

L'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE DEL FATTO ALTRUI E LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO*.

Di Emanuela Navarretta
Prof.ssa ordinaria di Diritto privato

SOMMARIO: 1. Il labirinto concettuale della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera. - 2. La via di fuga dell'art. 1228 c.c. e della responsabilità da contatto sociale. Considerazioni critiche. - 3. Rosario Nicolò e l'actio finium regundorum tra attività dell'ausiliario, adempimento del terzo e obbligazione del fatto altrui. - 4. L'obbligazione del fatto altrui tra "lacunosità" dell'art. 1228 c.c., "non detto" dall'art. 1381 c.c. e spunti ermeneutici offerti dall'art. 2232 c.c. - 5. L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la natura della responsabilità del medico.

1. Il labirinto concettuale della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera.

La raffinata analisi di Rosario Nicolò sull'adempimento dell'obbligo altrui¹ offre un quadro di impareggiabile solidità teorica nel tracciare la linea distintiva tra figure limitrofe - l'esecuzione da parte dell'ausiliario, l'adempimento del terzo e l'obbligazione del fatto altrui - e conduce l'interprete, con mirabile sapienza, entro i meandri dell'attività di adempimento, che muta la propria natura in funzione del soggetto che la compie.

* Il saggio è pubblicato sul volume dedicato a Rosario Nicolò della "Collana dei Maestri del diritto civile" e sulla rivista *Responsabilità civile e previdenza*.

¹ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. inalterata Camerino, 1978, *passim*.

Tali paradigmi concettuali, pur talora costretti dentro l'involucro di un codice che sarebbe stato a breve superato, tracciano le linee di un percorso ideale da cui può trarre feconda ispirazione la riflessione odierna su un tema che, tuttora, non ha trovato una collocazione speculativa scevra da profili d'ombra. La materia è quella delle prestazioni di cure erogate da una struttura ospedaliera, che vede profilarsi il duplice nodo problematico del fondamento della responsabilità dell'ente rispetto alla prestazione di cura e quello relativo alla natura dell'illecito imputabile al medico da essa dipendente.

Il primo elemento di complessità riguarda proprio la responsabilità dell'ente ospedaliero e affonda le sue ragioni nel bisogno di riferire ad una struttura, che svolge un'attività di impresa, pubblica o privata, un'obbligazione (e la relativa responsabilità) la cui prestazione, di natura professionale, deve es-

sere eseguita necessariamente da soggetti dotati di una competenza specifica e di una necessaria autonomia.

Proprio l'autonomia e quel bisogno di indipendenza che "non tollera compressioni"² caratteristici della professione medica inducono parte della dottrina a ritenere inadeguato il ruolo puramente esecutivo e materiale tipico dell'ausiliario³, mero *nuncius* della fase attuativa dell'obbligazione⁴.

D'altro canto, è parimenti da escludere che la struttura ospedaliera possa assumere l'obbligazione di cura al di fuori di qualsivoglia riferimento al [o "immedesimazione organica col"⁵] professionista, che verrebbe in tal modo ad acquisire un ruolo di assoluta terzietà (*ex art. 1180 c.c.*). Se così fosse, l'ombra di un possibile contrasto con le ragioni di ordine pubblico che presiedono all'esercizio della professione medica⁶ inevitabilmente si andrebbe a proiettare sul contratto, che verrebbe macchiato dall'illiceità della causa⁷.

Di là dagli schemi dell'art. 1228 c.c. e dell'obbligazione assunta in proprio, la responsabilità della struttura ospedaliera potrebbe attingere il proprio modello normativo alla promessa del fatto del terzo, senonché è lo stesso contenuto precettivo dell'art. 1381 c.c. a decretarne l'inadeguatezza rispetto a tale fattispecie. A fronte della mancata o inesatta prestazione del terzo (che nel caso sarebbe l'operatore medico), il promittente (ossia la struttura ospedaliera) finirebbe per rispondere soltanto nei termini di un indennizzo: ben poca cosa rispetto alla possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti della struttura ospedaliera, ossia del soggetto economicamente più solido e la cui copertura assicurativa raggiunge massimali più elevati⁸.

2. La via di fuga dell'art. 1228 c.c. e della responsabilità da contatto sociale. Considerazioni critiche

Racchiusa dentro un reticolo normativo apparentemente privo di sbocchi concettualmente e operativamente adeguati, la ricostruzione giuridica della responsabilità dell'ente ospedaliero costringe giurisprudenza e dottrina a ripiegare verso la soluzione meno insoddisfacente e, a dispetto dell'autonomia

professionale del medico, induce a consolidare il riferimento all'art. 1228 c.c.⁹

Tale previsione, tuttavia, se consente di ravvisare agevolmente il fondamento della responsabilità della struttura ospedaliera per la prestazione di cura, apre al contempo un fronte problematico sul terreno della responsabilità del medico. Il carattere meramente materiale e privo di qualsivoglia autonomia dell'ausiliario conferisce al relativo adempimento la natura di atto giuridico in senso stretto, il che, associato alla mancanza di una relazione giuridica fra medico e paziente, conduce immancabilmente all'esito della responsabilità aquiliana del medico, che certo è titolo non favorevole al paziente¹⁰.

Allo scontento verso tale soluzione si aggiunge il disappunto teorico nel dovere constatare che "proprio colui che si presenta al paziente come apprestatore di cure [... sia considerato quale] autore di un qualsiasi fatto illecito, [...] alla stregua di un passante"¹¹.

In sostanza la realtà pare divergere in maniera intollerabile dalla forma giuridica.

Di qui il movente preponderante da cui prende le mosse la teoria che vuole "confermata [l']assenza di un obbligo di prestazione in capo al sanitario [ma che ritiene contestualmente impossibile] neutralizzare e cancellare la professionalità [...] che si traduce in obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che a tale professionalità si trovino affidati"¹². L'affidamento e, *ab imis*, il contatto sociale da cui l'affidamento si ingenera risulterebbero fonti – per il tramite della regola di buona fede – di "un'obbligazione senza prestazione", da cui sorgerebbe il titolo della responsabilità contrattuale.

La sofisticata ricostruzione trova un iniziale ed autorevole riconoscimento da parte della Suprema Corte di Cassazione. Una nota pronuncia¹³, dopo aver accuratamente messo in luce le ragioni di insoddisfazione rispetto al titolo aquiliano e la non percorribilità dell'addebito contrattuale sia attraverso il riferimento all'art. 28 Cost. (per i dipendenti pubblici) sia attraverso la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, accede infine all'idea della "responsabilità contrattuale nascent-

² Sono parole di MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico, in Europa e diritto privato*, 2000, 505.

³ MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

⁴ NICOLÒ, *op. cit.*, 33.

⁵ MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

⁶ MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

⁷ Cfr., a riguardo, GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 710.

⁸ MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

⁹ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, 489.

¹⁰ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 313; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Commentario Scialoja-Branca*, libro IV, Bologna-Roma, 1967, 390; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 265 ss.

¹¹ CASTRONOVO, *op. cit.*, 478.

¹² CASTRONOVO, *op. cit.*, 479.

¹³ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss.; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di DI MAJO; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di CARBONE; in *Resp. Civ. prev.*, 1999, 652 ss., con nota di FORZIATI.



te da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto»¹⁴. Quasi a fare da cornice all'accoglimento della nota impostazione sono altresì evocate la teoria sull'atipicità delle fonti delle obbligazioni e l'accostamento tra il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto, seguendo una logica di connessioni concettuali per la verità ripudiate dal principale sostenitore dell'obbligazione senza prestazione¹⁴.

Tali abbinamenti teorici sarebbero, tuttavia, ben presto risultati necessari a fronteggiare una pungente critica rivolta alla costruzione in esame, accusata di tradire l'obiettivo del superamento della discrasia tra forma giuridica e realtà. La medesima immagine di un'"obbligazione senza prestazione" non appare fedele alla consistenza del reale che vede il medico artefice dell'esecuzione della prestazione di cura. Si tratta – rilevano sagaci osservatori¹⁵ – di una "prestazione senza obbligazione" e non di un'obbligazione senza prestazione.

Il rilievo coglie puntualmente nel segno, tant'è che la giurisprudenza, pur confermando l'esito della responsabilità contrattuale da contatto sociale¹⁶, corregge in certo senso la rotta e puntualizza che "non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente"¹⁷.

L'emendamento concettuale, dietro una semplicità disarmante, cela invero un'implacabile fragilità teorica, poiché viene a mancare una qualunque spiegazione del passaggio dalla dimensione del contatto puramente sociale al piano della rilevanza giuridica.

Una simile ingenuità, per la verità, non viziava la costruzione dell'obbligazione senza prestazione

che, pur censurabile sotto svariati profili¹⁸, identificava nella regola di buona fede la scintilla della giuridicità: senonché la buona fede non è in grado per l'appunto di generare una vera e propria obbligazione dotata di una prestazione e, dunque, non si sfugge all'ossimoro di un'obbligazione senza prestazione riferita all'esecuzione della prestazione. Né basta a superare l'ostacolo evocare l'immagine di un'obbligazione di "protezione, un'obbligazione che, nata di protezione, finisce in prestazione"¹⁹, poiché il timore confessato del mero gioco di parole²⁰ mette a nudo, per l'appunto, l'essenza della pura arguzia linguistica.

Là dove, dunque, la Cassazione si allontana dal paradigma dell'obbligazione senza prestazione, inevitabilmente abbandona una possibile (ma inadeguata) ragione del passaggio dal contatto sociale²¹ al piano giuridico²², senza sostituirla con ulteriori e convincenti argomentazioni.

Non basta all'uopo richiamare l'art. 1173 c.c., che ben accoglie al proprio interno la tesi dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni, ma certo non legittima una fonte puramente sociale.

Parimenti non è sufficiente evocare in maniera apodittica la raffinata teorica sui rapporti contrattua-

¹⁸ Cfr. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 446 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Milano, 2001, 199; NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e problemi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari – Rescigno, vol. IV, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 236 ss.

¹⁹ CASTRONOVO, *op. loc. ultt. citt.* Parimenti non appare risolutiva l'affermazione di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874 secondo cui "La particolarità della obbligazione di protezione, fuori dalla cornice di un rapporto obbligatorio ordinario o di un contratto, è soltanto di costituire una pura figura di responsabilità da inadempimento, un diritto di credito (alla protezione) senza pretesa: il paziente non ha diritto di esigere l'adempimento verso quel medico determinato, ma, una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell'inadempimento di quella che è un'obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analoga". E' infatti inevitabile porre ad una simile asserzione la domanda: perché? Perché se l'obbligazione è solo di protezione la devo valutare sul metro della prestazione?

²⁰ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 706

²¹ A dir poco lapidaria è l'affermazione di Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455 ss., con nota di PALMIERI; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 849 ss., con nota di GORGONI; in *Danno e resp.*, 2008, 871, con nota di NICOLUSSI, secondo cui la natura contrattuale della responsabilità del medico discenderebbe dalla sussistenza di un'obbligazione " nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale".

²² Tutt'altra cosa è parlare di una conclusione di fatto del comportamento esecutivo (così DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 78) poiché tale rilievo sposta evidentemente il piano del ragionamento sul terreno della negoziabilità di detto comportamento.

¹⁴ CASTRONOVO, *op. cit.*, 487.

¹⁵ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 451. Così anche MAZZAMUTO, *op. cit.*, 504.

¹⁶ Cass., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970 ss.; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, *ivi*, 2005, I, 2479 ss.; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, *ibidem*, 3328, con nota di BITETTO; Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, 537 ss., con nota di AGNINO; Cass., 29 settembre 2004, n. 19564, in *Rep. Foro. It.*, 2005, *Danni civili*, n. 355; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698, *ivi*, 2006, *Contratto in genere*, n. 360; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Resp. e risarc.*, 2006, 64 ss., con nota di MAZZUCHELLI.

¹⁷ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824, con nota di GORGONI.

li di fatto²³, poiché la sua stessa configurazione suppone che “l’interprete positivamente accert[i] se il rapporto, costituito secondo un criterio apparentemente metagiuridico, sia rapportabile agli schemi giuridici”²⁴. E certo una motivazione sufficiente non appare il mero contatto sociale con un soggetto professionalmente qualificato, anche perché se così fosse la responsabilità contrattuale dovrebbe prodursi persino se al paziente si presentasse un medico non dipendente della struttura ospedaliera che di fatto apprestasse le sue cure. D’altro canto, ove ciò fosse affermato, si dovrebbe constatare l’inutilità o l’abrogazione implicita della *negotiorum gestio* rispetto alla prestazione professionale, posto che a creare il vincolo giuridico e la responsabilità contrattuale basterebbe il contatto sociale *tout court*²⁵.

In definitiva, le sentenze sul contatto sociale paiono dimenticare che i rapporti di fatto “tali sono [...] non già allo scopo di negarne frettolosamente, con ottusa precomprensione, qualsiasi rilevanza giuridica, bensì allo scopo di segnalarne, con implicito invito a una più aperta esplorazione, un’alterità, che resta pur sempre compresa nella sfera del diritto”²⁶.

Ed è proprio la motivazione di “un altro modo di essere nel diritto”²⁷ ciò che manca nelle pronunce che accolgono la tesi del contatto sociale, il cui argomentare piuttosto apodittico disvela banalmente il bisogno di una via di fuga da un groviglio normativo con difficoltà districabile.

L’alternativa rispetto a tale arretramento dal pensiero giuridico è provare a risalire al bandolo della matassa facendo un passo all’indietro rispetto al primo cedimento concettuale, ossia rispetto al richiamo all’art. 1228 c.c. Torna, dunque, a riecheggiare la voce di chi, ben a ragione, negava la compatibilità fra il ruolo dell’ausiliario e l’attività del professionista medico e per tale motivo giungeva ad

²³ Su cui cfr. la raffinata analisi di LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*, Milano, 1968, spec. 24.

²⁴ LIPARI, *op. loc. ultt. citt.*

²⁵ L’impressione, in generale, è che una parte della giurisprudenza sia più disponibile a riconoscere il peso e la rilevanza giudica della dimensione reale, dove deve risolvere vicende giuridicamente un po’ complesse, come quella in esame, o dove intende assecondare prassi discutibili, come l’occupazione acquisitiva, che non in situazioni nelle quali la fattualità realmente merita di incidere sul terreno giuridico. Cfr. LIPARI, *op. loc.*, 1 ss. e da ultimo l’elegante saggio di BRECCIA, *Riferimenti testuali e giurisprudenziali alle consuetudini e alle tradizioni comuni nell’età dei diritti. Note in margine a una nuova lettura delle pagine di Norberto Bobbio*, testo ancora inedito, della cui lettura ho potuto beneficiare grazie al generoso dono del manoscritto da parte dell’autore.

²⁶ BRECCIA, *op. cit.*, 10 (del manoscritto).

²⁷ L’immagine, evocativa del noto volume di GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, è sempre di BRECCIA, *op. cit.*

invocare, ma solo in un dialogo ideale con il legislatore futuro, una responsabilità solidale fra medico e struttura ospedaliera, capace di condurre finanche ad “una revisione concettuale e [a] un adattamento [operativo...] dello schema della promessa del fatto del terzo o della cooperazione ausiliaria”²⁸.

Proprio questi ultimi rilievi suggeriscono, tuttavia, di non fermarsi ad una mera attesa dell’intervento normativo, bensì a verificare se già *de iure condito* vi siano disposizioni e possibili soluzioni ermeneutiche capaci in qualche modo di colmare quella sorta di vuoto che parrebbe delinear-si tra lo spazio coperto dall’art. 1228 c.c. e la disciplina contemplata dall’art. 1381 c.c.

Si tratta in sostanza di indagare se nel sistema attuale sia possibile configurare l’assunzione di un’obbligazione (con la relativa responsabilità) per una prestazione, che deve di necessità essere eseguita da un soggetto differente (rispetto all’obligato) e che, per la sua competenza professionale, mantiene un grado di autonomia e di indipendenza tali da incidere sulla stessa natura dell’atto esecutivo e, di riflesso, sul titolo della sua responsabilità.

3. Rosario Nicolò e l’actio finium regundorum tra attività dell’ausiliario, adempimento del terzo e obbligazione del fatto altrui

Gli interrogativi che suscitano l’attualità e la vicenda della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera rendono quanto mai feconda la riletture delle pagine di uno dei Maestri della civilistica italiana, Rosario Nicolò, che – più di ogni altro – si è misurato con l’*actio finium regundorum* tra attività dell’ausiliario, adempimento del terzo e obbligazione del fatto altrui.

A conferma del richiamato scetticismo per l’inquadramento dell’attività del medico dentro i confini concettuali dell’art. 1228 c.c., l’incisiva descrizione dell’autorevole Maestro tratteggia i lineamenti del concetto di ausiliario attraverso il paradigma della mancanza dell’“autonomia”²⁹: una figura “perfettamente analoga [o se si vuole omologa] a quella del *nuncius* nelle dichiarazioni di volontà”³⁰, “puro e semplice strumento materiale di esecuzione della volontà del debitore”³¹.

Se, dunque, l’ausiliario non è ruolo confacente alla funzione del medico, sia pure dipendente, la

²⁸ MAZZAMUTO, *op. cit.*, 505. Scettico sulla possibilità di fare riferimento all’art. 1228 c.c. anche DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 77.

²⁹ NICOLÒ, *op. cit.*, 33.

³⁰ NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt.*

³¹ NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt.*



cognizione giuridica di tale posizione deve continuare a seguire la linea di pensiero dell'insigne Maestro, attratto nella sua indagine proprio dal terreno limitrofo rispetto al *nuncius* dell'esecuzione. "Al di fuori dell'ipotesi dell'ausiliario e del rappresentante legale dell'incapace, - egli scrive - quando un terzo interviene per far conseguire al creditore il bene che costituiva l'oggetto dell'obbligazione, siamo sempre nel campo dell'adempimento dell'obbligo altrui e quindi trovano applicazione i principi regolatori di questo fenomeno"³².

Chiaramente, non sfugge all'autorevole Maestro che tra le due figure alternative della prestazione dell'ausiliario e dell'adempimento del terzo *tout court* si possa collocare una dimensione in certo senso intermedia, o una sottospecie dell'adempimento del terzo: quella in cui il promittente si obbliga in proprio per il fatto altrui, *id est* l'obbligazione del fatto altrui.

Al tema viene immediatamente riconosciuta una notevole complessità e per certi versi un'incertezza ricostruttiva, dovuta non certo alle pregevoli analisi dell'epoca³³, quanto ad un'ambiguità di fondo nella formulazione dell'art. 1129 c.c. del codice del 1865³⁴. Eppure l'Autore, con la forza di una linearità concettuale capace di trascendere l'ingovernabilità di un testo normativo, anticipa con efficacia scultorea il senso della futura complessità, ravvisando nell'accordo in cui si assume un'obbligazione la cui prestazione debba essere adempiuta da un terzo la nascita di due obbligazioni: quella principale riferita alla prestazione del terzo e l'obbligo accessorio del promittente a far conseguire il fatto del terzo. Rileva a tal riguardo che "l'attività del terzo, se non cessa di avere nei confronti dell'obbligazione principale la sua efficacia estintiva, non può dirsi che faccia parte del contenuto dell'obbligazione principale e che perda quindi il carattere di un fatto autonomo che reagisce dall'esterno sul rapporto obbligatorio. Il fatto che, insieme all'estinzione dell'obbligo principale, si verifichi, come effetto concomitante, l'estinzione (per adempimento) dell'obbligo accessorio del fatto altrui, non altera dal punto di vista della prima obbligazione, la funzione e la struttura dell'atto giuridico del terzo. E' evidente, infatti, che l'atto del terzo nei confronti dell'obbligo principale del debitore rappresenterà *sempre adempimento dell'obbligo altrui*,

[mentre] nei confronti dell'obbligo accessorio avente per oggetto proprio quell'attività del terzo, rappresenterà, come effetto incidentale e riflesso, adempimento del debitore"³⁵.

L'analisi della fattispecie dell'obbligazione del fatto altrui mostra evidentemente un indubbio interesse ai fini della riflessione attuale sul rapporto fra struttura ospedaliera e medico dipendente, poiché non vi è dubbio che la prima effettivamente assuma in proprio un'obbligazione di cura la cui prestazione non possa che essere eseguita dal medico e non dal promittente.

E in effetti l'autorevole Maestro evocava proprio l'ipotesi in cui una parte si facesse carico di un'obbligazione il cui adempimento dovesse essere effettuato da un "non ausiliario" che, di conseguenza, era definito terzo. In sostanza, grazie anche alla formulazione alquanto ambigua dell'art. 1129 del codice civile del 1865, l'Autore non considerava la pura promessa del fatto del terzo, ma la nascita di una vera e propria obbligazione principale riferita alla prestazione del terzo.

Certo il quadro descritto dall'Autore era attratto soprattutto dalla costruzione in positivo del fenomeno che gli consentiva di chiarire come la prestazione del terzo realizzasse l'adempimento dell'obbligo accessorio del promittente, in quanto adempimento dell'obbligo proprio, e l'adempimento dell'obbligazione principale in quanto adempimento dell'obbligo altrui. Non si occupava, viceversa, del profilo della responsabilità, poiché accennava puramente alla circostanza che la violazione dell'obbligo accessorio fosse fonte di un dovere di indennizzo, ma non diceva se tale conseguenza esaurisse gli effetti dell'inadempimento dell'obbligazione principale.

Senonché se, da un lato, la formulazione non adamantina del codice del 1865³⁶ poteva testualmente deporre nel senso di quell'unico effetto, da un altro lato, proprio la configurazione da parte di Nicolò di una duplicità di obbligazioni, e non della sola obbligazione di garantire il fatto del terzo, è il segno che intuisse sin d'allora, pur all'interno di una crisi concettuale che unificava fenomeni a ben vedere disgiunti, la non assoluta coincidenza fra il mero promettere il fatto del terzo (o l'obbligazione del terzo) e l'assumere un'obbligazione riferita alla prestazione di un terzo.

³² NICOLÒ, *op. cit.*, 35.

³³ Cfr. per tutti ALLARA, *Natura giuridica dell'obbligazione del fatto altrui*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 410 ss.; STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, *ivi*, 1927, 203 ss.

³⁴ La norma così recitava: "può taluno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto di una terza persona. Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione".

³⁵ NICOLÒ, *op. cit.*, 38-39.

³⁶ V. *supra* nota 34.

4. L'obbligazione del fatto altrui tra "lacunosità" dell'art. 1228 c.c., "non detto" dall'art. 1381 c.c. e spunti ermeneutici offerti dall'art. 2232 c.c.

Nel passaggio dal codice del 1865 al codice del 1942, la commistione di fattispecie latente nell'art. 1129 c.c. si dilegua, lasciando il posto ad una norma - l'art. 1381 c.c. - che circoscrive in un duplice senso la disciplina del fenomeno della promessa riferita al comportamento del terzo.

Per un verso, nel prevedere, in continuità con la disciplina del 1865, un dovere di indennizzo in capo al promittente, ove il terzo rifiuti di obbligarsi o non compia il fatto promesso, consolida ed allontana da qualsivoglia possibile incertezza il profilo che era risultato storicamente più dibattuto³⁷, vale a dire l'esigenza di escludere che il promittente il fatto altrui potesse ritenersi liberato da qualsivoglia responsabilità, una volta dimostrato di essersi attivato per far impegnare il terzo.

Per un altro verso, la medesima disposizione cessa di riferirsi all'obbligazione del fatto altrui e disciplina unicamente la promessa del fatto del terzo e la promessa dell'obbligazione del terzo.

La delimitazione del precetto della norma, con la previsione dell'obbligo di indennizzo in funzione di garanzia³⁸, non impedisce peraltro - grazie anche alla cancellazione dell'avverbio "soltanto" presente nella precedente disciplina - di dare spazio a un "non detto" dalla disposizione. In particolare, viene riconosciuta - a partire dal 1995 anche in giurisprudenza³⁹ - la possibile rilevanza di un'obbligazione di *facere*, dal cui inadempimento scaturisce una vera e propria responsabilità risarcitoria e non un mero dovere di indennizzo⁴⁰. Non si esclude, in sostanza, che chi prometta il fatto altrui possa obbligarsi ad attivarsi (nei termini per l'appunto di un *facere*) onde promuovere l'iniziativa del terzo, sicché ove si dimostri l'inadempimento a tale obbligazione prevale l'esito di una piena responsabilità contrattuale. Per converso, sussistente l'adempimento ma difettante il fatto del terzo, residua soltanto l'obbligo di

garanzia. In altri termini, se il precetto dell'art. 1381 c.c. doveva essere necessariamente esplicitato, in quanto l'obbligo di garanzia non si sarebbe potuto evincere solo in via interpretativa, quel contenuto non inibisce la rilevanza di un "non detto" dalla norma, coerente con il tessuto sistematico generale.

Ma se l'art. 1381 c.c. non ostacola una disciplina giuridica esterna al suo precetto, doveroso è interrogarsi sul destino della fattispecie apparentemente scomparsa: l'obbligazione del fatto altrui, in cui il promittente si obbliga in proprio per una prestazione che, dallo stesso contratto, risulta dover essere adempiuta da un terzo.

Un latente richiamo ad una simile ipotesi parrebbe trapelare dallo stesso art. 1228 c.c., nell'inciso iniziale in cui, evocandosi l'eventualità di una clausola di esonero dalla responsabilità riferita all'esecuzione della prestazione da parte di ausiliari, richiama un possibile accordo riferito ad un'obbligazione il cui adempimento spetta a soggetti che la norma stessa definisce terzi. Sennonché, proprio il carattere puramente esecutivo e materiale dell'attività dell'ausiliario non solo ridimensiona il senso di tale qualifica alla stregua di un terzo, ma soprattutto rende del tutto secondario il riferimento all'accordo, che è una pura evenienza nell'ambito dell'art. 1228 c.c.⁴¹: fonte della responsabilità non è infatti il contratto che richiama il fatto dell'ausiliario, bensì proprio la previsione normativa che addebita *in toto* la responsabilità all'obbligato.

Se, tuttavia, dall'art. 1228 c.c. si passa a considerare, nell'ambito della disciplina sul contratto di lavoro autonomo e specificamente sulle professioni intellettuali, l'art. 2232 c.c., il quadro del ragionamento radicalmente muta. La disposizione, infatti, richiama specificamente il contratto (o gli usi) come possibile fonte sia della legittimazione ad utilizzare altri - ausiliari o *sostituti* - nell'esecuzione della prestazione professionale sia della "responsabilità" per il relativo operato.

Tale previsione viene di frequente ascritta, quasi fosse *species* di un medesimo *genus*, alla *ratio* dell'art. 1228 c.c.⁴², ma in effetti - come si è anticipato - se ne differenzia nettamente per il ruolo che ha la fonte contrattuale e per il richiamo anche alla nozione di "sostituto".

Il contratto è la fonte della responsabilità del promittente, poiché la prestazione professionale non può essere adempiuta da un soggetto diverso rispet-

³⁷ CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992, spec. 38 ss.

³⁸ BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Camerino, 1981, 89 ss.; MARELLA, *Promessa del fatto del terzo*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XV, Torino, 1997, 386 ss.; SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano, 1955, 60 ss.;

³⁹ Cfr. sul Punto Cabella Pisu, La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore, in *Inadempimento e rimedi*, *Tratt. resp. contrattuale*, diretto da Visintini, Padova, 2009, 262 che illustra il passaggio giurisprudenziale, segnato dalla pronuncia della Cass., 20 dicembre 1995, n. 12973, in *Danno e resp.*, 1996, 173 ss., con nota di MARELLA, a favore di quella che è stata definita da MARELLA, *op. ult. cit.*, 117, la prospettiva "sdoppiata" della promessa del fatto del terzo.

⁴⁰ CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, cit., 27 ss.

⁴¹ GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Inadempimento e rimedi*, cit., 2009, 95.

⁴² VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 102 ss., che non a caso estende la nozione di ausiliario anche all'ausiliario indipendente.



to dall'obbligato, se ciò non si può evincere dal regolamento contrattuale: non può in sostanza operare l'automatismo legale dell'art. 1228 c.c.

Al contempo, il riferimento alla nozione di sostituto evoca l'idea di un soggetto che può avere anche una sua indipendenza nell'esecuzione della prestazione e, dunque, diviene in certo senso paradigma di un "esecutore autonomo".

L'art. 2232 c.c. pare, dunque, la cornice normativa più adeguata sia ad inquadrare la responsabilità della struttura ospedaliera rispetto alla prestazione di cura⁴³ sia a tracciare la linea di confine tra l'obbligazione del fatto altrui e la promessa del fatto del terzo.

Sotto quest'ultimo profilo, l'obbligazione del fatto altrui implica una fonte contrattuale in cui il promittente assume la responsabilità per l'inadempimento o il mancato adempimento di un soggetto che eseguirà la prestazione, anche con un potenziale margine di autonomia e di indipendenza. Questo significa che il rifiuto del terzo varrà alla stregua del rifiuto dello stesso debitore e, dunque, porterà ad imputargli una piena responsabilità risarcitoria.

La promessa del fatto altrui, viceversa, non comporta l'assunzione dell'obbligazione principale in capo al promittente, che si limita a garantire con lo strumento indennitario il fatto del terzo e tutt'al più si obbliga ad un *facere* per stimolare l'attività di quel medesimo soggetto.

L'obbligazione del fatto altrui ha la sua fonte di legittimazione nell'art. 2232 c.c., la promessa del fatto del terzo nell'art. 1381 c.c.

Il sistema attuale consente all'uopo di distinguere ciò che un po' confusamente risultava sovrapposto nella dizione dell'art. 1229 del codice civile del 1865 e che nella sua complessità, destinata a distendersi in una variegata ipotesi, già trapelava dal pensiero di Rosario Nicolò.

Orbene, nel caso della struttura ospedaliera la fonte contrattuale, che lo faccia esplicitamente o lo si desuma implicitamente, genera un'obbligazione del fatto altrui e, precisamente, un'obbligazione di cura che solo il professionista medico è legittimato ad eseguire. L'assunzione dell'obbligazione per il fatto altrui in capo all'ospedale ha dunque il senso di far acquisire, *ex art. 2232 c.c.* e nel rispetto dei principi generali, una sua diretta responsabilità per l'esecuzione del medico.

Tale soluzione evita gli inconvenienti tanto del richiamo all'art. 1228 c.c. quanto dell'obbligazione acquisita puramente in proprio.

La prima ipotesi contrasta con l'indipendenza del medico che va ribadita sia rispetto alla scelta sul *quomodo* della cura sia rispetto alla valutazione sull'*an*, che attiene alla decisione di intervenire o non intervenire sul paziente nonché alla considerazione di ragioni eventualmente correlate con l'obiezione di coscienza.

La seconda ricostruzione – come si è già anticipato – comporterebbe il rischio di incorrere nella nullità del contratto per illiceità della causa, in quanto non può la struttura ospedaliera assumere in proprio *tout court* un'obbligazione professionale.

5. L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la natura della responsabilità del medico

L'assunzione dell'obbligazione di cura con l'implicito riferimento alla necessaria esecuzione della prestazione ad opera del medico è l'esatta descrizione fattuale del fenomeno che caratterizza la stipulazione di contratti ad opera dell'ospedale o della casa di cura. Ad essa – come si è motivato – corrispondono sul piano della qualificazione giuridica i tratti dell'art. 2232 c.c., che si può considerare paradigma generale dell'obbligazione del fatto altrui, da cui discende, in virtù della stessa fonte contrattuale, una piena responsabilità per l'esecuzione del terzo e non il mero dovere di indennizzo di cui all'art. 1381 c.c.

Spostato il fondamento della responsabilità dall'art. 1228 c.c. all'art. 2232 c.c., può diversamente affrontarsi anche il profilo della natura della responsabilità del medico, avendo previamente sgombrato il campo da un possibile residuale dubbio, che cioè l'obbligazione del fatto altrui sia incompatibile con il rapporto di dipendenza del medico dalla struttura sanitaria.

Anche tale perplessità viene invero rimossa attraverso il pensiero dell'insigne Maestro Rosario Nicolò che chiarisce come i rapporti interni fra debitore e soggetto che adempie non escludono automaticamente la terzietà di quest'ultimo rispetto al creditore. Detta terzietà è contraddetta soltanto dalla figura dell'ausiliario e dalla fattispecie normativa del vecchio art. 1241 del cod. civ. del 1865, l'attuale art. 1188 c.c., sicché se "l'obbligo interno – nel caso di specie quello fra la struttura ospedaliera e il medico - ha come suo contenuto specifico l'*intervento* in un rapporto obbligatorio altrui [quello fra struttura ospedaliera e paziente], l'attività del *solvens* va [comunque] qualificata come adempimento dell'obbligo altrui"⁴⁴.

⁴³ Chiaramente l'ospedale assume nei confronti del paziente anche altre obbligazioni.

⁴⁴ NICOLÒ, *op. cit.*, 143.

Del resto, – come si è già anticipato – lo schema dell'obbligazione del fatto altrui implicava, nella magistrale visione di Nicolò, l'identificazione di un'obbligazione principale rispetto alla quale l'attività del terzo “se non cessa di avere [...] la sua efficacia estintiva, non può dirsi che faccia parte del contenuto dell'obbligazione principale e che perda quindi il carattere di un fatto autonomo che reagisce dall'esterno sul rapporto obbligatorio”⁴⁵.

Certamente, non sfugge che se l'attività del terzo non fa parte del contenuto dell'obbligazione, quest'ultima implica nella sostanza una garanzia da parte del promittente dell'adempimento del terzo: essa, tuttavia, è cosa ben diversa tanto rispetto alla garanzia puramente indennitaria dell'art. 1381 c.c., poiché nel caso di specie dal contratto nasce una piena responsabilità per l'adempimento del terzo, quanto rispetto alla garanzia fideiussoria, poiché nella fattispecie in esame difetta la duplicità di obbligazioni (quella principale e quella fideiussoria). Dal contratto con cui il promittente si obbliga per il fatto altrui scaturisce, viceversa, un'unica obbligazione principale di cui è responsabile il promittente ma la cui esecuzione è correttamente attuata solamente dal terzo, senza che sussista una sua previa obbligazione.

Torna, dunque, a questo punto, il quesito basilare sul fondamento e sul titolo della responsabilità del medico, che deve essere inferito dalla stessa natura dell'attività esecutiva posta in essere dal professionista.

Orbene, almeno due argomenti, fra di loro interconnessi, depongono a favore della negozialità di tale adempimento.

Il primo risiede nel grado di autonomia e di indipendenza ontologicamente afferenti alla prestazione professionale medica, che è poi la medesima ragione che allontana tale attività dal modello prettamente esecutivo e materiale riferito all'ausiliario.

La seconda ragione si può nuovamente desumere dalle parole di Rosario Nicolò che, dopo aver collocato l'esecuzione dell'obbligazione del fatto altrui nel quadro dell'adempimento del terzo, successivamente, argomenta con indimenticabile finezza la negozialità di tale atto esecutivo, sia che si abbia riguardo alla fattispecie della pura iniziativa del terzo sia che venga in esame l'obbligazione del fatto altrui, e dunque l'attività del terzo promessa dal debitore al creditore. “Quando il terzo interviene in un rapporto obbligatorio [...] egli] non pone mai in es-

sere un atto dovuto poiché di fronte al creditore [...] non attua affatto il contenuto di un obbligo proprio. E se anche il terzo avesse assunto, nei rapporti interni col debitore, l'obbligo di intervenire, l'atto del terzo non potrà considerarsi puramente e semplicemente come attuazione di quell'obbligo di intervento, ma dovrà sempre essere valutato nella sua funzione di realizzazione del diritto del creditore, di fronte al quale il terzo rimane un soggetto estraneo non obbligato”⁴⁶.

Alla luce di tali rilievi è di tutta evidenza che se l'adempimento del medico nei confronti del paziente ha natura negoziale, ne discendono conseguenze dirompenti.

Innanzitutto, il contatto che si instaura fra medico e paziente è tutt'altro che puramente sociale, e neppure è “diversamente giuridico”⁴⁷, bensì ha una natura che è direttamente intrinseca al diritto, in quanto atto di autonomia privata esecutivo dell'obbligazione altrui.

D'altro canto, l'esecuzione della prestazione di natura negoziale crea una relazione giuridica che, pur non generando un rapporto obbligatorio, è tuttavia sufficiente a fondare la natura contrattuale della responsabilità del medico.

Se così è, si giunge nel diritto attuale, e attraverso un itinerario che non ha bisogno di bizantinismi né di desumere immotivatamente la giuridicità dalla fattualità, a quel risultato di una responsabilità solidale fra medico e struttura ospedaliera, che la dottrina ha considerato l'obiettivo primario da raggiungere e al quale si è potuto tendere, attingendo costantemente ispirazione e chiarimenti dalle pagine di Nicolò.

Le pietre miliari del suo pensiero, scolpite con una capacità speculativa che incideva i concetti, li proiettava al di là del dato normativo, scavalcava il dettaglio delle diatribe del suo tempo quasi a dare voce a un'intuizione destinata a suggerire ai posteri nuove frontiere e nuove possibilità ermeneutiche, tracciano un percorso argomentativo che non soltanto è tuttora ineguagliato in tutta quell'area articolata e complessa che orbita intorno alle figure dell'ausiliario e del terzo, ma che soprattutto mostra la sua palpabile rilevanza pragmatica e la sua capacità di incidere, a distanza di ben oltre mezzo secolo, sulla più viva e scottante attualità giuridica.

⁴⁵ Bastano questi richiami a far apparire ingeneroso il rilievo di chi ha giudicato “grottesca” - così CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 704 - la nostra ipotesi (NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, vol. IV, t. III, cit., 241) di qualificare in termini di terzietà, rispetto al creditore, l'attività del medico.

⁴⁶ NICOLÒ, *op. cit.*, 159.

⁴⁷ V. *supra* nota n. 26.

