civile Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2005, sub art. 2055, 39, 187 e 201.

gralmente indenne per avere risarcito un danno, attesa la «immedesimazione dell'attività dell'ausiliario nella prestazione dovuta dal debitore»⁴³.

Traslando tali considerazioni nella materia della responsabilità dell'ente ospedaliero, il danno da *medical malpractice* sarebbe esclusivamente imputabile alla struttura sanitaria, senza diritto di regresso nei confronti del medico allorché la condotta imperita degli ausiliari sia strettamente esecutiva del programma terapeutico costituente oggetto dell'obbligazione assunta dall'ente. Tuttavia, la sentenza in commento rigetta tale soluzione, attesa la possibilità offerta nel nostro ordinamento di cumulare la responsabilità contrattuale della struttura con quella aquiliana nei confronti del medico. Del resto, nell'esecuzione della prestazione di norma il sanitario manifesta la propria autonomia professionale operativa per cui, ai fini del riparto interno di responsabilità, occorrerà riconoscere il giusto rilievo all'agire del medico.

Allo stesso modo, la pronuncia in epigrafe rifiuta l'ipotesi di imputare il pregiudizio al solo professionista anche in ipotesi di sua colpa esclusiva nella produzione dell'evento di danno, applicando il paradigma della corresponsabilità solidale contrattuale tra coobbligati.

Secondo la Corte di Cassazione, dunque, il peso dell'obbligazione risarcitoria dovrebbe ritenersi ripartito tra la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria anche in ipotesi di colpa esclusiva di quest'ultimo, a meno che la condotta di questi non sia totalmente divergente dal piano obbligatorio, ovvero si collochi al di fuori del perimetro programmatico di tutela della salute del paziente, condiviso con la struttura sanitaria («*si pensi al sanitario che esegua senza plausibile ragione un intervento di cardiocirurgia fuori della sala operatoria dell'ospedale*»).

Secondo tale assunto, il pregiudizio rinverrebbe la propria causa non solo nell'apporto individuale dell'ausiliario esercente la professione sanitaria, ma altresì nel *deficit* complessivo dei servizi resi dall'ente clinico nel cui ambito opera l'ausiliario,

limitando così il pericolo di “*overdeterrence*” in capo al medico. La responsabilità dell'ente ospedaliero risiederebbe, quindi, in precisi oneri organizzativi e di protezione dei pazienti che, lungi dall'essere ridotti a mera attività di fornitura di servizi di degenza o comunque accessori alla prestazione medica primaria, costituiscono parte essenziale della prestazione stessa.

Atteso che l'illecito dell'ausiliario è requisito costitutivo della responsabilità del debitore ai sensi dell'art. 1228 c.c., l'accertamento dell'inadempimento imputato all'esercente la professione sanitaria non fa venire meno i presupposti della responsabilità della struttura; ciò sia in relazione alla prestazione medica principale sia con riferimento agli altri obblighi derivanti dal contratto di ospedalità. Pertanto, ai fini della corretta identificazione del *quantum* del credito da regresso dell'ente ospedaliero nei confronti del professionista, dovrà aversi riguardo non solo al contributo personale all'illecito del sanitario che agisce all'interno dell'ente ma anche all'articolato apporto della struttura sanitaria, su cui grava il rischio insito nell'avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento di una propria obbligazione⁴⁴.

6. La misura della ripartizione interna della responsabilità tra coobbligati solidali

Secondo la sentenza in commento, fatti salvi i casi in cui la condotta dell'esercente la professione sanitaria sia del tutto discrepante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di ospedalità, tra questi e l'ente di cura sussisterà, dunque, un vincolo solidale in relazione all'obbligazione risarcitoria, in quanto soggetti – pur a diverso titolo – concorrenti nella produzione dell'evento lesivo. Pertanto, la pronuncia in epigrafe colloca l'azione proposta dall'ente nei confronti del professionista nell'ambito degli artt. 1298 e 2055 c.c.; di talché

⁴³ In questi termini si veda CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 162.

⁴⁴ In argomento si vedano Cass., 21.8.2018, n. 20829, in *Foro it.*, 2019, I, 1378; Cass., 29.3.2018, n. 7814, in *CED Cassazione*, 2018; Cass., 27.8.2014, n. 18304, in *Foro it.*, 2015, I, 232. Nella giurisprudenza di merito, *ex plurimis*, Trib. Milano, 4.9.2017, in *Leggitalia*.

qualora la struttura sanitaria – condebitore in solido – risarcisca il danno, potrà agire in regresso sul corresponsabile esercente la professione sanitaria. Giova, tuttavia, concentrare l'attenzione sull'inciso della sentenza in commento che aggancia la ripartizione interna della responsabilità «*sia pure in modo complessivamente analogico, al portato degli artt. 1298 e 2055 c.c.*», per evidenziare come tali norme poggiano su presupposti differenti e articolano il riparto interno in base a criteri non esattamente sovrapponibili.

Invero, una volta che uno dei debitori ha pagato per intero al creditore, estinguendo così l'obbligazione⁴⁵, la disciplina scolpita dagli artt. 1298-1299 c.c. in tema di obbligazioni solidali implica l'esclusione del diritto del *solvens* ad essere ristorato per l'intero in ipotesi di comunione d'interessi fra condebitori e, viceversa, il riconoscimento di un diritto di regresso integrale nei confronti del soggetto nel cui interesse esclusivo sia stata assunta l'obbligazione in ipotesi di interesse unisoggettivo⁴⁶.

Il meccanismo solidaristico che si esprime verso i rapporti esterni con il creditore, si riflette nei rapporti interni – per converso – secondo il principio di parziarietà, facendo riemergere il sostrato d'interessi sottostante all'obbligazione⁴⁷, la cui consistenza come comune o esclusivo costituisce una valutazione di mero fatto. Pertanto, qualora risulti che l'obbligazione sia stata assunta nell'interesse esclusivo di un solo condebitore, nei rapporti interni essa non si dividerà; quando, invece, vi siano più debitori ad avere interesse all'obbligazione il *solvens* avrà regresso per le rispettive quote. In

altre parole, nelle obbligazioni solidali ad interesse comune, aventi un'unica *causa obligandi*, il peso economico del debito si divide tra tutti nei rapporti interni, mentre in quelle “a interesse unisoggettivo” il peso economico resta a carico del solo debitore “interessato”⁴⁸, realizzandosi un'ipotesi di solidarietà “diseguale”⁴⁹ o “accidentale”⁵⁰. Il capoverso dell'art. 1298 c.c., al fine di semplificare il rapporto interno tra i consorti, dispone una presunzione *iuris tantum* di parità delle quote quale espressione di un principio di uguaglianza, parallelo a quello previsto dall'art. 1101 c.c. per i partecipanti alla comunione⁵¹.

Nell'ipotesi di *medical malpractice* si è già affermato che – atteso il c.d. contratto di ospitalità o di assistenza sanitaria tra struttura e paziente – si realizza un “concorso” improprio tra l'inadempimento di tale negozio e l'illecito aquiliano cui sia l'art. 7 della legge Gelli che la legge Balduzzi riconducono il rapporto tra l'esercente la professione sanitaria e il paziente. In tale ipotesi è comunque applicabile la regola dettata in via generale dall'art. 1298 c.c., secondo la quale l'obbligazione

⁴⁵ In proposito, si vedano le riflessioni di BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 60 e GORASSINI e SICLARI, *Di alcune specie di obbligazioni*, Napoli, 2013, 207.

⁴⁶ Si vedano per tutti, RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in *Le obbligazioni*, a cura di FRANZONI, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, 2004, 1240; RUBINO, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1985 (ristampa), *sub art.* 1306, 225; AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 224.

⁴⁷ In proposito si vedano BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 2019, 719, e ZINNO, *Le obbligazioni solidali e le dinamiche della «quota»*, Napoli, 2019, 73.

⁴⁸ Sul punto BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa (Profili sistematici)*, Milano, 1974, 53 e *Id.*, voce «Obbligazioni soggettivamente complesse», in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979, 335, sottolinea la differenza di struttura tra le obbligazioni soggettivamente complesse senza *eadem causa obligandi* e quelle che si traducono in un rapporto obbligatorio unitario, caratterizzato dalla contitolarità di più soggetti nel debito o nel credito.

⁴⁹ Tale espressione è usata da CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, 63.

⁵⁰ In questi termini si esprime TRAVAGLINO, *Transazione e obbligazioni solidali*; in *Corr. giur.*, 2012, 313.

⁵¹ In argomento, ancora BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa (Profili sistematici)*, cit., 368, osserva: «La presunzione di eguaglianza delle quote dei vari consorti – ivi stabilita per il caso in cui non risulti diversamente – non va intesa come mero criterio suppletivo, privo di ogni altro significato che non sia quello di colmare una eventuale lacuna della fonte dell'obbligazione in ordine alla misura delle singole quote. Essa costituisce, soprattutto, un vecchio principio generale in materia di comunione e, nella sua sfera, rappresenta un segno indubbio dell'intento del legislatore di favorire, in via dispositiva, una partecipazione paritaria dei vari consorti all'obbligazione soggettivamente complessa, fin dal momento della sua costituzione».

in solido si divide tra i diversi debitori in parti che si presumono eguali «se non risulti diversamente». Ora, nella fattispecie inerente la responsabilità sanitaria, avuto riguardo alla regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dai soggetti condebitori in solido, il trattamento sanitario in favore del paziente-creditore è indefettibilmente attuabile solo con l'esecuzione congiunta delle prestazioni incombenti sia sulla struttura sanitaria che sull'esercente la professione sanitaria. Pertanto, l'ente ospedaliero risponderrebbe solidalmente del proprio operato contrattualmente per fatto proprio sia in caso di inadempimento delle proprie obbligazioni strumentali, indipendentemente ed a prescindere dalla concorrente responsabilità del professionista sia – ancora per fatto proprio – in ragione dell'inadempimento del professionista, ausiliario necessario della struttura sanitaria ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. Di conseguenza, non è ragionevolmente predicabile che l'obbligazione solidale risarcitoria sia contratta nell'interesse esclusivo di uno solo dei consorti⁵².

Ovviamente, ai fini della ripartizione interna delle parti dell'obbligazione solidale, la struttura sanitaria potrà provare il proprio esatto adempimento, dimostrando così una diversa incidenza del fatto del proprio inadempimento rispetto a quello del professionista, in modo da superare la presunzione di riparto paritario dell'obbligazione o anche escludere *in toto* la responsabilità stessa della struttura.

È, invece, differente il parametro ai fini della ripartizione interna del peso del risarcimento tra i corresponsabili nell'ipotesi di responsabilità solidale tra i coautori del fatto dannoso ai sensi dell'art. 2055 c.c. Invero, per determinare la misura del diritto di regresso in capo al *solvens* si ha riguardo non già all'interesse fra i condebitori bensì alla gravità delle rispettive colpe e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Non si tratta di un'eccezione alla regola dell'irrilevanza del grado della colpa nella quantificazione del

risarcimento, in quanto in tale norma la colpa si atteggia a parametro di ripartizione interna della responsabilità. Inoltre, il comma 3° della stessa norma stabilisce una presunzione relativa di parità delle quote operante in via sussidiaria e non di principio (come invece nell'art. 1298, comma 2°, c.c.).

Come rammentato dalla sentenza in commento, l'art. 2055 c.c. opera in presenza di disomogeneità di titoli di responsabilità in capo ai condebitori e anche nel caso – come quello della *medical malpractice* – in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁵³, muovendo dal principio di equivalenza dei criteri d'imputazione⁵⁴.

L'art. 2055 c.c. consente di calibrare il peso della contribuzione della struttura sanitaria e del professionista determinando la misura del regresso con una valutazione complessiva che tiene conto non solo del grado di responsabilità dei singoli coobbligati ma anche degli effetti prodotti, vale a dire i «danni derivanti dalla lesione dell'interesse giuridicamente protetto»⁵⁵, scongiurando così che l'applicazione di uno solo dei due criteri comporti conseguenze inique (es. colpa lieve che ha causato un rilevante pregiudizio). La residuale presunzione *iuris tantum* di pari contribuzione al danno

⁵² In tal senso Trib. Milano, 2.8.2018, in *Pluris*; Trib. Milano, 16.2.2018, *ivi*; Trib. Milano, 12.1.2018, n. 266, Nota di aggiornamento, 29 gennaio 2018, in *www.rivistaresponsabilitamedica.it*.

⁵³ Sul punto la Cass., 17.1.2019, n. 1070, in *CED Cassazione*, citata dalla sentenza in commento, ha affermato che «per il sorgere della responsabilità solidale dei danneggianti l'art. 2055 c.c., co. 1°, richiede solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano tra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone, anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale e extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma suddetta deve essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle norme giuridiche da essi violate (Cass., 16 dicembre 2005, n. 27713; Cass., 14 gennaio 1996, n. 418)». In senso analogo, meno recentemente, vedasi Cass., 9.2.1999, n. 1087, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1357. In dottrina si vedano le riflessioni di FRANZONI, *L'illecito*, nel *Trattato resp. civ.*, diretto da FRANZONI, I, Milano, 2010, 143.

⁵⁴ Si veda in proposito MARULLO DI CONDOJANNI, *Art. 2055 – Responsabilità solidale*, a cura di CARNEVALI, nel *Commentario del cod. civ.*, diretto da GABRIELLI, *Dei fatti illeciti. Artt. 2044-2059*, Milano, 2011, 449.

⁵⁵ COSÌ, ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 284.

da parte dei condebitori solidali implica che, ai fini del regresso nel rapporto interno tra condebitori solidali, il *solvens* abbia l'onere di dimostrare la diversa misura delle colpe e delle conseguenze cagionate⁵⁶.

7. La ripartizione paritaria della responsabilità secondo la Cass. n. 28987/2019

Nonostante il richiamo all'art. 2055 c.c., la Suprema Corte – confermando l'orientamento sulla distribuzione della colpa già diffuso presso parte della giurisprudenza milanese⁵⁷ – formula il principio di diritto per cui «*in tema di danni da malpractice medica nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017 nell'ipotesi di colpa esclusiva del medico la responsabilità dev'essere paritariamente ripartita tra struttura e sanitario nei conseguenti rapporti tra gli stessi, eccetto che negli eccezionali casi d'inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza dal programma condiviso di tutela della salute cui la struttura risulti essersi obbligata*».

Secondo la Corte di Cassazione, dunque, l'obbligazione solidale risarcitoria, *id est* il costo finale del risarcimento, graverebbe *pro quota* per il 50% sulla struttura sanitaria anche qualora questa abbia esattamente adempiuto alle proprie obbligazioni strumentali inerenti alla somministrazione dei servizi accessori. Invero, seguendo l'indirizzo della Suprema Corte, in una offerta sanitaria cumulativa ed integrata quale quella dell'ente e del medico, la struttura dovrebbe comunque sopportare la quota di responsabilità connessa all'obbli-

go derivante dal contratto di ospitalità di avvalersi di professionisti autorizzati ad operare per proprio conto, fatto salvo «*l'evidente iato tra (grave e straordinaria) malpractice e (fisiologica) attività economica dell'impresa, che si risolve in vera e propria interruzione del nesso causale tra condotta del debitore (in parola) e danno lamentato dal paziente*».

È evidente come tale soluzione tenda ad avvicinare la responsabilità sanitaria ad un regime caratterizzato da un parametro oggettivo di responsabilità, escludendo di fatto, sul piano dei rapporti interni, il diritto ad un regresso integrale della struttura nei confronti del medico. Tale soluzione pare, tuttavia, dettata, più che dalla rigorosa applicazione delle norme positive, da ragioni equitative ancorate – come si è detto – ad una sorta di “*deep pocket rule*”, di talché, in vista d'una efficiente ripartizione dei rischi di danno, si preferisce porlo a carico di chi è nella migliore condizione per evitarli e gestirli. È, invero, noto che gli enti che erogano servizi sanitari in forma organizzata sono reputati i soggetti più idonei sui quali canalizzare la responsabilità per *medical malpractice* in quanto, oltre ad essere maggiormente solvibili, sono in grado di assumere provvedimenti in termini di riduzione dei costi grazie anche all'internalizzazione degli stessi nonché – come detto – in termini di prevenzione e di gestione dei danni. Pertanto, in ultima analisi, il peso della responsabilità gravante sulla struttura sanitaria viene limitato comunque alla metà del costo del danno in quanto all'adempimento delle obbligazioni dell'ente è collegata la remunerazione della prestazione promessa che comprende altresì il rischio d'impresa, secondo il richiamato adagio *cuius commoda eius et incommoda*⁵⁸.

⁵⁶ L'onere della prova delle circostanze volte a superare l'eventuale situazione di dubbio spetta a quella delle parti che vi abbia interesse: così «*l'interesse sarà dell'attore se pretenda il rimborso di una somma superiore alla metà; sarà del convenuto se intende opporsi ad una richiesta pari alla metà, opponendo la propria totale assenza di colpa ovvero il grado inferiore di questa, poiché trattasi di fatto impeditivo della presunzione di pari concorso di colpa*» (in questi termini, Cass., 10.2.2017, n. 3626, in *CED Cassazione*, 2017).

⁵⁷ Si vedano Trib. Milano, 20.9.2018; Trib. Milano, 14.6.2018; entrambe a quanto consta inedite, nonché Trib. Milano, 18.6.2019, in *Leggiditalia*.

⁵⁸ In giurisprudenza il principio *cuius commoda eius et incommoda* è più volte richiamato con riferimento agli artt. 1228 e 2049 c.c. In particolare, secondo Cass., 6.6.2014, n. 12833, in *CED Cassazione*, 2014, «*Come questa Corte ha già avuto più volte modo di affermare, in base alla regola generale di cui agli artt. 1228 e 2049 c.c., il debitore il quale nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (v. Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 4/3/2004, n. 4400; Cass., 8/1/1999, n. 103), ancorché non siano alle sue dipenden-*

Tuttavia, la soluzione adottata nella sentenza in commento desta perplessità avendo riguardo ai criteri previsti dal comma 2° dell'art. 2055 c.c. nonché alla presunzione *iuris tantum* di parità delle quote di cui al comma 3° della stessa norma, che – come anticipato – opera in via sussidiaria e residuale.

Invero, la Corte afferma che per ritenere superata tale presunzione «*non basta escludere la corresponsabilità della struttura sanitaria sulla base della considerazione che l'inadempimento fosse ascrivibile alla condotta del medico, ma occorre considerare il duplice titolo in ragione del quale la struttura risponde solidalmente del proprio operato, sicché sarà onere del solvens dimostrare non soltanto la colpa esclusiva del medico, ma la derivazione causale dell'evento dannoso da una condotta del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di ospedalità*». In altre parole, per il riconoscimento di un diritto di regresso in misura integrale – o comunque di differente graduazione rispetto alla divisione paritaria – l'ente (ove foss'esso il *solvens*) deve provare

la sussistenza di elementi tali da interrompere il nesso causale tra la condotta del professionista e quella della struttura sanitaria, dimostrando che il fatto lesivo sia riconducibile in via esclusiva alla *malpractice* del professionista.

Con tale conclusione, nondimeno, non pare che la Suprema Corte faccia buon governo del complessivo meccanismo previsto dai commi 2° e 3° dell'art. 2055 c.c. al fine di graduare la misura del diritto di regresso tra gli obbligati in solido. Là dove la sentenza stabilisce che «*in assenza di prova [...] in ordine all'assorbente responsabilità del medico intesa come grave, ma anche straordinaria, soggettivamente imprevedibile e oggettivamente improbabile* "malpractice", dovrà, pertanto, farsi applicazione del principio presuntivo di cui sono speculari espressione l'art. 1298, co. 2°, c.c. e l'art. 2055, co. 3, c.c.» parrebbe ammettere come alternativa alla prova dell'esclusiva responsabilità del medico per grave e straordinaria negligenza unicamente la divisione paritaria dell'obbligazione solidale⁵⁹. Addirittura, la Corte si spinge ad affermare «*l'impraticabilità di un diritto di rivalsa integrale della struttura nei confronti del medico*». Applicando le norme codicistiche, la modulazione interna della responsabilità dovrebbe, invece, in primo luogo essere commisurata alla gravità della colpa e all'entità delle sue conseguenze in ragione dell'art. 2055, comma 2°, c.c.; solo l'incertezza in ordine al concreto operare nel caso specifico di tali parametri dovrebbe giustificare una presunzione di eguaglianza delle colpe dei condebitori solidali. Pertanto, occorrerà accertare in che misura il pregiudizio subito dal paziente sia causalmente imputabile al professionista e alla struttura con rife-

ze (v. Cass., 11/12/2012, n. 22619; Cass., 21/2/1998, n. 1883; Cass., 20/4/1989, n. 1855). La responsabilità per fatto dell'ausiliario (e del preposto) prescinde, infatti, dalla sussistenza di un contratto di lavoro subordinato, essendo irrilevante la natura del rapporto tra i medesimi sussistente ai fini considerati, fondamentale rilevanza viceversa assumendo la circostanza che dell'opera del terzo il debitore comunque si avvalga nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo la medesima a disposizione del creditore (v., da ultimo, con riferimento a diversa fattispecie, Cass., 26/5/2011, n. 11590), sicché la stessa risulti a tale stregua inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio. La responsabilità che dall'esplicazione dell'attività di tale terzo direttamente consegue in capo al soggetto che se ne avvale riposa, invero, sul principio cuius commoda cuius et incommoda, o, più precisamente, dell'appropriazione o 'avalimento' dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino». Analogamente, benché con riferimento alla responsabilità oggettiva di cui all'art. 2049 c.c., Cass., 4.12.2012, n. 21724, in *Pluris*, evidenzia che «*Come è noto il fondamento di siffatta regolamentazione è la scelta, di carattere squisitamente 'politico', di porre a carico dell'impresa – come componente dei costi e dei rischi dell'attività economica – i danni cagionati da coloro della cui prestazione essa si avvale per il perseguimento della sua finalità di profitto, in conformità al brocardo per cui ubi commoda, ibi incommoda*».

⁵⁹ Si vedano in proposito le osservazioni di ZORZIT, *La rivalsa delle strutture sanitarie: le oscillazioni della giurisprudenza e l'intervento della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2019, 745, criticando l'orientamento che parrebbe «rovesciare l'ordine dei criteri ed attribuire priorità al comma 3 della norma, dando per supposta una "situazione di dubbio" che, forse, non c'è (essendo appunto stato appurato che la lesione è stata cagionata, in via esclusiva da un errore del chirurgo)». In senso parzialmente analogo, si veda D'ADDA, *I limiti alla rivalsa della struttura sanitaria sul medico (e del debitore sul proprio ausiliario): la Suprema Corte si confronta con il sistema della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2020, 59.

rimento agli obblighi organizzativi e di gestione logistica delle risorse, senza trascurare di verificare la portata degli effetti scaturiti dagli adempimenti di ciascuno, criterio equipollente a quello della colpa *ex art.* 2055, comma 2°, c.c. Sicché a seconda del concreto atteggiarsi delle fattispecie si dovrà riconoscere in capo alla struttura sanitaria un diritto di regresso integrale o escluderlo del tutto o ancora ammetterlo in una determinata misura percentuale, adottando il *modus discessus* della presunzione del concorso paritario solo in ipotesi di effettivo dubbio sull'effettiva proporzione della ripartizione della responsabilità.

In ultima analisi, perché sia riconosciuto un diritto al regresso (integrale o in misura superiore alla metà) l'ente sanitario che agisca "in rivalsa" avrà l'onere di allegare non già la «grave e straordinaria malpractice» tale da interrompere il nesso causale tra la condotta dell'ente e il danno (con conseguente esclusione già "a monte" della responsabilità della struttura *ex art.* 1228 c.c.) ma di provare anche "solo" una condotta colposa dell'esercente la professione sanitaria nonché l'entità delle conseguenze che ne sono scaturite maggiore rispetto alla colpa e agli effetti a sé riferibili, potendosi, quindi, ammettere che sia il professionista a sopportare il maggior costo del danno⁶⁰.

⁶⁰ In proposito, recentemente la Cass., 27.9.2019, n. 24167, in *Ri.da.re*, 2019, con nota di ALTOMARE, *I limiti dell'azione di regresso della struttura verso il medico libero professionista che opera al suo interno* ha, invero, stabilito che «Laddove la struttura sanitaria, correttamente evocata in giudizio dal paziente che, instaurando un rapporto contrattuale, si è sottoposto ad un intervento chirurgico all'interno della struttura stessa, sostenga che l'esclusiva responsabilità dell'accaduto non è imputabile a sue mancanze tecnico-organizzative ma esclusivamente alla imperizia del chirurgo che ha eseguito l'operazione, agendo in garanzia impropria e chiedendo di essere tenuta indenne di quanto eventualmente fosse condannata a pagare nei confronti della danneggiata, ed in regresso nei confronti del chirurgo, affinché, nei rapporti interni si accerti l'esclusiva responsabilità di questi nella causazione del danno, è sul soggetto che agisce in regresso a fronte di una responsabilità solidale che grava l'onere di provare l'esclusiva responsabilità dell'altro soggetto. Non rientra invece nell'onere probatorio del chiamato l'onere di individuare precise cause di responsabilità della clinica in virtù delle quali l'azione di regresso non potesse essere, in tutto o in parte, accolta».

Altrimenti opererà la presunzione di ripartizione paritaria della responsabilità.

8. Conclusioni: regresso e rivalsa prima e dopo la c.d. legge Gelli

Come premesso, la sentenza n. 28987/2019 si riferisce ad una fattispecie verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della legge Gelli n. 24/2017 «che non prevede, peraltro, effetti retroattivi»⁶¹, la quale all'art. 9 ha introdotto l'azione di rivalsa della struttura nei confronti del medico⁶². Secondo il suo tenore letterale tale norma sembra presupporre che il danneggiato abbia proposto la domanda risarcitoria soltanto nei confronti della struttura sanitaria e che l'esercente la professione sanitaria, oltre a non essere stato originariamente convenuto in giudizio, non sia neppure intervenuto volontariamente (art. 105 c.p.c.) e non sia stato chiamato in causa (art. 106 c.p.c.).

L'art. 9, comma 2°, vincola l'azione di rivalsa a una serie di presupposti sostanziali e limitazio-

⁶¹ Coerentemente con il principio di diritto affermato da un'altra sentenza "di San Martino": Cass., 11.11.2019, n. 28994, in *CED Cassazione*, 2019.

⁶² La previsione e la disciplina dell'azione di rivalsa costituiscono elementi di novità della legge n. 24/2017. Per un'accurata analisi della disciplina della rivalsa di cui alla legge n. 24/2017 si vedano le lucide riflessioni di PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 2018, 139; D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, cit., 773; CHESSA, *La c.d. "azione di rivalsa" nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 2019, 403; FRANZONI, *La responsabilità civile del personale medico dopo la legge Gelli*, cit., 345; MARTINI, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, in *La nuova responsabilità professionale in Sanità. Commentario alla Riforma Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, a cura di GENOVESE e MARTINI, Santarcangelo di Romagna, 2017, 100; PARI, *L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria: le novità introdotte dalla l. n. 24/2017*, in questa *Rivista*, 2017, 365; BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, in BENCI *et al.*, *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 24/2017*, Roma, 2017, 121. Per una più generale analisi degli effetti positivi e negativi della legge n. 24/2017, si vedano PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, a cura di VOLPE, cit., 37.

ni processuali. In primo luogo, il presupposto sostanziale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria è costituito dal dolo o dalla colpa grave. L'azione può essere esercitata soltanto successivamente al pagamento del risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale, a pena di decadenza entro un anno dall'avvenuto pagamento. Sotto il profilo processuale, inoltre, nel giudizio in cui non sia stato parte il medico, (i) le prove assunte non possono assurgere neppure ad argomenti di prova, (ii) la sentenza non fa stato in ordine ad alcun accertamento o statuizione e (iii) neppure la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria. Al fine di graduare la misura della responsabilità dei coautori dell'illecito, nella disciplina anteriore alla legge Gelli (che, come affermato al primo paragrafo, non si applica retroattivamente), la struttura sanitaria convenuta dal paziente danneggiato ha il diritto "recuperare" l'esborso risarcitorio chiamando in causa il professionista proprio ausiliario senza i menzionati presupposti.

Si comprende, pertanto, come la sentenza in commento, concentrandosi sui presupposti e sul *quantum* del diritto di regresso in una fattispecie *ante* legge n. 24/2017, tenti di circoscrivere la possibilità per la struttura di recuperare l'intero esborso risarcitorio nei riguardi dell'esercente la professione sanitaria, sebbene deviando – come si è tentato di illustrare – dai parametri previsti dall'art. 2055, commi 2° e 3°, c.c.: è del resto evidente il proposito di contrastare efficacemente il fenomeno della c.d. medicina difensiva⁶³, altrimenti incentivato da un'azione di regresso senza limiti soggettivi o quantitativi, invece previsti – benché con numerosi profili di criticità⁶⁴ – dalla legge Gelli.

⁶³ Un'analisi del fenomeno, in considerazione della diffusione del fenomeno negli Stati Uniti, è realizzata da STUDDERT, *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment* 2005 (286) *JAMA* 2609. Recentemente, si veda l'approfondito saggio di MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 189.

⁶⁴ Per un'approfondita analisi critica dei presupposti dell'azione di rivalsa introdotti dalla legge n. 24/2017 si rinvia a PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 139.