

Introduzione

La responsabilità civile del medico, degli enti ospedalieri, delle strutture sanitarie private, è sempre stato uno dei temi sui quali dottrina e giurisprudenza si sono dibattute.

Nella vivace analisi giuridica anche il legislatore si inserisce, cercando di “mettere ordine” ad una materia il cui il bilanciamento degli interessi dei soggetti protagonisti non è scontato.

Volgendo lo sguardo alla Costituzione, il diritto alla salute, sancito dall’art. 32, si presenta come il punto cardine per comprendere la portata e la *ratio* dei vari istituti giuridici, interventi legislativi ed orientamenti giurisprudenziali che interessano la materia della responsabilità civile del medico.

La prima parte dell’elaborato si occupa dell’analisi della disposizione Costituzionale suddetta, ed è volta a descrivere un esatto contenuto della responsabilità del medico.

Il diritto alla salute si risolve nella pretesa che i terzi si astengano dal compiere qualunque comportamento pregiudizievole dell’integrità personale. Per questo motivo, ci si sofferma sulla risarcibilità di tale danno inteso come pregiudizio al bene salute che trova tutela nella Carta costituzionale.

Inoltre, si intende analizzare le varie figure dai soggetti che possono essere convenuti in giudizio, dai pazienti che ritengono di aver subito un danno nel corso di un trattamento sanitario.

Nei giudizi di risarcimento per *medical malpractice* sarà pertanto necessario individuare chi sono i soggetti responsabili, la natura della responsabilità e la quantificazione del danno risarcibile.

Rilevante ai fini della delimitazione del campo di indagine è l’analisi circa il superamento della distinzione dell’obbligazione del medico tra quelle di mezzi e di risultato.

Nella seconda parte dell’elaborato vengono, invece, affrontate le innovazioni legislative apportate negli anni e gli orientamenti giurisprudenziali che sono stati determinanti nella risoluzione delle controversie.

In particolare, ci si sofferma su due importanti pronunce della Corte di Cassazione, la Sentenza della 22 gennaio del 1999, con la quale la Suprema Corte ipotizza l’importante teoria del “contratto sociale” tra medico dipendente della struttura sanitaria e paziente, arrivando così ad una contrattualizzazione della responsabilità, e la Sentenza n.577 del 2008, in cui gli Ermellini inquadrano una responsabilità autonoma della struttura sanitaria in virtù del “contratto di ospedalità” che si instaura tra l’ente ospedaliero ed il paziente.

Il legislatore prima con la Legge n.158 del 2012, la c.d. Legge Balduzzi, e successivamente con la Legge n.24 del 2017, la c.d. Legge Gelli-Bianco, ha cercato di porre un argine al fenomeno della “medicina difensiva” per frenare il dilagante contenzioso in materia di responsabilità civile del medico.

Nell’elaborato viene analizzata una delle principali novità introdotte dai due interventi normativi: il richiamo legislativo delle linee guida e delle buone pratiche clinico assistenziali ai fini dell’individuazione del comportamento rilevante per la sussistenza di responsabilità civile del medico e della struttura.

Inoltre, viene descritto il sistema di responsabilità civile “a doppio binario” introdotto dalla novella legislativa, che dispone una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria ed una responsabilità extracontrattuale del medico dipendente della struttura ospedaliera.

In conclusione, l’accento viene posto sulla pandemia che ha avuto origine nel 2020, esaminando come quest’ultima abbia impattato non solo da un punto di vista medico e sociale, ma soprattutto da un punto di vista giuridico.

Sorge, infatti, l’esigenza di verificare se in materia di responsabilità medica l’ordinamento contenga delle soluzioni idonee a dare risposte a quei soggetti che ritengano di aver subito un danno. A tal proposito vengono analizzate delle situazioni che si sono verificate nel contesto emergenziale: i contagi nosocomiali, la mancanza di linee guida accreditate dalla Comunità Scientifica, la scarsità di risorse ed il conseguente pregiudizio di coloro che non hanno potuto usufruire delle cure necessarie.

Uno dei principali problemi sollevati da vari esponenti della scienza giuridica è il rischio di una “pandemia giudiziaria” in conseguenza delle azioni che potrebbero essere esperite da quei soggetti che ritengano di aver subito un danno.

Ci si domanda quale sia la condotta esigibile dalle strutture sanitarie e dei medici al verificarsi di tali eventi imprevedibili, soffermandosi sui vari “interventi emergenziali” del legislatore.

Capitolo I

La responsabilità medica

1.1 Fondamento e soggetti

È dalla Carta costituzionale, nel rispetto della gerarchia delle fonti, che occorre muovere per un esatto esame circa il contenuto ed il fondamento della responsabilità medica.

L'art. 32 Cost. dispone infatti che «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

La collocazione della norma nel Titolo II della Parte I (“dei diritti e doveri dei cittadini”) e l'aggettivo “fondamentale” rileva la scelta del Costituente di riconoscere alla salute la natura di bene primario e rilevante per l'ordinamento giuridico.

L'art. 32 va letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Forte è la connessione tra tali articoli in quanto il diritto alla salute, come diritto sociale fondamentale, è tutelato dall'art. 2 della Costituzione¹; ulteriore collegamento lo rinveniamo con l'art. 3 della Costituzione², in particolare in relazione al valore della dignità umana.

Fatta tale premessa, è possibile affermare che la salute è l'unico diritto che la Costituzione espressamente qualifica come “fondamentale”, in quanto presupposto irrinunciabile per la piena realizzazione della persona umana e nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali. Tale riconoscimento porta con sé una serie di conseguenze giuridiche: esso è inalienabile, intrasmissibile, indisponibile ed irrinunciabile.

Caratteristica del diritto alla salute è quella di essere proteiforme, data la pluralità e l'eterogeneità di situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente in esso garantite. Possiamo distinguere una pretesa negativa dell'individuo affinché i terzi si astengano da comportamenti pregiudizievoli per la sua integrità psico-fisica, dalla pretesa positiva dell'individuo affinché lo Stato predisponga le strutture ed i mezzi terapeutici necessari a garantire le cure adeguate a tutti, gratuite agli indigenti, ed ancora, nei confronti dello Stato, si sostanzia un'ulteriore pretesa negativa dell'individuo a non essere costretto a ricevere trattamenti sanitari, se non quelli a carattere obbligatorio volti a tutelare la collettività.

¹«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

² «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

In una prima accezione, dunque, la salute da garantire ai sensi dell'art. 32 Cost., è l'integrità della persona, non solo nella dimensione corporea, da intendersi in mere lesioni fisiche, ma nella più complessa dimensione del benessere che deriva dall'equilibrio tra soma e psiche³.

Il diritto alla salute si risolve, allora, nella pretesa che i terzi si astengano da qualunque comportamento pregiudizievole dell'integrità personale.

Si tratta di un diritto soggettivo primario, assoluto, direttamente azionabile dinanzi all'autorità giudiziaria senza la necessità dell'intervento del legislatore, essendo tutelato direttamente da una norma precettiva di rango costituzionale.

Per comprendere fondamento e contenuto della responsabilità medica civile, in chiusura, bisogna soffermarsi sulla risarcibilità di tale danno, inteso dalla giurisprudenza come danno al bene salute in sé, a prescindere dalle conseguenze che il fatto lesivo possa generare sulla capacità reddituale del danneggiato.

1.2 La responsabilità del medico

Conditio sine qua non per comprendere la responsabilità medica è l'esatta individuazione giuridica della natura di tale responsabilità.

Nel nostro ordinamento, in genere, distinguiamo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La prima trova la sua fonte giuridica nel contratto, così come sancita dall'art. 1218 del Codice civile, che recita: «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione da causa a lui non imputabile».

La seconda, invece, trova il suo fondamento nell'art. 2043 del Codice civile, che codifica il divieto del *neminem laedere*, e in particolare dispone: «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Per ciò che concerne la responsabilità medica si fa generalmente riferimento ad un sistema composito di regole che disciplina le diverse ipotesi di responsabilità del medico, del personale sanitario e delle strutture sanitarie nei confronti del paziente destinatario di prestazioni mediche di vario tipo. L'espressione, pertanto, designa un complesso di fenomeni e rapporti che va ben oltre l'area tradizionalmente circoscritta come "responsabilità del medico"⁴.

³Tripodina, *Commento art.32 della Costituzione*.

⁴De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*.

Un primordiale orientamento della giurisprudenza ipotizzò una *summa divisio* tra responsabilità della struttura sanitaria e la responsabilità del medico che in essa operava.⁵ La responsabilità della struttura sanitaria veniva fatta ricadere nell'alveo della responsabilità contrattuale in forza dell'obbligazione sorta tra il paziente e la struttura, i quali stipulavano un contratto detto anche "contratto di ospitalità".

Il medico, invece, che opera all'interno della struttura, essendo estraneo dalla venuta in essere del contratto, veniva fatto ricadere nel sistema della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c..

Tale distinzione è di fondamentale importanza sia da un punto di vista sostanziale sia da un punto di vista processuale.

L'erogazione della prestazione sanitaria va dunque a generare una pluralità di rapporti giuridici ai quali corrispondono diversi regimi di responsabilità a carico del medico o della struttura sanitaria.

Le problematiche connesse a tale disciplina possono trovare una soluzione andando ad individuare la natura del rapporto e le diverse tipologie dello stesso che si vanno ad instaurare tra il paziente, il medico e la struttura sanitaria.

Possiamo distinguere: il rapporto tra il medico libero professionista (non dipendente dalla struttura) con il paziente, il medico dipendente di una struttura sanitaria con il paziente, il medico in regime intramurario con il paziente, ed infine il rapporto tra la struttura sanitaria ed il paziente.

Nei giudizi per il risarcimento del danno causati da *medical malpractice* sarà, pertanto, necessario individuare i responsabili e la natura della responsabilità, per verificare come rispondono i vari centri di imputazione di responsabilità.

Prima di analizzare i tipi di rapporti appena descritti, occorre premettere che ciò che si esclude fermamente è la possibilità di riconoscere in capo al medico una responsabilità oggettiva, in primo luogo perché questa è riconosciuta nel nostro ordinamento solo in casi eccezionali.

In secondo luogo, perché storicamente e teleologicamente è collegata alla responsabilità d'impresa.

Infine, perché il legislatore ripugna ricollegare ipotesi risarcitorie non determinate da dolo o colpa, in quanto un siffatto riconoscimento scoraggerebbe un'attività fondamentale nell'ambito dell'organizzazione sociale⁶.

⁵Cass. Civ. sent. n. 879/1941

⁶Alpa in *La responsabilità medica di De Luca-Galione-Maccioni*.

1.3 La responsabilità del medico professionista con il paziente

Il primo tipo di rapporto analizzato è quello che intercorre tra il medico libero professionista (non dipendente della struttura sanitaria) ed il paziente.

Il medico, in questo caso, presta la sua attività al di fuori di strutture sanitarie pubbliche o private.

Le ipotesi che rientrano in questo schema sono molteplici: si pensi a tutti quei medici che offrono i loro servizi nel loro studio privato, come oculisti, dentisti, ginecologi. Tale rapporto intercorre, dunque, ogni qual volta il libero professionista esegue prestazioni di carattere sanitario nel proprio studio privato.

Il rapporto che si instaura in questo caso tra medico e paziente viene considerato di natura contrattuale, come sancito nell'art. 1218 del Codice civile.

La fonte della responsabilità che si instaura tra il medico libero professionista ed il paziente è generalmente individuata nel contratto d'opera intellettuale regolato dal Codice civile all'art. 2230 c.c.⁷, la cui disciplina normativa è rinvenibile dal combinato delle norme sul contratto d'opera in generale ed il contratto d'opera intellettuale⁸.

Da un punto di vista squisitamente civilistico è possibile inquadrare il rapporto medico libero professionista - paziente qualificando il contratto come bilaterale, sinallagmatico, essenzialmente oneroso, consensuale e ad effetti obbligatori.

Il professionista si obbliga a compiere le prestazioni dedotte in contratto ed il paziente è tenuto a corrispondere il relativo compenso.

Sotto il profilo strettamente formale il contratto è valido anche se è compiuto verbalmente, modalità di conclusione maggiormente ricorrente nella prassi.

Il rapporto tra medico e paziente è tradizionalmente costituito come rapporto contrattuale di diritto privato, in cui la regola generale dell'adempimento risiede nell'usare la diligenza del buon padre di famiglia. Se si tratta però di un'attività professionale, come nel caso di specie, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata⁹.

Ma, più specificamente, tale contratto è di prestazione professionale: ne deriva che, in applicazione dell'art. 2236 c.c., se la prestazione è tecnicamente facile si esigono dal professionista tutti gli atti idonei a perseguire il risultato dovuto; se essa invece è difficile si possono pretendere soltanto quegli atti che rientrano nella capacità del buon professionista della sua categoria¹⁰.

⁷«Il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente».

⁸«Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV».

⁹Art. 1176 c.c.

¹⁰Stanzione, *Attività sanitaria e responsabilità civile*.

Non è controverso il principio sancito dalla Suprema Corte secondo cui tra medico ed infermo che si affida alle sue cure intercorre un rapporto contrattuale, il quale importa da una parte il dovere giuridico del sanitario di prestare l'opera sua con la maggior possibile diligenza, dall'altra il dovere giuridico di compensare adeguatamente le prestazioni professionali del primo¹¹.

La bontà di tale tesi è stata ribadita dagli "Ermellini" nel 1999. Fornendo anche una prospettiva comparatista, sottolineando la differenza con gli ordinamenti di *Common Law*, la Corte ribadiva che la responsabilità professionale del medico, contrariamente a ciò che avviene negli ordinamenti dell'area di *Common Law* (ove persiste la tendenza a radicare la detta responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana), nei paesi dell'area romanistica, come nel nostro ordinamento, si inquadra la suddetta responsabilità nell'ambito contrattuale.

1.4 La responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria con il paziente

L'inquadramento del rapporto che intercorre tra il medico che presta la propria attività all'interno di una struttura ospedaliera, pubblica o privata, ed il paziente che si rivolge alla struttura, appare più complesso rispetto al rapporto descritto nel paragrafo precedente.

Innanzitutto, possiamo distinguere tre diverse teorie che si sono susseguite negli anni, sia in giurisprudenza che in dottrina, per individuare il tipo di responsabilità del medico in tale rapporto: la teoria extracontrattuale, contrattuale e quella del cumulo.

La teoria extracontrattuale, un tempo prevalente in giurisprudenza, oggi risulta positivizzata all'art. 7 co. 3 della l. n.24 del 2017¹² che fa discendere la natura aquiliana del rapporto tra medico-dipendente e paziente dalla circostanza che il rapporto contrattuale si instaura direttamente fra l'ente (ospedali e case di cura) e il paziente, non rilevandosi alcun tipo di rapporto contrattuale tra medico e paziente.

La dottrina sostenitrice di tale teoria asserisce che «l'inquadramento più corretto della responsabilità del personale sanitario è nel senso della sola applicazione dell'art. 2043 c.c., perché il rapporto contrattuale si instaura quasi sempre direttamente fra l'ente ed il paziente, non fra il medico ed il suo cliente».¹³

¹¹Cass. Civ. sent. n. 879/1941

¹²«L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del Codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'articolo 590**sexies** del Codice penale, introdotto dall' articolo 6 della presente legge».

¹³Visintini, 1996, in senso analogo Princigalli 1983.

Numerose sono le pronunce che configurano il rapporto come extracontrattuale, così come la Suprema Corte ritiene che l'ospedale assuma verso il malato una «obbligazione di svolgere attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura».

Il medico dipendente, dunque, non partecipa a tale rapporto, seppur difatti è quest'ultimo ad apprestare materialmente le cure: la Corte, infatti, nella sentenza appena citata, ravvisa ulteriormente che «non è configurabile una responsabilità contrattuale del medico dipendente da un ente ospedaliero verso il paziente per danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico da lui commesso. Tale errore, però, in mancanza di un preesistente rapporto fra il medico ed il paziente rileva quale atto illecito causativo di un evento dal quale sia derivato un danno al paziente: rileva cioè sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale. Sicché soltanto a questo titolo il medico dipendente è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del paziente e non anche a titolo di responsabilità extracontrattuale».¹⁴

La seconda teoria da esaminare è quella che fa rientrare la responsabilità del medico dipendente nell'alveo della responsabilità contrattuale: sia la dottrina che la giurisprudenza si sono sforzate, infatti, di trovare una differente soluzione rispetto alla teoria extracontrattuale.

Secondo parte della dottrina, l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto: da tale responsabilità può conseguire un inadempimento di quelle obbligazioni che sono a carico dell'ente debitore e può anche conseguire l'inadempimento della prestazione del medico, che assume la veste di ausiliario necessario del debitore.

Anche la giurisprudenza ha accolto inizialmente tale tesi. Negli anni '80 del secolo scorso, la Cassazione ha asserito che il cittadino vanta nei confronti dell'ente pubblico, gestore del servizio, un diritto soggettivo all'erogazione della prestazione sanitaria e l'attività dell'ente è pur sempre assimilabile a quella svolta, nell'esecuzione dell'obbligazione privatistica di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto di opera professionale.

La responsabilità dell'ente viene considerata diretta, la responsabilità del medico invece risiederebbe nell'art. 28 della Costituzione¹⁵.

Ma la decisione più persuasiva della Corte la rinveniamo nella sentenza n. 589 del 1999. Essa ritiene che l'intervento del medico non si fondi su un vero e proprio rapporto contrattuale, e che la giustificazione di tale soluzione si fondi sul rilievo per cui il medico è un soggetto al quale lo Stato consente di esercitare un'attività professionale che, incidendo su un bene costituzionalmente garantito, deve essere esercitata secondo le regole dell'arte, indipendentemente dal fatto che alla base della prestazione sanitaria si ponga un vero e proprio contratto tra medico e paziente.

¹⁴Cass. Civ. sent. 1716/1979

¹⁵«I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di tali diritti».

L'attrazione del rapporto nell'orbita contrattuale trae origine dall'affidamento che sorge tanto nel caso del rapporto medico professionista - paziente, quanto nel caso in cui il paziente sia destinatario delle prestazioni sanitarie ricevute da un medico operante in un ente ospedaliero.

Per spiegare la natura contrattuale del rapporto, la dottrina ha inquadrato lo stesso ai contratti a favore di terzo, in quanto l'ospedale, nel momento in cui assicura la prestazione del medico, stabilisce di fatto che il beneficiario di questa sarà il paziente.

Una dottrina minoritaria invece ha preferito ricondurre la fattispecie ai contratti con effetti protettivi nei confronti di un terzo.

Tuttavia tali posizioni sono state criticate dalla Cassazione che ha invece ritenuto che «il soggetto danneggiato che agisce non aziona il contratto esistente tra l'ente e il medico, di cui egli sarebbe il terzo beneficiario (cioè in senso lato il contratto di lavoro), ma aziona il diverso contratto intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale, ovvero propone un'azione di responsabilità extracontrattuale per la lesione di un suo diritto soggettivo assoluto, quale è il diritto alla salute»¹⁶.

L'ultima teoria da esaminare, intermedia rispetto alle due già indicate, è quella del cumulo.

Il cumulo ricorre quando da un medesimo fatto derivano sia un inadempimento contrattuale, sia un danno ingiusto. La principale conseguenza di ciò si ravvisa nella possibilità di esercitare tanto in via elettiva quanto in via cumulativa sia l'azione contrattuale che quella extracontrattuale.

Seguendo questa dottrina, anche la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di esperire sia l'azione contrattuale che quella aquiliana in applicazione di tale teoria, elaborata in particolare per i contratti di protezione. In questo caso la regola va ad assicurare al danneggiato la massima tutela ed il presupposto è che una medesima condotta leda un interesse che trova specifica tutela sia in un rapporto obbligatorio concorrente tra danneggiante e danneggiato sia in via generale dalle norme sui fatti illeciti¹⁷.

Nel concorso delle responsabilità, definito "improprio", i soggetti diversi sono chiamati a rispondere in solidarietà passiva a diverso titolo per il medesimo fatto, che assume contemporaneamente la veste di inadempimento contrattuale e di illecito civile: a questo schema viene ricondotto il danno da errore terapeutico o diagnostico, del quale rispondono la struttura sanitaria a titolo di responsabilità contrattuale ed il medico dipendente ospedaliero che l'ha causato a titolo di responsabilità extracontrattuale¹⁸.

¹⁶Cass. Sent. n.589/1999

¹⁷Cass. Sent. n. 3536/2000

¹⁸Rossello, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*.

1.5 La responsabilità del medico in regime intramurario con il paziente

A partire dagli inizi degli anni '90, quando le liste d'attesa erano già oltre il limite consentito, cominciarono ad aumentare le richieste di servizi sanitari e fu necessario introdurre un sistema in grado di ridurre tali liste ed alleggerire il carico delle aziende e dei presidi ospedalieri sul fronte delle attività ambulatoriali.

Il legislatore ha quindi introdotto la possibilità, per i medici dipendenti del Servizio Sanitario nazionale che abbiano scelto di prestare la loro attività professionale esclusivamente a favore delle strutture pubbliche, di esercitare anche un'attività definibile di tipo libero - professionale all'interno della struttura di appartenenza, c.d. attività intramuraria.

L'esercizio di tale attività viene disciplinato dal decreto legislativo 299 del 1999, in particolare all'art. 15 *quinquies*, che ne differenzia quattro tipologie.

La prima è l'attività professionale individuale, al di fuori dell'impiego di servizio, nell'ambito delle strutture aziendali individuate dal direttore generale d'intesa con il collegio di direzione.

La seconda è l'attività svolta in équipe, al di fuori dell'impegno di servizio, all'interno delle strutture aziendali.

La terza è l'attività richiesta a pagamento da singoli utenti e svolta individualmente o in équipe, al di fuori dell'impegno di servizio, in strutture di altra azienda del Servizio Sanitario Nazionale o di altra struttura sanitaria non accreditata, previa convenzione dell'azienda con le già menzionate aziende e strutture.

La quarta riguarda le attività professionali richieste a pagamento da terzi all'azienda, quando le suddette attività siano svolte al di fuori dell'impegno di servizio e consentano la riduzione dei tempi di attesa, secondo programmi predisposti dall'azienda stessa, sentite le équipes dei servizi interessati.

Queste attività sono forme di esercizio professionale che corrispondono a moduli differenti ma sono accomunate dal fatto di essere svolte al di fuori dell'impegno di servizio, intendendo per servizio quello prestato nell'ambito del rapporto di lavoro che lega il medico alla struttura sanitaria.

Ci troviamo dinanzi ad una figura del tutto particolare, in quanto il medico non opera né come libero professionista né come dipendente della struttura pubblica.

Prima di analizzare il profilo giuridico di tali attività, l'imputazione e la natura della responsabilità del medico in tale regime, è opportuno aprire una parentesi circa un ulteriore intervento legislativo che si è avuto nel 2007, con la legge n. 120.

Questa si rivolge alle strutture sanitarie, in particolare per incentivarle ad assicurare gli interventi di ristrutturazione edilizia, per acquisire spazi ambulatoriali esterni per l'esercizio di attività in regime di libera professione intramurario, per l'organizzazione delle quali si fa affidamento a personale aziendale, incaricato di prenotare le prestazioni eseguibili in sede o tempi diversi rispetto a quelle istituzionali.

Tornando sul punto delle responsabilità, la dottrina ritiene che le finalità avute dal paziente che decide di avvalersi dell'attività in questione, rendono manifesto come non sembri potersi dubitare che, anche in questo caso, la struttura pubblica risponderà dei fatti dannosi eventualmente cagionati dai medici che sono suoi dipendenti e che, proprio perché tali, sono tenuti ad esercitare l'attività professionale nell'ambito dell'ente pubblico.

Non si rilevano dubbi sul coinvolgimento della responsabilità dell'ente ospedaliero poiché ricava un utile imprenditoriale dalla prestazione, se pur definita libero-professionale, in quanto al paziente è chiesta una controprestazione in denaro ed il medico riceve il pagamento per l'attività svolta in busta paga. Ciò conferma che il medico agisce nella qualità di dipendente dell'amministrazione¹⁹.

A sostegno di una responsabilità dell'ente bisogna anche considerare che quest'ultimo provvede egualmente all'erogazione di prestazioni accessorie sufficienti per affermare l'insorgenza di un rapporto negoziale, come sostenuto anche dal Tribunale di Torino con una Sentenza del 2003: «l'ospedale non si obbliga a mettere a disposizione del medico solo locali ed attrezzature, ma fornisce una complessa organizzazione di mezzi e personale medico e parametrico, organizzazione del tutto identica, sia negli aspetti quantitativi sia in quelli qualitativi a quella apprestata per l'ordinaria erogazione delle prestazioni sanitarie non intramurarie».

Quest'ultima va ricondotta nel novero dell'attività in *intramoenia* non solo quando questa è svolta all'interno di una struttura sanitaria, ma anche quando, nel caso in cui sussistano insufficienze e carenze di strutture idonee all'interno dell'ente, è svolta presso spazi sostitutivi, in case di cura, altre strutture pubbliche, strutture private non accreditate, ovvero presso lo studio privato del singolo professionista.

Nel suddetto caso di attività libero-professionale "allargata" in ragione dell'insufficienza degli spazi interni, cambia semplicemente il luogo di esecuzione dell'attività medica senza nulla mutare il profilo giuridico.

Anche in questa fattispecie, nonostante vi siano degli elementi di distinzione rispetto al regime intramurario fisiologico, non espletando l'attività all'interno della struttura sanitaria, si ritiene che la responsabilità dell'ente sia analoga a quella del regime intramurario fisiologico. Infatti, secondo la dottrina, concludere diversamente farebbe ricadere il rapporto e la conseguente responsabilità in profili troppo formalistici.

¹⁹Lepre, *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, in Responsabilità civile e previdenza.