

CASSAZIONE PENALE - Sezione IV - sentenza n. 9814 del 6 marzo 2015

LA ASL È ECONOMICAMENTE RESPONSABILE DEI FATTI COMMESSI DAI MEDICI DI CONTINUITÀ ASSISTENZIALE

In ragione della posizione periferica in cui è posto il medico convenzionato rispetto all'organizzazione del servizio, in caso di sostituzione del medico per assenza, ancorché mediante individuazione da parte dell'assente del sostituto, non può configurarsi in capo a quest'ultimo la responsabilità contrattuale riconducibile all'art. 1228 c.c., ed è improprio attribuire al medico sostituito gli stessi obblighi contrattuali che competono all'Azienda sanitaria con riguardo per l'attività dei medici ospedalieri o dei medici di guardia, come si legge nella sentenza di primo grado.

Con riferimento alle prestazioni erogate dal servizio di Continuità Assistenziale, i caratteri del rapporto fiduciario tra cittadino e medico appaiono estremamente sfumati. Difetta del tutto l'elemento della scelta da parte del paziente, la quale, peraltro, è incompatibile con la funzione di pronto intervento del servizio. La Continuità Assistenziale introduce caratteri di organizzazione nell'esercizio della professione che vanno oltre la sussidiarietà di turnazioni, in quanto il sanitario è inserito all'interno di una struttura complessa e articolata; la progressiva spersonalizzazione della prestazione professionale, sempre più inserita in processi formali di organizzazione, ha l'effetto di trasferire la responsabilità, quanto meno economica, dal singolo alla struttura, ai sensi dell'art. 1228 c.c., per fatti commessi dai medici di continuità assistenziale.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - SEZIONE QUARTA PENALE composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ZECCA Gaetanino - Presidente -
Dott. FOTI Giacomo - Consigliere -
Dott. ESPOSITO Lucia - rel. Consigliere -
Dott. GRASSO Giuseppe - Consigliere -
Dott. DOVERE Salvatore - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

MO.SI. N. IL (OMISSIS);

nei confronti di:

M.K.L. N. IL (OMISSIS);

B.E. N. IL (OMISSIS);

MA.VA.MH. N. IL (OMISSIS);

inoltre:

M.K.L. N. IL (OMISSIS);

B.E. N. IL 28/01/1975 MA.VA.MH. N. IL (OMISSIS);

AZIENDA ASL (OMISSIS);

S.M. N. IL (*OMISSIS*);

MO.AR. N. IL (*OMISSIS*);

S.S.;

avverso la sentenza n. 4010/2011 CORTE APPELLO di FIRENZE, del 25/10/2012;

visti gli atti, la sentenza e il ricorso;

udita in PUBBLICA UDIENZA del 23/05/2014 la relazione fatta dal Consigliere Dott. ESPOSITO LUCIA;

Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. GERACI Vincenzo, che ha concluso per l'annullamento con rinvio per B.E..

Rigetto per i ricorrenti ricorsi.

Udito, per le parti civili ricorrenti, l'Avv. V. F., che deposita revoca di continuazione di parte civile per M.S. e M.A. e conclusioni scritte alle quali si riporta;

Udito, il difensore Avv. B. D. per le parti civili non ricorrenti S.N., N.C. e S.M. che deposita conclusioni e chiede la conferma della sentenza di secondo grado;

udito per il responsabile civile AZIENDA (*OMISSIS*), il difensore Avv. F.G. che si riporta ai motivi di ricorso e ne chiede l'accoglimento;

Udito, per il responsabile Civile, G.M.L. il difensore di fiducia Avv. L. P.F. che chiede la conferma della sentenza;

Udito per la ricorrente M. l'Avv. (Ndr: testo originale non comprensibile) Tommaso in sost. dell'Avv. F. che si riporta ai motivi di ricorso;

Udito per il ricorrente B.E. il difensore di fiducia (Ndr: testo originale non comprensibile) che chiede l'annullamento senza rinvio.

Udito il difensore Avv. V. per il ricorrente Ma. che si riporta ai motivi di ricorso e insiste per l'accoglimento.

Svolgimento del processo

1. Il Tribunale di Pontassieve dichiarava i medici M.K. L. e Ma.Va.Mh., la prima quale medico sostituto del pediatra di base e il secondo quale medico presso il servizio di continuità assistenziale di Pontassieve, responsabili del reato di omicidio colposo in danno della minore S.E., deceduta a causa delle complicanze conseguenti a due interventi chirurgici per peritonite diffusa da appendicite gangrenosa perforata. Assolveva dallo stesso reato B.E., medico presso la guardia medica di (*OMISSIS*). Condannava in solido gli imputati ritenuti responsabili e i responsabili civili - specificamente G.M. L. quale medico di base sostituito dalla M. per quest'ultima e l'Azienda ASL (*OMISSIS*) per il Ma., a risarcire i danni sofferti dalle parti civili, congiunti della vittima, in favore dei quali liquidava somme a titolo di provvisoria.

2. Con sentenza del 25 ottobre 2012 la Corte d'Appello, in parziale riforma della sentenza del giudice di primo grado, dichiarava la responsabilità del B. (e per lui della ASL) in ordine al reato ascrittogli; revocava la condanna al risarcimento dei danni nei confronti di G.M.L., ritenendo insussistente la responsabilità della predetta ex art. 1228 c.c.; rideterminava le concesse provvisorie e rigettava nel resto le impugnazioni proposte dagli imputati e dai responsabili civili.

3. Alla M. era addebitato che - informata telefonicamente il 20 marzo 2008 dei disturbi, insorti durante la notte, accusati dalla minore e consistenti in dolori addominali e ripetuti attacchi di vomito - aveva formulato, senza procedere a visita, diagnosi di sindrome influenzale virale; che, nuovamente contattata e informata della persistenza dei sintomi e della difficoltà a deambulare della Somigli, nonché invitata a effettuare visita a domicilio, aveva confermato la precedente diagnosi con prescrizione di farmaci antinfluenzali e aveva ribadito la medesima, altresì, il giorno successivo, nonostante il quadro patologico si fosse modificato e aggravato per sopravvenienza di iperpiressia, stipsi e irradiazione dei dolori dalla vescica all'ombelico e alla parte destra dell'addome, escludendo espressamente che i sintomi potessero orientare per una diagnosi di appendicite. Si limitava, quindi, a prescrivere un clistere, non ravvisando la necessità di sottoporre a visita la bambina, anzi sconsigliandone il ricovero prospettato dalla madre perché ritenuto non opportuno ed eccessivo.

4. Al B., nella qualità indicata, era addebitato di avere escluso esplicitamente - dopo essere stato contattato telefonicamente nelle prime ore del 21 marzo ed essere stato informato delle condizioni in cui versava la bambina mediante descrizione dei sintomi, senza ritenere necessaria una visita - un'infezione di appendice, prescrivendo una supposta di glicerina.

5. Al Ma., nella qualità indicata, era addebitato che - dopo essere stato contattato telefonicamente alle ore 20 del (*OMISSIS*) ed essersi recato presso l'abitazione della paziente, averla sottoposta a visita ed essere stato informato della sintomatologia e della sua evoluzione - aveva omesso una diagnosi precisa, non disponendo di conseguenza alcun ricovero d'urgenza presso una struttura ospedaliera, consigliando il ricovero della bambina solo nel caso di non miglioramento dei sintomi delle ore o nel giorno successivi.

6. Avverso la sentenza propongono ricorso per cassazione singolarmente gli imputati, le parti civili Mo.Si., anche quale genitore esercente la potestà su S.M., e Mo.Ar. con riferimento all'esclusione della responsabilità di G.M.L., oltre alla Azienda ASL (*OMISSIS*) in qualità di responsabile civile.

6.1. La M. deduce carenza o vizio di motivazione con riferimento alle censure dell'atto di appello; errata interpretazione delle risultanze istruttorie circa la sussistenza del nesso causale ed erronea applicazione della legge penale con riferimento all'art. 40 c.p., comma 2 e art. 589 c.p.. Rileva che la Corte d'Appello, confermando la sentenza del giudice di primo grado, era incorsa nel medesimo errore di individuazione del nesso di causa tra condotta ed evento. Evidenzia che il giudice d'appello impernia la responsabilità dell'imputata sul profilo soggettivo della colpa, mancando al costruito logico della sentenza l'intera disamina del giudizio controfattuale ipotetico. Osserva che l'istruttoria dibattimentale ha evidenziato che la aspecificità dei sintomi descritti telefonicamente avrebbe impedito di indirizzare qualunque medico. Rileva che nel (*OMISSIS*) era diffusa una forma virale che interessava la regione gastroenterica, caratterizzata dai medesimi sintomi descritti dalla S.. Evidenzia che neppure il Ma. aveva rilevato una chiara sintomatologia di appendicite e che l'evoluzione della patologia era intervenuta dopo la visita da parte di quest'ultimo, talché, anche sostituendo l'omissione con la condotta doverosa, non sarebbe stato possibile all'imputata pervenire a una più corretta diagnosi, sì da impedire l'evento.

6.2. Il Ma. deduce nullità della sentenza per mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione. Rileva che dalle risultanze istruttorie emerge che il decorso della patologia fu chiaramente percepito dai genitori della minore con l'evidente peggioramento alle sette del mattino successivo alla visita del ricorrente, talché la sentenza è carente di motivazione sulle valutazioni, le scelte dei familiari e il ritardo nelle medesime. Osserva che la motivazione è allo stesso modo insufficiente in punto di nesso causale, poiché le relazioni dei consulenti introducevano il ragionevole dubbio riguardo all'idoneità di un ricovero immediato a salvare la vita della piccola paziente.

6.3. Il B., a sua volta, rileva mancanza, contraddittorietà e illogicità della motivazione con riferimento all'affermazione di responsabilità, all'evitabilità dell'evento e alla valutazione degli elementi di prova. Evidenzia che la motivazione non risponde ai requisiti di logicità e completezza, tenuto conto anche che la responsabilità dell'imputato era stata affermata per la prima volta in appello. Rileva che la Corte d'Appello non aveva valutato l'attendibilità della madre della sig.ra Mo. con riguardo alla sintomatologia riferita telefonicamente alla guardia medica. Osserva che l'accertamento in ordine alla imperizia dell'imputato si caratterizza per una necessaria autonomia rispetto all'indagine relativa agli altri sanitari e che, se si fosse voluto riconoscere connessione tra l'operato della guardia medica e quello della pediatra M., la stessa avrebbe assunto rilevanza in termini di affidamento sulla diligenza dell'operato della collega e sul ruolo dallo stesso svolto in relazione alle valutazioni del ricorrente, aspetto che non era stato tenuto in conto dalla Corte territoriale.

Evidenzia che la motivazione omette di soffermarsi sulla descrizione delle violazioni delle regole cautelari nelle quali sarebbe incorso il B., talché non era dato individuare i profili di colpa attribuiti al predetto.

Osserva, inoltre, che la Corte territoriale omette l'indagine in ordine all'incidenza causale della presunta condotta colposa del ricorrente: difetta, in particolare, il giudizio controfattuale e la valutazione riguardo all'influenza del ritardo diagnostico sul tragico evento. Rileva che il processo evidenzia un complesso quadro istruttorio non adeguatamente valutato, rispetto al quale l'assoluzione in primo grado era risultata addirittura pregiudizievole per la difesa dell'imputato. Formula istanza di sospensione dell'esecuzione della condanna ai sensi dell'art. 612 c.p.p..

6.4. La ASL (*OMISSIS*) propone impugnazione, deducendo violazione di legge e vizio di motivazione in punto di sussistenza degli elementi del nesso causale e della colpa, con riferimento a entrambi i medici del servizio di continuità assistenziale. Rileva, altresì, la propria carenza di legittimazione passiva, osservando che al servizio di continuità assistenziale, demandato ai medici convenzionati del servizio Sanitario Nazionale attraverso un rapporto di lavoro continuativo, non consegue alcun rapporto di immedesimazione organica, né di ausiliarità tale da comportare la responsabilità della ASL sul piano civile. Deduce, altresì, violazione ed erronea applicazione di legge con riferimento all'entità dell'importo stabilito a titolo di provvisorio.

6.5. Le parti civili propongono ricorso per cassazione limitatamente alla statuizione che ha escluso la responsabilità civile di G. M.L.. Deducono violazione o erronea applicazione degli artt. 1228 e 2049 c.c.. Osservano che la disciplina dei rapporti tra sostituto e medico sostituito è

tracciata dall'art. 36 dell'Accordo Collettivo nazionale. La sostituzione si instaura con l'atto di designazione del sostituto ad opera del sostituito al di fuori da qualsiasi interlocuzione da parte del paziente, il quale ha scelto soltanto il sostituito. Il sostituito, inoltre, opera con i mezzi (ambulatorio) e secondo le scansioni temporali del sostituito, il quale viene retribuito dal sostituto con un importo di circa il 55% di quanto a lui spetta. Ne discende che il rapporto obbligatorio deve intendersi creato tra la G. e la paziente, talché quest'ultima ha adempiuto alla sua obbligazione tramite la M. e, pertanto risponde del danno da lei cagionato.

7. Le parti civili non ricorrenti e G.M.L. hanno presentato memorie illustrative.

Motivi della decisione

1. Il ricorso avanzato dalla M. è infondato e va rigettato. In ordine al profilo di censura attinente alla presunta inadeguata valutazione del nesso causale, si evidenzia che correttamente il giudizio sul punto è stato trattato in sentenza unitamente alla tematica della colpa, cui è inscindibilmente connesso, trattandosi di stabilire se nel corso del rapporto con il medico di base fosse effettivamente diagnosticabile mediante visita (che, in concreto omessa, si assume doverosa) la malattia che condusse a morte la piccola paziente. Al riguardo non assume importanza preminente la sintomatologia riferita in sede di primo contatto (talché non ha rilevanza in termini di decisività la notazione secondo la quale la sentenza sarebbe incorsa in travisamento della prova nella valutazione delle dichiarazioni della madre della minore riguardo ai sintomi riferiti), poiché ciò che assume rilievo centrale è soprattutto la condotta successiva del medico, specificamente quella tenuta nella tarda mattinata del giorno dopo la prima valutazione, nel corso della conversazione telefonica intervenuta alle 12 circa del (*OMISSIS*). Ad essa correttamente la Corte territoriale riconduce il riferito consolidamento del quadro sintomatologico, data "la peculiare sequenza dei sintomi sofferti dalla paziente, il progressivo aggravamento delle sue condizioni, l'inefficacia delle medicine antinfluenzali", tale da rendere cogente la visita domiciliare e rispetto al quale l'omissione della M. diventa inescusabile. A fronte di ciò perdono decisività i rilievi attinenti al dedotto travisamento della prova, nè può assumere rilevanza in discolta dell'imputata la condotta tenuta dal Ma., non potendosi giustificare un errore dovuto a colpa per il fatto che altri sia incorso nel medesimo errore. In tale contesto rimane sfornita di qualsiasi sostegno la censura attinente al vizio di motivazione, quest'ultimo, peraltro, ravvisabile soltanto in ipotesi di percorso motivazionale palesemente incongruo, nella specie non ravvisabile, viepiù tenuto conto della motivazione integrata delle sentenze di primo e secondo grado in ipotesi di doppia conforme (per tutte Cass. Sez. U., Sentenza n. 24 del 24/11/1999, Rv. 214794: "L'illogicità della motivazione, come vizio denunciabile, deve essere evidente, cioè di spessore tale da risultare percepibile "ictu oculi", dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purché siano spiegate in modo logico e adeguato le ragioni del convincimento").

2. Quanto alla posizione del Ma., il ricorso non coglie nel segno in relazione a entrambe le doglianze. In ordine a quella relativa al profilo della colpa occorre evidenziare che poco conta discutere riguardo all'esatto significato delle parole rivolte dal ricorrente ai familiari in occasione della visita: ciò che connota come gravemente colposo il comportamento dell'imputato, cui compete a seguito del contatto con la paziente una posizione di garanzia, è l'atteggiamento di assoluta trascuratezza del medico di guardia, il quale avrebbe dovuto sorvegliare sulla predetta, verificando in prosieguo quali fossero le sue condizioni e disponendo direttamente, se necessario, il suo ricovero, piuttosto che demandare impropriamente decisioni a soggetti privi di competenze specifiche.

Sotto l'aspetto relativo alla sussistenza del nesso di causalità va rilevato che, risultando un consistente iato temporale tra la visita della sera del 21 marzo e il ricovero in pronto soccorso del giorno successivo, si rivela coerente e logica la conclusione affermativa dei giudici del merito, tanto più ove si consideri che al momento dell'accettazione in pronto soccorso, alle 16.58 del (*OMISSIS*), fu rilevato un addome ancora non legnoso e intrattabile, condizione constatata, invece, dal chirurgo un'ora dopo.

3. Passando all'esame della posizione del B., va evidenziato, in primo luogo, che, secondo un orientamento costantemente manifestato da questa Corte, al quale il collegio aderisce, in caso di riforma della sentenza di primo grado in appello incombe sul giudice di secondo grado un obbligo di motivazione rafforzato (tra le tante, Cass. n. 22120 del 2009, Rv. 243946; Sez. 6^a, Sentenza n. 6221 del 20/04/2005, Rv. 233083: "Il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza e non può, invece, limitarsi ad imporre la propria valutazione del compendio probatorio perché preferibile a quella coltivata nel provvedimento impugnato"). E' alla luce del suddetto principio che va valutata la sufficienza e congruità della motivazione d'appello, in raffronto con quanto argomentato dal primo giudice. Va rimarcato che la sentenza di primo grado poggia il giudizio assolutorio su alcuni rilievi: 1) il dubbio in ordine alla completezza del quadro riferito dalla madre della minore, la quale, avendo maggiormente presenti i sintomi della trascorsa notte, potrebbe aver omesso di indicare il quadro di insorgenza come descritto il giorno precedente alla M.;

2) la considerazione del tempo trascorso (28 ore) dall'insorgenza dei primi sintomi, talché il quadro sintomatico poteva non essere significativo allo stesso modo di come rappresentato alla M. a 36 ore dall'esordio, con la conseguenza che non poteva ritenersi che il B. fosse in condizioni di diagnosticare la peritonite con sufficiente cognizione di causa. Tali elementi e, in particolare, le argomentazioni del Tribunale circa l'incompletezza delle informazioni offerte, rilevabili dalla deposizione della teste Mo., non sono stati adeguatamente confutati, laddove alla Corte medesima era richiesto, dal momento che l'originario giudizio assolutorio è stato rovesciato, un intervento atto a rendere chiaro l'addebito in capo al ricorrente.

3.1. Va rilevato, altresì, che questo giudice di legittimità ha avuto modo di chiarire che, in caso di riforma della sentenza assolutoria in appello, la diversa interpretazione del dictum dei testi

non può più avvenire sulla base di un mero esame cartolare degli atti, sempre che la prova testimoniale abbia carattere di decisività e che il giudice di appello avverta la necessità di rivalutare la attendibilità stessa del teste. La Corte EDU, infatti, con la sentenza relativa al "caso" Dan c/ Moldavia, (5 luglio 2011), pur "ammettendo la possibilità della reformatio in pejus in sede di appello di sentenza assolutoria pronunciata in primo grado, ha posto limiti significativi al modus operandi del secondo giudice" (Sez. 5^a, Sentenza n. 47106 del 25/09/2013 Rv. 257585). La Corte europea, infatti, ha ritenuto che si verifichi violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione nel caso in cui il processo di appello conduca a un ribaltamento della sentenza assolutoria (e quindi alla condanna dell'imputato), in assenza di qualsivoglia attività istruttoria, sulla scorta dei soli atti assunti in primo grado. Si tratta di principi direttamente applicabili, in virtù dell'art. 117 Cost., nel nostro diritto interno e considerati sovraordinati rispetto alle norme di legge ordinaria. Di conseguenza la decisione in malam partem, secondo la Corte europea, può essere assunta in appello solo se il giudice sovraordinato abbia personalmente ascoltato i testimoni e abbia valutato la loro attendibilità, essendo la valutazione dell'attendibilità di un testimone un compito complesso che non può essere espletato mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate.

3.2. Alla luce delle svolte considerazioni s'impone l'annullamento della sentenza impugnata con riferimento alle statuizioni concernenti B.E., con rinvio alla Corte d'Appello di Firenze per nuovo esame della posizione dell'imputato secondo le indicazioni e i criteri specificati.

4. Passando all'esame del ricorso avanzato dalle parti civili nei confronti della G., si evidenzia l'infondatezza del medesimo.

4.1. È noto, infatti, che il rapporto che lega il pediatra di famiglia alla Azienda Sanitaria è di tipo convenzionale, regolato dagli accordi collettivi di settore (Cass. Sez. L n. 20581 del 29/07/2008 (Rv. 604294): "In materia di medici convenzionati, va escluso che nell'ordinamento sia rinvenibile un principio generale, ancorché settoriale, di assimilazione delle prestazioni svolte presso enti sanitari dai medici in base a convenzioni, L. n. 833 del 1978, ex art. 48, a quelle rientranti nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, attesa l'assenza nei rapporti d'opera professionale (pur caratterizzati da collaborazione coordinata e continuativa) del requisito della subordinazione, dovendosi ritenere che le disposizioni che estendono l'applicabilità della normativa del pubblico impiego con equiparazione alle prestazioni subordinate abbiano carattere speciale ed eccezionale e siano insuscettibili di essere applicate al di fuori dei casi considerati". Ed invero "i rapporti cd. "convenzionali", instaurati tra i medici di medicina generale e gli enti preposti all'assistenza sanitaria, in base alle disposizioni della L. n. 833 del 1978, art. 48, e disciplinati da accordi collettivi resi esecutivi con decreti del Presidente della Repubblica, hanno natura privatistica di rapporti di prestazione d'opera professionale, svolta con carattere di parasubordinazione"(Sez. U, Sentenza n. 813 del 22/11/1999, Rv, 531365).

4.2. Tanto premesso, è da osservare che, pur non essendo legato da rapporto di lavoro dipendente con l'ASL, e fermo restando il rapporto fiduciario con i suoi assistiti, il medico o il pediatra di base, per le finalità organizzative del D.P.R. n. 270 del 2000 e successivi decreti integrativi, è anello del sistema assistenziale territoriale facente capo all'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, tanto che la sua designazione è fatta dall'Azienda e quest'ultima è tenuta alla vigilan-

za e al controllo disciplinare, oltre che alla remunerazione dell'attività. Nel descritto contesto, in ragione della posizione periferica in cui è posto il medico convenzionato rispetto all'organizzazione del servizio, in caso di sostituzione del medico per assenza, ancorché mediante individuazione da parte dell'assente del sostituto, non può configurarsi in capo a quest'ultimo la responsabilità contrattuale riconducibile all'art. 1228 c.c., ed è improprio attribuire al medico sostituto gli stessi obblighi contrattuali che competono all'Azienda sanitaria con riguardo per l'attività dei medici ospedalieri o dei medici di guardia, come si legge nella sentenza di primo grado. Va rilevato in proposito che l'accordo Collettivo Nazionale per la pediatria di famiglia del 2005, recepito dall'accordo nazionale, prevede all'art. 36, comma 4 che "il sostituto assume direttamente e formalmente, all'atto dell'incarico di sostituzione da parte del pediatra sostituto, le responsabilità professionali inerenti tutte le attività previste dal presente Accordo". Ciò significa che il medico sostituto subentra al medico titolare con piena responsabilità e autonomia, essendo ciò, peraltro, funzionale a garantire l'unicità del riferimento medico. In tale quadro non è possibile configurare una responsabilità civile in capo al medico titolare di assistenza sanitaria per i danni prodotti dalla condotta del proprio sostituto, in contrasto con la natura personalissima della prestazione medica. In definitiva il medico sostituto non agisce come ausiliario del medico sostituto, inteso quale debitore, come richiesto dall'art. 1228 c.c., poiché egli svolge l'attività in nome e per conto proprio. Una volta che siano state osservate le disposizioni previste tra Asl e medico titolare in ordine alla sostituzione di quest'ultimo (circostanza che non è in discussione nella specie), il paziente che si è rivolto al sostituto può dolersi nei suoi riguardi del suo operato e il medico sostituto è esonerato dalle conseguenze dannose dell'opera del sostituto (si veda sul punto Cass. Civ. sez. 3^a n. 25251 del 29/11/2011, rv. 620558: "alla stregua dell'art. 1228 cod. civ., possono considerarsi ausiliari del debitore solo coloro che agiscono su suo incarico e il cui operato sia assoggettato ai suoi poteri di direzione e controllo"). Correttamente, di conseguenza, la Corte territoriale ha escluso la responsabilità della G. per l'operato della M., con statuizione che va confermata.

5. Passando all'esame del ricorso proposto da Azienda Asl (OMISSIS), lo stesso si manifesta infondato e va rigettato.

5.1. Quanto ai motivi attinenti alla responsabilità del Ma., medico del servizio di continuità assistenziale, si rinvia alle argomentazioni svolte sub 2).

5.2. Trattando specificamente della questione attinente alla legittimazione passiva della Asl ex art. 1228 c.c. per fatto dell'ausiliario, occorre soffermarsi sulla natura del Servizio di Continuità Assistenziale. Esso è preordinato a garantire, in situazioni urgenti, l'assistenza medica di base e gratuita a domicilio. In forza del D.P.R. n. 41 del 1991, art. 13 "il medico che effettua il servizio di guardia in forma attiva deve presentarsi...presso la sede assegnatagli e rimanere a disposizione...per effettuare gli interventi domiciliari o a livello territoriale che gli saranno richiesti...Durante il turno di guardia il medico è tenuto ad effettuare al più presto tutti gli interventi che gli siano richiesti direttamente dall'utente...".

L'inquadramento sistematico del servizio di continuità assistenziale, emblematico del processo in atto di spersonalizzazione della relazione professionale medico-paziente, non è agevole e

sfugge a precise catalogazioni. Ed invero alla tradizionale prestazione medica si sostituisce l'articolazione di un servizio con capacità di erogazione nell'ambito di un'organizzazione complessa e il diritto alla salute si esercita nei confronti di una struttura pubblica che garantisce l'erogazione della prestazione mediante un regime articolato di responsabilità sussidiarie. Emerge evidente la differenza rispetto al rapporto tra medico e paziente nell'ambito del sistema di medicina generale e di base, pur nel comune inquadramento nello schema della parasubordinazione della relazione intercorrente tra il medico e il Servizio Sanitario Nazionale. Il rapporto dell'utente con il medico di base, infatti, come definito per effetto della legge istitutiva del S.S.N. e seguenti accordi modificativi, si caratterizza come una complessa relazione di durata e di fiducia che si instaura mediante la "scelta" da parte dell'assistito, esplicazione dell'esercizio di una libertà connessa al "diritto alla salute", come è confermato dal meccanismo che consente al paziente di modificare la scelta del medico secondo le regole previste dall'ordinamento. Esso si connota, pertanto, come rapporto privatistico fondato sul consenso (tanto che i criteri di distribuzione dell'utenza fra medici convenzionati è divenuta oggetto di intervento da parte del Garante della concorrenza e del mercato e la dottrina accosta la posizione del medico a quella del concessionario di pubblico servizio). Al contrario, con riferimento alle prestazioni erogate dal servizio di continuità assistenziale, i caratteri del rapporto fiduciario tra cittadino e medico appaiono estremamente sfumati. Difetta del tutto, in primo luogo, l'elemento della scelta da parte del paziente, la quale, peraltro, è incompatibile con la funzione di pronto intervento del servizio.

Specificamente, la continuità assistenziale introduce caratteri di organizzazione nell'esercizio della professione che vanno oltre la sussidiarietà di turnazioni. Il medico di continuità assistenziale opera in un quadro di riferimenti, sussidi tecnici e logistici (come quelli dell'emergenza), integrazioni e sostituzioni con il S.S.N. che gli consentono di circoscrivere la responsabilità in un rapporto stabile con un'organizzazione complessa e articolata. Ne consegue una progressiva spersonalizzazione della prestazione professionale, sempre più inserita in processi formali di organizzazione, che ha l'effetto di trasferire la responsabilità, quanto meno economica, dal singolo alla struttura. In questa prospettiva la ritenuta "contrattualizzazione" della responsabilità del medico del servizio di continuità nei confronti dell'assistito, derivante, secondo la costruzione giurisprudenziale delle sezioni civili di questa Corte, da contatto sociale, è la conseguenza del sistema di assistenza medica delineato dal legislatore, sempre più incentrato sulla responsabilità organizzativa del S.S.N. Il rapporto che si instaura tra cittadino e S.S.N. è un rapporto contrattuale (pur caratterizzato da elementi imposti) che travolge ogni concezione tradizionale del medico e riqualifica la singola prestazione riconducendola a un più complesso rapporto assistenziale, facendo emergere la responsabilità primaria e diretta dell'istituzione (nel senso che "la posizione dei sanitari della guardia medica, sulla base della organizzazione del servizio di continuità assistenziale, appare connotata dalla esistenza di un contatto sociale da cui scaturisce un obbligo di protezione" vedi Cass. Sez. 3^a, Sentenza n. 7529 del 2012). Alla luce dei rilievi svolti si giustifica pienamente la ritenuta responsabilità della ASL, a termini dell'art. 1228 c.c., per fatti commessi dai medici di continuità assistenziale, responsabilità nella specie riconosciuta dalla Corte territoriale.

5.3. In ordine al profilo di censura pure sollevato dalla ASL ricorrente con riferimento alla misura della provvisionale, vale richiamare il consolidato orientamento di questa Corte in forza del quale "le decisioni in tema di provvisionale, non necessariamente motivate, per la loro natura discrezionale e meramente deliberativa, non sono suscettibili di impugnazione in sede di legittimità" (per tutte, Cass. Sez. 5[^], sent. n. 40410 del 18/03/2004, Rv. 230105; Cass. Sez. 5[^], Sentenza n. 32899 del 25/05/2011 Rv. 250934).

6. In base alle svolte argomentazioni va disposto l'annullamento della sentenza impugnata con riferimento alla posizione del solo B., con rinvio per nuovo Esame alla Corte di Appello di Firenze. I ricorsi delle altre parti devono essere rigettati integralmente con conferma delle statuizioni civili nei confronti di tutte le parti civili e condanna di ciascuno dei ricorrenti, con esclusione del predetto B., al pagamento delle spese processuali e alla rifusione delle spese sostenute dalle parti civili, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta i ricorsi di M.K.L., Ma.Va.Mh., Azienda ASL (OMISSIS) e conferma le statuizioni civili in favore di S.M., S.N., N.C. e in danno degli odierni ricorrenti M., Ma. e Azienda ASL (OMISSIS) Condanna gli imputati sopra menzionati e la Azienda Asl responsabile civile, alla rifusione delle spese sostenute per questo giudizio di cassazione dalle parti civili e le liquida in Euro 3.600,00 oltre accessori come per legge in favore di S.M., e in Euro 6.000,00 oltre accessori come per legge in favore di S.M., S.N. e N.C.. Rigetta il ricorso delle parti civili G.M.L.. Annulla le statuizioni della sentenza impugnata relative a B.E. e Rinvia per nuovo esame alla Corte di Appello di Firenze.

Così deciso in Roma, il 23 maggio 2014.

Depositato in Cancelleria il 6 marzo 2015