

I criteri di competenza per le controversie instaurate dal paziente

SOMMARIO: 1. La (controversa) applicabilità della disciplina consumeristica al contenzioso in tema di *medical malpractice*

1. La (controversa) applicabilità della disciplina consumeristica al contenzioso in tema di medical malpractice

Le peculiarità connotanti l'impostazione giurisprudenziale in tema di responsabilità sanitaria emergono altresì con riguardo all'applicazione della disciplina consumeristica ai giudizi di *medical malpractice*; prima di procedere all'analisi della questione, si impone una premessa, relativa al dibattito sviluppatosi in ordine al criterio di competenza territoriale, attualmente dettato – seppur indirettamente – in via esclusiva dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons.

Invero, tale disposizione, nel recepire la disciplina di matrice eurounitaria applicabile ai contratti tra professionisti e consumatori, prevede una presunzione di vessatorietà delle clausole che dispongono la competenza di un foro diverso da quello ove risiede o è elettivamente domiciliato il consumatore.

L'ambiguità della formulazione normativa determinò – già sotto la vigenza del precedente art. 1469 *bis*, comma 3°, n. 19, c.c. – la contrapposizione di due diversi orientamenti in dottrina¹, divisa tra chi militava a favore della sussistenza di un foro legale ed esclusivo² e chi, al contrario, negava l'inderogabilità di tale criterio di competenza, ritenuto concorrente rispetto

¹ Tale contrasto interpretativo è stato puntualmente ricostruito da L. MARENGO, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 144.

² In tal senso v. F. TOMMASEO, in *AA. VV.*, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Giuffrè, Milano 2003, p. 630; R. CONTE, *La Cassazione chiude le porte al foro esclusivo del consumatore?*, in «*Corr. giur.*», 2001, p. 1438; F. LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in «*Riv. dir. proc.*», 1998, p. 714; E. DALMOTTO, *Un foro esclusivo per il consumatore?*, in «*Giur. it.*», 1997, p. 161; R. VACCARELLA, *Il problema del foro competente nei contratti fra professionista e consumatore*, in «*Doc. giust.*», 1996, p. 1707.

agli ulteriori criteri di collegamento dettati dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c.³

Una divergenza interpretativa in ordine alla portata del dettato normativo in esame si manifestò altresì in seno alla giurisprudenza, altrettanto discorda nell'attribuire natura sostanziale o processuale della disposizione *de qua*⁴; tale contrasto venne definitivamente risolto nel 2003, quando le sezioni unite⁵ affermarono la sussistenza di un foro esclusivo coincidente con il luogo di domicilio o residenza del consumatore, beneficiario del *forum actoris*⁶.

Successivamente, la giurisprudenza di legittimità⁷ ha sancito la relatività

³ M. DE CRISTOFARO, *La tutela processuale del consumatore tra volontà di espansione ed opzioni conservative: contrasti in cerca di assestamento nella giurisprudenza della S.C.*, in «Resp. civ. e prev.», 2002, p. 114; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in «Corr. giur.», 1997, p. 478; M. CIAN, *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile*, in «Studium juris», 1996, p. 411; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Milano, 1996, p. 26, i quali, nel sostenere che all'eventuale dichiarazione di vessatorietà della clausola abusiva consegue l'applicazione dei criteri di collegamento previsti dal codice di rito, ritengono che l'art. 33, 2° comma, lett. u, d.lgs. 206/2005 si limiti ad introdurre un criterio di valutazione atto a neutralizzare lo squilibrio tra le parti del relativo rapporto contrattuale. In generale, sul tema, cfr. altresì V. ZENO ZENCOVICH-M.C. PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2009, p. 267; C. MARSEGLIA, *Il foro esclusivo derogabile del consumatore*, in «Contr.», 2009, p. 631; P. GENTILE, *Il foro del consumatore ed il codice del consumo*, in «Rass. dir. civ.», 2008, p. 68.

⁴ Rilevante, tra gli altri, al fine di stabilire la retroattività della disciplina in esame. Sul punto si segnalano le opposte posizioni di Cass. 28 agosto 2001, n. 11282, in «Foro it.», 2001, I, coll. 3587, con nota di A. PALMIERI; «Corr. giur.», 2002, p. 217, con nota di R. CONTI; «Contr.», 2002, p. 5, con nota di R. SENIGAGLIA e Cass. 24 luglio 2001, n. 10086, in «Rep. Foro it.», 2001, voce *Contratto in genere*, n. 319; «Corr. giur.», 2001, p. 1436 con nota di R. CONTI; «Contr.», 2001, p. 1077, con nota di G. CAPILLI; «Resp. civ.», 2002, p. 114; nonché Cass. 22 novembre 2000, n. 15101, «Rep. Foro it.», 2001, voce *Contratto in genere*, n. 319; «Contr.», 2001, p. 785, con nota di F. FARKAS.

⁵ Cass., S.U., 1° ottobre 2003, n. 14669, in «Foro it.», 2003, I, coll. 3298, con nota di A. PALMIERI; «Giust. civ.», 2004, p. 2701, con nota di N. LIPARI e «Corr. giur.», 2003, p. 1427, con nota di R. CONTI.

⁶ La giurisprudenza successiva ha fatto salva la possibilità che il consumatore, agendo in giudizio, si avvalga degli ulteriori criteri di competenza dettati dal codice di rito, senza che l'incompetenza possa essere eccepita dal professionista o rilevata d'ufficio dal giudice, così Cass. 16 aprile 2012, n. 5974, in «Giur. it.», 2012, p. 990; 8 febbraio 2012, n. 1875, «Foro it.», 2012, I, coll. 1426, con nota di A. PALMIERI. Al contrario, Cass. 18 giugno 2008, n. 16557, in «Rep. Foro it.», 2008, voce *Competenza civile*, n. 58, ha affermato che, nei giudizi promossi dal professionista, l'incompetenza *ex art. 33, 2° comma, lett. u, d.lgs. 206/2005* è rilevabile *ex officio* entro la prima udienza di trattazione.

⁷ Così Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, «Contr.», 2010, p. 1085, con nota di F.P. PATTI; «Nuova giur. civ. comm.», 2011, I, p. 99, con nota di M. FARNETI; 6 settembre 2007,

della presunzione di vessatorietà prevista dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons. – che, dunque, è superabile ai sensi dell'art. 34, 4° comma, cod. cons. – e, nell'imputare il relativo onere probatorio al professionista, ha dichiarato la derogabilità di tale criterio di competenza esclusivamente in sede di trattativa individuale tra le parti⁸.

Se tale impostazione – che assume il carattere soggettivo del citato criterio di competenza⁹ – è stata pacificamente recepita dalla giurisprudenza di legittimità finanche nei giudizi volti ad accertare la responsabilità del professionista¹⁰ e, per ciò che qui rileva, nelle controversie tra medico e paziente¹¹, occorre notare che, al contrario, l'applicabilità di tale foro speciale non risulta altrettanto costante con riguardo ai giudizi promossi nei confronti della struttura sanitaria.

Infatti, con una prima pronuncia resa sul tema¹², la S.C., nell'introdurre

n. 18743, in «Foro it.», 2008, I, coll. 1164, con nota di A. PALMIERI; 23 febbraio 2007, n. 4208, *id.*, 2007, I, coll. 2439; 20 agosto 2004, n. 16336, *id.*, 2005, I, coll. 1855. Sul punto si segnala altresì Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, *id.*, 2008, I, coll. 3528, con nota critica di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; «Obbl. e contr.», 2009, p. 335, con nota di F. LUCCHESI; «Giust. civ.», 2009, p. 981, con nota di C. DALIA, «Resp. civ.», 2009, p. 583, con nota di S. VERUCCI, la quale, nel richiedere la sussistenza di una trattativa connotata dai requisiti dell'individualità, serietà ed effettività, equipara l'ipotesi in cui il contratto sia stato redatto unilateralmente dal professionista attraverso la predisposizione di moduli e formulari (circostanza, quest'ultima, che deve essere specificamente allegata dal consumatore) e quella in cui, invece, il contratto sia stato negoziato individualmente. In dottrina, sul tema, cfr. S. MEUCCI, *Sub art. 34*, in *Codice del consumo* a cura di G. Vettori, CEDAM, Padova, 2007, p. 361; S. MONTICELLI, *Sub art. 34*, in *I contratti del consumatore* a cura di E. Cesaro, CEDAM, Padova, 2007, 454; E. GRAZIUSO, in *AA. VV. Codice del consumo - Commento al d.leg. 6 settembre 2005 n. 206*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 395; R. PARDOLESI-A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note a margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *AA. VV. Diritto privato*, 1996, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, CEDAM, Padova, 1997, p. 417.

⁸ Purché la clausola derogatoria sia autonomamente predisposta e specificamente sottoscritta dalle parti, in tal senso v. Cass. 27 novembre 2012, n. 21070, in «Giur. it.», 2013, p. 2107, con nota di M. RUSSO; 27 febbraio 2012, n. 2970, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Contratto in genere*, n. 464; 20 marzo 2010 n. 6802, in «Foro it.», 2010, I, coll. 2442, annotata da O. TROMBETTI.

⁹ Così A. CARRATTA-C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2017, p. 278.

¹⁰ Cass. 12 marzo 2014, n. 5703, in «Rep. Foro it.», voce *Competenza civile*, n. 66; 24 gennaio 2014, n. 1464, *ibid.*, voce *Contratto in genere*, n. 305; 26 settembre 2008, n. 24257, «Foro it.», I, coll. 1111; «Corr. giur.», 2009, p. 800, con nota di F. AGNINO.

¹¹ Cfr. Cass. 27 febbraio 2009, n. 4914, in «Foro it.», 2009, I, coll. 2684.

¹² Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, in «Danno e resp.», 2010, p. 56, con nota di A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI; «Giust. civ.», 2010, I, p. 973, con nota di A. LAMORGESE; «Foro it.», 2009, I,

un regime differenziato a seconda della natura pubblica o privata dell'ente ospedaliero, ha escluso l'applicabilità del foro del consumatore ai giudizi promossi dall'utente che fruisca del servizio sanitario nazionale.

In particolare, pur premettendo l'attrazione dei servizi pubblici nell'ambito applicativo del codice del consumo¹³, la Corte affida la soluzione negativa a un duplice ordine di argomenti: in primo luogo, il Collegio esclude che la posizione dell'utente della struttura sanitaria pubblica sia equiparabile a quella del consumatore, giacché l'articolazione territoriale del servizio sanitario nazionale gli attribuisce una libertà di scelta, cui corrisponde la speculare responsabilità in ordine al radicamento dell'eventuale vicenda giudiziaria; del pari, la Corte nega la qualità di professionista *ex art. 3, lett. c, cod. cons. dell'azienda sanitaria pubblica*, là dove quest'ultima, garantendo l'erogazione della prestazione sanitaria finanche in ipotesi di perdita, non opera sotto l'egida del principio di economicità¹⁴. Al contrario, l'azienda sanitaria privata, la cui attività risulta improntata al perseguimento di un utile, soggiace all'applicazione della disciplina dettata dal d.lgs. 206/2005 a tutela del consumatore, mentre la struttura privata che operi in regime di accreditamento presso il S.S.N. è equiparata a quella pubblica, poiché, similmente, non esercita un'attività imprenditoriale, salva l'ipotesi in cui offra prestazioni aggiuntive, il cui costo grava direttamente sul paziente.

Tanto premesso, la Corte spende un argomento ulteriore (seppur non dirimente) e, nel rilevare l'assenza di un contratto a fondamento del rapporto intercorrente tra l'utente e la struttura sanitaria pubblica, afferma l'insussistenza del presupposto oggettivo richiesto ai fini dell'applicazione del foro speciale previsto dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons.¹⁵

coll. 2683; «Riv. dir. proc.», 2009, p. 662, con nota di E. MERLIN; «Resp. civ. e prev.», 2009, p. 1291, con nota di D. CHINDEMI; «Resp. civ.», 2009, p. 918, con nota di D. NARDI.

¹³ Riconosciuta la sostanziale equiparazione tra consumatore e utente riscontrabile nel corpo del codice del consumo e, in particolare, all'art. 2, 2° comma, lett. *g*, e all'art. 101 cod. cons. che, rubricato «Erogazione di servizi pubblici», dispone la sottoposizione dei rapporti tra utenti e aziende pubbliche alla disciplina consumeristica, salvo l'adozione di specifiche normative nell'ambito di ciascun servizio pubblico ad opera di Stato e Regioni.

¹⁴ Tale definizione di matrice finalistica si riscontra altresì in Cass., 10 luglio 2008, n. 18863, in «Danno e resp.», 2009, p. 385, con nota di F. BARTOLINI; febbraio 2007, n. 42098, in «Contr.», 2007, p. 1071; 18 settembre 2006, n. 20175, in «Foro it.», 2007, I, coll. 119; 13 giugno 2006, n. 13643, in «Giust. civ.», 2007, p. 1175.

¹⁵ In dottrina, sul punto, cfr. P. TROIANO, *Gli enti pubblici come «professionisti» e come «consumatori»*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Commentario*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, CEDAM, Padova, 1999, p. 183, il quale osserva che, ai sensi della direttiva CE/13/1993, non rileva il regime

La soluzione accolta dalla Corte, strenuamente criticata dai commentatori, non convince¹⁶.

In primis, posta la sovrapponibilità delle due categorie di soggetti¹⁷, non sembra legittimarsi la peculiarità riscontrata dalla S.C. nella posizione dell'utente del servizio sanitario nazionale, giacché anche il consumatore, al pari del primo, dispone della facoltà di rivolgersi liberamente a un'impresa ubicata in un luogo diverso da quello di propria residenza e, purtuttavia, beneficia del *forum actoris*.

Altrettanto discutibile risulta il mancato riconoscimento della qualifica di professionista alle strutture sanitarie pubbliche¹⁸, le quali, sin dalla privatizzazione operata dal d.lgs. 502/1992, sono tenute a orientare la propria attività a criteri di efficienza ed economicità¹⁹; inoltre, il requisito

pubblico o privato della gestione ma, piuttosto, la circostanza che il servizio sia reso su base contrattuale.

¹⁶ Confermata da Cass., 16 giugno 2011, n. 13202, in «Rep. Foro it.», 2011, voce *Competenza civile*, n. 78 e 20 marzo 2010, n. 6824, id., 2010, voce cit., n. 48. Sul tema si segnala altresì Cass. 24 dicembre 2014, n. 27391, in «Resp. civ e prev.», 2015, p. 836, con nota di M. della Corte, la quale, nel recepire la soluzione accolta in precedenza, esclude che nella fattispecie *de qua* possa trovare applicazione l'impostazione adottata da Cass. 11 gennaio 2007, n. 396, in «Rep. Foro it.», 2007, voce *Fallimento*, n. 453; in «nuova giur. civ. comm.», 2007, p. 1055, con nota di L. Delli Priscoli; in «Contr.», 2007, p. 643, con nota critica di A. Galati; questa equipara la posizione del terzo beneficiario della polizza assicurativa a quella dell'utente del servizio sanitario nazionale, definito in termini di consumatore. *Contra*, v. già Cass., 12 dicembre 2008, n. 29276, in «Foro it.», 2009, I, coll. 2684, secondo cui deve escludersi che al terzo trasportato, estraneo al regolamento negoziale assicurativo, spetti la qualifica di consumatore.

¹⁷ Sull'equiparazione tra consumatore e utente di pubblici servizi, cfr. A. MUSIO-P. STANZIONE, *La tutela del consumatore*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, XXX, 2009, p. 16; M.S. PIRRUPATO, *Profili di tutela del «diritto alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti*, in *Il diritto dei consumi* a cura di P. Perlingeri, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 398 s. In argomento cfr. altresì A.M. BENEDETTI, *Utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività?*, in «Pol. dir.», 2007, p. 463, il quale rileva la sussistenza di una posizione privilegiata degli utenti dei servizi pubblici, beneficiari di rimedi alternativi e/o amministrativi ulteriori rispetto ai consumatori; tra questi figura l'azione di diffida collettiva che, volta ad ottenere il rispetto degli *standard* di qualità ed efficienza del servizio, è esperibile dinanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa finanche nel caso in cui il soggetto erogatore difetti della qualifica di imprenditore. Precisa l'A. che, nella fattispecie *de qua*, l'azione risarcitoria segue le vie ordinarie.

¹⁸ Sul punto cfr. E. MERLIN, *Op. ult. cit.*, p. 668, che, nell'auspicare l'intervento della C.G.U.E. sul tema, rileva la dirompenza di tale asserzione, la quale, se estremizzata, potrebbe condurre ad escludere l'integrale applicabilità della disciplina dettata dall'art. 33 cod. cons. in ordine alle clausole vessatorie.

¹⁹ Così Cass. 1° dicembre 2009 n. 25314, in «Rep. Foro it.», 2009, voce *Sanità pubblica*, n.

dell'imprenditorialità non si ricava – o quanto meno non esclusivamente – dal criterio di economicità di gestione, giacché rileva prevalentemente la stabilità della dimensione organizzativa dell'impresa nell'esercizio di un'attività professionale²⁰, a prescindere dalla natura del soggetto agente.

Tanto premesso, tralasciando ogni considerazione relativa alla necessaria reciprocità intercorrente tra le nozioni di consumatore e professionista²¹, è l'ultimo argomento speso dalla Corte a destare maggiori perplessità, perché, rilevando nell'assenza di un contratto tra le parti un motivo ostativo all'applicabilità del foro del consumatore nelle controversie *de quibus*, contravviene al consolidato orientamento affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, cui si deve, *in primis*, la tipizzazione del contratto di spedalità, indirettamente recepito finanche dall'attuale formulazione dell'art. 7, 1° comma, l. 24/2017²².

In conclusione, il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria risponde alla medesima esigenza di tutela del soggetto debole²³ che, declinata sotto il profilo processuale dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons., consente la piena equiparazione tra paziente e consumatore, cui, pertanto, consegue l'automatica applicabilità del foro speciale ivi disciplinato alle controversie in tema di *medical malpractice*.

387, seppur con riferimento alla natura dei rapporti lavorativi intercorrenti tra l'ente e il personale e nonostante l'abrogazione dell'art. 3, comma 1° *ter*, d.lgs. 502/1992 ad opera del d.lgs. n. 163/2006, a sua volta sostituito dal d.lgs. 50/2016; nonché, precedentemente, 14 luglio 1994, n. 5766, in *id.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1397, con riferimento all'applicabilità della l. 300/1970 al rapporto lavorativo tra medico ed ente. In dottrina, v. E. CATERINI, *Rapporto di assistenza, «contenuto minimo» e tutela della persona*, in *Il diritto dei consumi*, cit., pp. 27 e 44.

²⁰ Sul punto cfr. A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Op. ult. cit.*, p. 72, i quali rilevano l'assenza, nella normativa eurounitaria, di una differenziazione concettuale tra la categoria di professionista e imprenditore che, al contrario, adotta il nostro ordinamento.

²¹ Che, integrante un'endiadi, esclude la possibile dissociazione tra le due categorie, così M. DELLA CASA, *Op. ult. cit.*, p. 845, nonché A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Op. ult. cit.*, p. 70. In generale, sul tema, cfr. E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2003, p. 1183; G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in «Contr.», 2001, p. 205; F. DI MARZIO, *Intorno alla definizione di consumatore nei contratti*, in «Giust. civ.», 2001, p. 2151.

²² Sul tema si rinvia all'introduzione del presente volume, p. 9.

²³ Infatti, la *ratio* che informa la disciplina di ispirazione protezionistica dettata dal codice del consumo si riscontra altresì nella relazione tra medico e paziente, altrettanto sintomatico dell'asimmetria informativa connotante il rapporto tra professionista e consumatore.

Abstract

Lo scritto approfondisce il discusso tema dell'applicabilità del foro speciale dettato dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons. ai giudizi relativi alla responsabilità della struttura sanitaria, analizzando in chiave critica i diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinari in ordine all'(in)derogabilità di tale criterio di competenza.

Nota biografica

Ginevra Ammassari è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e Diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi Roma Tre.
È autrice di note e commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati su riviste scientifiche italiane.

