

Luigi Principato
Professore aggregato di diritto costituzionale e diritto pubblico dell'economia
Università degli studi della Tuscia

La medicina d'emergenza e la l. n. 24 del 2017: profili civilistici nella legalità costituzionale.

Sommario: 1. La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria, attraverso il decreto Balduzzi e sino alla l. n. 24 del 2017. 2. La 'libertà' dell'attività medica e la medicina *ufficiale*. 3. La responsabilità della struttura sanitaria privata: limiti all'autonomia privata ed interpretazione conforme a Costituzione. Un accenno problematico. 4. La responsabilità civile del medico dell'emergenza dopo la legge Gelli.

1. La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria, attraverso il decreto Balduzzi e sino alla l. n. 24 del 2017.

La l. n. 24 del 2017 reagisce in modo significativo sul sistema della medicina d'emergenza, in specie sotto il profilo della responsabilità del medico.

La novella è l'ennesimo atto della "commedia della responsabilità"¹, votata alla composizione degli interessi – tutti meritevoli di protezione – del medico, dell'Ente in cui questi operi, del paziente e dello Stato.

Fra i molti, un punto particolarmente dolente è quello del medico ausiliario di struttura sanitaria pubblica (o privata convenzionata), specie se operante in emergenza-urgenza.

In origine, la responsabilità di questi era ricondotta al torto perché il paziente instaurava un rapporto contrattuale con l'Ente senza che vi fosse manifestazione alcuna di volontà riguardo agli operatori sanitari che in esso prestassero la propria attività professionale².

In via analogica, però, si riteneva applicabile l'art. 2236 c.c. ed il connesso esonero di responsabilità per colpa lieve.³

In seguito il sistema si è evoluto in chiave unitaria, accomunando la responsabilità della struttura a quella del medico di essa ausiliario, siccome entrambe derivanti dall'esistenza di un contratto d'opera con il paziente e, pertanto, assistite dalla *scriminante* dell'art. 2236 c.c., interpretata estensivamente in considerazione del fatto che l'intera attività medica era considerata sempre di particolare difficoltà⁴.

Il processo di sostanziale disapplicazione dell'art. 2236 c.c.⁵, specie in rapporto all'art. 1176 c.c.,⁶ e l'evoluzione dall'atto all'attività medica⁷, interpretata come momento dell'esercizio di una più

¹ La felice metafora è usata per tutta la responsabilità civile da F. Galgano, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1, 191 ss.

² Cfr. Cass., sez., III civ., sent. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Riv. it. Med. leg.*, 1981, p. 880; Cass. 14 dicembre 1968, n. 3977, in *Foro it.*, 1969, I, 208. Sulle ragioni di tale lettura, v. V. Zeno Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 297 ss.

³ Cass., sez. III civ., sent. 20 novembre 1998, n. 11743, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2402 ss.; Cass., sez. III civ., sent. 18 novembre 1997, n. 11440, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2206 ss.; Cass., sez. III civ., sent. 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 3.

⁴ Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953. Per la natura giuridica del relativo rapporto, fondato sul contratto d'opera, v. Cass. 4 giugno 1979, n. 3158, in *Mass. Foro it.*, 1979.

⁵ Del quale ancora si discute se sia applicabile solo all'imperizia, oppure anche all'imprudenza od alla negligenza. In ambito civile, v. Cass. 18 novembre 1997 n. 11440, in *Riv. giur. circ. trasp.* 1998, 67. Sul

ampia attività imprenditoriale⁸, hanno portato ad un superamento – pur se non pacifico, nell’ambito di una giurisprudenza singolarmente incerta⁹ – dello schema del contratto d’opera, ed

piano penalistico, in Corte cost. 28 novembre 1973, n. 166 in *Giur. cost.*, 1973, 1795, confermata da Corte cost. ord. 6 dicembre 2013, n. 295, si è espressamente affermato che una esenzione o esclusione di responsabilità “non conduce a dover ammettere che, accanto ad un minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c’è da riconoscere che, mentre nella prima l’indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità”. In senso conforme, *ex multis*, Cass. pen. 23 agosto 1994, in *Mass. Cass. pen.*, 1995, fasc. 2, 118.

Si affermano, però, riflessioni più attente, tese a valorizzare circostanze di fatto idonee a reagire sul criterio di imputazione, anche sotto il profilo della prudenza o, più in generale, della diligenza, proprio per la “intrinseca opinabilità, della distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentono di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela” (Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283).

Si afferma dunque l’ammissibilità di limitazioni di responsabilità anche in caso di “errori che siano connotati da profili di colpa generica diversi dalla imperizia”, giacché “il rimprovero personale richiede di tenere conto delle difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi e quindi del contesto, con particolare riguardo alla complessità o novità tecnicoscienza ed all’urgenza, alla precipitazione che rende quasi sempre difficile ogni cosa” (R. Blaiotta, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, per altro Presidente della IV sezione della Suprema Corte. Mostra adesione alla tesi, commentando il precedente, C. Cupelli, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it il quale ritiene che attraverso la valorizzazione delle “specificità del caso concreto” possa rimodularsi la colpa grave anche oltre gli angusti limiti della imperizia, essendo dunque critico verso la riforma che sarebbe stata poi approvata che, al contrario, cristallizza l’orientamento giurisprudenziale più restrittivo, limitando alla sola imperizia l’innalzamento del grado di colpa punibile. Per un esame dei profili penalistici della l. n. 24 del 2017 v. C. Cupelli, *La responsabilità penale nella medicina d’emergenza: presupposti, limiti, novità*, in Aa.Vv., *Medicina d’urgenza. Responsabilità e principi*, a cura di L. Principato, Giappichelli, Torino 217, 39 ss.

⁶ L’obbligo di diligenza professionale implicherebbe che l’art. 2236 c.c. non possa trovare applicazione negli interventi di semplice esecuzione, secondo Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corriere giur.*, 2006, 257, con nota di F. Rolfi, *Il nesso di causalità nell’illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*. Per un’interpretazione restrittiva dell’esimente v. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Danno e resp.* 2009, 414. Secondo l’orientamento oggi prevalente, l’esimente dell’art. 2236 c.c. rappresenta in realtà una regola per la valutazione dell’operato del medico. Si tende a verificare se questi abbia in concreto adempiuto l’obbligo di diligenza professionale che gli impone una preparazione ed una condotta qualificate (altrimenti sarebbe responsabile in ogni caso), ma ne sia comunque derivato un danno al paziente, per effetto di una situazione di particolare difficoltà tecnica. In Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, 811 – ed ancor prima, in Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 in *Danno resp.*, 2005, 26 con nota di R. De Matteis, *La responsabilità medica ad una svolta?* – si è infatti superata la distinzione fra interventi di facile esecuzione ed attività di peculiare difficoltà sotto il profilo istruttorio, con ciò pervenendo ad una sostanziale disapplicazione dell’art. 2236 c.c. In tema, v. M. Rossetti, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, www.cassazione.it, 2011, 17 ss. V. Busi, *La colpa medica in ambito civile*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Cedam, Padova 2014, 335 ss.

⁷ Colta subito da G. Alpa, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 315 ss.

⁸ Della quale la struttura sanitaria risponde secondo le ordinarie regole dell’inadempimento ed anche ai sensi dell’art. 1228 c.c. per l’operato dei propri ausiliari, a prescindere dal tipo di rapporto con essi esistente (Cass. S. U. 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, 3062).

⁹ Ad esempio, Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 300 ricava da quella dell’ente una analoga responsabilità contrattuale in capo al medico che di quello sia ausiliario, per di più senza distinzione alcuna

all'affermazione dell'esistenza di un contratto c.d. di *spedalità* con la struttura, gli effetti dell'inadempimento del quale venivano impropriamente trasferiti anche sulla sfera giuridica del sanitario chiamato concretamente ad operare¹⁰.

In particolare, nonostante autorevoli voci contrarie¹¹, si era ritenuto che la posizione del medico dipendente di Ente, pubblico o privato, fosse gravata da specifici obblighi di protezione del paziente, derivanti dal contatto sociale, ossia dall'affidamento indotto nel destinatario della prestazione sanitaria dall'esercizio della professione e dell'arte medica.¹²

Si è detto¹³ che l'incertezza dell'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. in l. n. 189 del 2012 ha generato un contrasto giurisprudenziale, aprendo la strada alla babele ermeneutica. Non è difficile scorgere dietro essa un radicato attaccamento del diritto pretorio alla posizione di vantaggio che *sembra* derivare al paziente dalla natura contrattuale della responsabilità della struttura e, conseguentemente, del medico. Un'apparenza che si scontra, però, con la difficoltà di distinguere le due *forme* di responsabilità, la differenza fra le quali tende a "sfumare"¹⁴ anche perché i confini fra contratto e torto sono difficilmente tracciabili¹⁵.

se si versi nell'ambito delle prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale o nell'ambito della sanità privata.

¹⁰ Sulla natura atipica del contratto fra struttura ospedaliera e paziente v. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova 2004, 4 ed., II, 2, 99 ss. Precisa che "le prestazioni a carico dell'ente sono composite e non si riconducono solo a quelle sanitarie" G. Visentini, *III, Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari* 606 ss.

¹¹ Propongono la tesi c.d. del doppio binario – responsabilità aquiliana del medico ausiliario e responsabilità contrattuale della struttura – G. Visentini, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile, II ed.*, Cedam, Padova 1999, XIV, 241 ss.; Id., *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 3, 530; R. De Matteis, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina, al sistema del doppio binario*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 146 ss.

¹² V. Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, cit. *supra sub* nota 7. Per una ricostruzione della evoluzione della responsabilità della struttura e del medico ausiliario, v. R. De Matteis, *Dall'atto medico all'attività sanitaria: quali responsabilità?*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. IV, diretto da A. Belvedere e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 147 ss.

¹³ Se si vuole, L. Principato, *una lettura costituzionalmente orientata della responsabilità civile del medico dell'emergenza*, in *Aa.Vv., Medicina d'urgenza*, cit., 69 ss.

¹⁴ C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, II ed., Milano, Giuffrè, 2005, 12. Ritiene "incerta" la differenza fra responsabilità aquiliana e contrattuale anche M. Barcellona, *Art. 2043 c.c.*, in *Dei Fatti Illeciti*, a cura di U. Carnevali, *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, UTET, Torino, 2011, 59 ss., nonostante le diversità di diritto positivo in punto di prescrizione, onere della prova o prevedibilità del danno risarcibile, ai sensi dell'art. 1225 c.c.

¹⁵ Il sintagma responsabilità contrattuale è impreciso ed atecnico (A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1954, 38 e s.; v. anche G. Visentini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur., Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, XXVI, Roma, 1991, 1*; osserva P. Rescigno, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, 131; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, parte generale, II ed.*, Cedam, Padova 2003, 161, che "sotto il nome 'contrattuale' in realtà si comprende l'inadempimento di ogni obbligazione già costituita fra soggetti determinati, mentre rimane fuori dallo schema il rapporto che si produce tra soggetto leso ed autore del danno a seguito della violazione del precetto *neminem laedere*"), pur se di uso comune, giacché è sineddoco che postula l'attrazione di ogni violazione di obbligazioni nella più ridotta sfera concernente l'inadempimento di quelle soltanto che originano da contratto e non anche da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle.

Per comprendere, un paradosso: essendo obbligazione anche quella risarcitoria del danno derivante da torto, il relativo inadempimento esporrebbe il debitore a responsabilità contrattuale verso il creditore (v. L.

Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1072, ove si legge: “Si dice contrattuale la responsabilità per inadempimento di un’obbligazione preesistente, quale che sia la fonte; è tale anche la responsabilità per l’inadempimento di un’obbligazione da fatto illecito, in quanto non siano stati risarciti i danni da questo prodotti”).

Non meno problematica la nozione di responsabilità da fatto illecito, specie a ragionare dell’ingiustizia del danno, che oscilla fra la violazione di situazioni soggettive specificamente determinate, anche non aventi struttura di diritto soggettivo assoluto (dopo le svolte del giudice di legittimità in tema di risarcimento da lesione del diritto di credito o di interessi legittimi, rispettivamente in Cass., S. U., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 342 e 1284 e Cass. S.U. 22 luglio 1999, n. 500, in *Giur. cost.*, 1999, 3217 con nota di F. Satta, *La sentenza n.500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*) ovvero di un generico obbligo di solidarietà sociale ricavato dall’art. 2 Cost. (S. Rodotà *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1967, 139 ss.) attraverso il quale rendere aperta la fattispecie dell’illecito civile e, ritenendo esistente una c.d. clausola generale, attribuire al giudice un ampio potere creativo nella qualificazione del torto.

Nell’interpretazione dell’ingiustizia si è passati, in sostanza, dall’ipotizzare l’esistenza di un generale dovere di astenersi dalla lesione degli altrui diritti (precipitato dell’assolutezza dei medesimi: v. Santi Romano, *Doveri-obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 100), al pretendere l’individuazione di specifici doveri o poteri (C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2006) violati al fine della qualificazione di una condotta *contra ius*, sino a concepire l’antigiuridicità quale conseguenza della contrarietà a concetti valvola (la solidarietà), rimessi al prudente apprezzamento del giudice, spesso più attento all’equità della decisione che alla certezza del diritto od al rigore nella razionalità e coerenza della tecnica decisoria (in senso critico, M. Barcellona, *Art. 2043, cit.*, 92 s., per il quale “ciò che, invece, la prospettiva della clausola generale assegna all’ingiustizia è di presiedere ad una funzione sostanzialmente attributiva rimessa [...] al sentimento sociale e governata dai giudici”).

Si osserva che nella responsabilità contrattuale esista un rapporto fra soggetti determinati, che costituisce il *prius* logico del danno scaturito dall’inadempimento, mentre in quella aquiliana, al contrario, è l’obbligazione che postula l’evento lesivo e ne discende (G. Visentini, op. cit., 1).

Ma già F. Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744, osservava che il dovere generale ricavabile dal principio *Alterum non laedere* rappresentasse in realtà la sommatoria ideale del complesso dei doveri posti dall’ordinamento, tradotto nella efficace metafora de “la Fata Morgana che ha per molto tempo illuso e continua ad illudere i giuristi”.

In S. Pugliatti, *Alterum non laedere. Diritto positivo e dottrine moderne*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, 98 ss., si legge la felice intuizione che “L’oggetto al quale va riferito il divieto di lesione potrebbe essere indicato, nella sua massima estensione, come il bene giuridico, inteso come risultante della tutela giuridica di un interesse, di qualsiasi natura e contenuto” e, dunque, l’antigiuridicità si risolve nella lesione di un interesse giuridicamente protetto, attraverso situazioni soggettive di qualsivoglia struttura, ma che devono essere concretamente individuate. Il che sposta il problema sul dilemma se i diritti (nel senso di situazioni protette) debbano essere espressamente previsti da specifiche norme o possano originare da una elaborazione giurisprudenziale che muova da clausole generali, come l’art. 2 Cost. (della cui natura di norma a fattispecie aperta a lungo si è discusso: per la tesi che pare più condivisibile, fondata sulla possibilità di offrire protezione a nuovi interessi attraverso e nei limiti dell’interpretazione delle disposizioni esistenti, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, 20 ss. e P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino 2011, 176. *contra*, per tutti, F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, 2 ss.). Per cogliere il rilievo del problema, attraverso un risvolto pratico, si legga la decisione Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 ss., con nota di A. Di Majo, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, nella quale il risarcimento del danno patrimoniale è stato argomentato con la lesione di un diritto all’integrità del patrimonio, leso dal contegno di un terzo. Si è osservato a riguardo che il patrimonio è l’insieme delle situazioni soggettive, di tal ché, se il risarcimento origina dalla violazione di una situazione protetta, assumere che esso discenda altresì dalla lesione del patrimonio nel suo insieme, quale interesse giuridicamente tutelato e non già come somma delle specifiche situazioni giuridiche, significa inevitabilmente *liquefare* “almeno dal punto di vista della responsabilità civile, il significato di ogni altra situazione soggettiva patrimoniale quale elemento la cui lesione è

Su un dialogo aperto fra legislatore e giudice si è innestata la l. n. 24 del 2017.

Essa rappresenta un più articolato ed organico intervento nell'ambito dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, che si colloca in un processo di razionalizzazione e contenimento dei costi, funzionale a garantire al contempo l'equilibrio di bilancio e la migliore cura della salute, anche attraverso un argine alla c.d. medicina difensiva.

In tema di responsabilità civile, l'art. 7 l. n. 24 del 2017 pretenderebbe di riparare alla scarsa chiarezza del decreto Balduzzi, ma con un eccesso di eccentrico strabismo.

La disposizione accomuna le strutture pubbliche e quelle private, nonché i medici di esse ausiliari, proponendo un dipolo della responsabilità civile, fra attività contrattuale (del medico libero professionista, della struttura sanitaria o del medico ausiliario di essa che concordi direttamente con il paziente l'esecuzione della prestazione) ed attività svolta senza rapporto negoziale con il paziente: in sostanza, solo quella del medico ausiliario della struttura pubblica o privata che con il destinatario dell'attività sanitaria non abbia concluso contratto alcuno, ossia il caso del medico dell'emergenza (lavoratore dipendente o convenzionato).

Tale ordine si colloca nel quadro di un sistema costituzionale che ne costituisce imprescindibile parametro di legittimità.

2. La 'libertà' dell'attività medica e la medicina ufficiale.

L'art. 5 l. n. 24 del 2017 prescrive che gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengano alle raccomandazioni previste dalle linee guida o, in mancanza alle buone pratiche clinico-assistenziali, fatta salva la specificità del caso concreto.

Il legislatore ha ipotizzato un sistema nel quale sono chiamati all'elaborazione delle linee guida, da aggiornarsi ogni due anni, enti pubblici e privati, nonché società scientifiche ed associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolato con decreto del Ministero della Salute e di cui si cerca di garantire l'autonomia, l'indipendenza e l'autorevolezza; esse sono inserite nel Sistema Nazionale delle Linee Guida, da istituirsi con decreto del Ministero della Salute, adottato sentita la Conferenza permanente per i rapporti Stato, Regioni e province autonome; l'Istituto Superiore di Sanità le pubblica sul proprio sito con effetto non meramente divulgativo, atteso che ad esso l'art. 5 comma 3 l. n. 24 del 2017 riconosce una funzione di verifica della "conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni".

La disposizione sembrerebbe finalizzata a rilasciare una patente di legittimità all'attività sanitaria, escludendo in via presuntiva l'imputabilità di una condotta pur pregiudizievole per il paziente, in

indispensabile per il risarcimento del danno: se il patrimonio è tutelato per intero, diventa peregrino individuare sotto quale profilo particolare esso sia stato leso" (C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 111 e s.). Per questa via, in sostanza, si finisce con l'interpretare l'ingiustizia del danno alla stregua di una clausola generale.

Del resto, la stessa Consulta ha mostrato di ritenere il *neminem laedere* un principio di carattere generale, pur mostrando incertezza sul corollario che esso sia immediatamente applicabile o necessiti di essere attuato attraverso specifiche disposizioni di legge (Corte cost. 24 gennaio 1992, n. 16, in *Giur. cost.*, 1992, 73 ss. con nota di G. U. Rescigno, *Principio del neminem laedere e giudizio sulle leggi*, il quale rammenta la distinzione fra principi con funzione interpretativa e principi con funzione integratrice elaborata da Crisafulli).

ragione dell'osservanza delle *raccomandazioni* previste dalle linee guida¹⁶, salve le specificità dei casi concreti.

Il tema era stato già oggetto di riflessione¹⁷ nel vigore dell'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. in l. n. 189 del 2012. In senso critico sull'effettiva efficacia di questo parametro di giudizio, si è posto l'accento sui profili dell'incertezza scientifica e dell'esigenza di progresso; sulla difficoltà di individuare fonti affidabili per la cognizione di linee guida e buone pratiche; sulla potenziale vetustà di esse e sul fatto che possano rispondere più ad esigenze di economia gestionale che non alla finalità di efficacia terapeutica¹⁸.

In effetti, già il sintagma *raccomandazioni* solleva dubbi in ordine all'effettiva valenza giuridica delle linee guida, *soft law* sospeso fra la struttura del comando e quella del consiglio¹⁹.

Le linee guida (e le buone pratiche) possono restare confinate nell'ambito della scienza, divenendo un parametro di riferimento da adeguare al caso concreto, sostanzialmente rimesso alla valutazione del giudice attraverso l'impiego della consulenza tecnica d'ufficio.

Non un comando, dunque, e nemmeno un consiglio: si tratta di un vincolo tecnico rispetto ad un'attività giuridicamente rilevante.

Oppure possono essere formalizzate in un atto amministrativo che abbia funzione di dichiarativa della loro validità ed efficacia, come nella previsione dell'art. 5 comma 3 l. n. 24 del 2017, che ne prescrive una ricognizione nell'ambito del Sistema Nazionale per le Linee Guida, adottato con decreto ministeriale: in questo caso il parametro di giudizio sembrerebbe più vincolante per il giudice, quasi che vi fosse un riconoscimento pubblico di una certa scienza medica, destinato ad assurgere a regola di giudizio.

In realtà, l'eventuale atto amministrativo che recepisca e formalizzi le linee guida resterà sempre nella disponibilità del giudice, il quale potrà disapplicarlo, se viziato.

La forma provvedimentale rende vincolante la tecnica anche sul piano giuridico, ma sempre nel contesto di un sistema improntato (ancora) al principio di legalità, sicché l'efficacia dell'atto è recessiva rispetto alla legge, la supremazia della quale è garantita nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Un potere già implicito nel principio del libero convincimento, a riguardo per nulla menomato o arricchito dalla novella, che sembra confermare come sia il prudente apprezzamento del giudice l'unico vero strumento che può, nel concreto del giudizio, comporre le esigenze sottese alle contrapposte sfere giuridiche, rendendo la tecnica decisoria funzione delle specificità di ciascun caso.

¹⁶ Il rispetto di linee guida e buone pratiche è valutato dal giudice al fine del risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 7 comma 3 l. n. 24 del 2017. La disposizione segue l'affermazione della natura aquiliana della responsabilità del medico ausiliario di struttura pubblica o privata, salvo il caso di contratto con il paziente, ma sarebbe irragionevole limitarne l'applicabilità ai soli ausiliari, con esclusione dell'attività libero professionale. Irragionevolezza che diviene manifesta ove si consideri che anche all'interno della struttura vi può essere attività libero professionale, come nel caso dell'intramoenia o, più semplicemente, del medico scelto direttamente dal paziente.

¹⁷ Se si vuole, L. Principato, *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Giur. cost.*, 2016, 1633 ss.

¹⁸ P. Piccialli, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contratto e impr.*, 2015, 3, 569; A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in *Jus*, 2013, 6 e s.

¹⁹ V. G. Morbidelli, *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Relazione al 62° Convegno di Studi amministrativi, l'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, 22-24 settembre 2016, pur se con riferimento alla diversa fattispecie delle Linee Guida dell'ANAC, giudicate esercizio di potere regolatorio in Consiglio di Stato, Parere 1 aprile 2016, n. 00855/2016, 39 s.

Ma se il giudice ha il potere di disapplicare o annullare il provvedimento amministrativo, non ha invece la disponibilità del presupposto logico-tecnico di quel provvedimento, ossia della scienza medica, che torna ad essere un parametro vincolante la decisione.

Si è così inteso garantire la c.d. libertà della scienza medica e la stessa medicina di avanguardia, altrimenti fortemente disincentivata, riconoscendo che il medico continui ad essere l'arbitro della scelta terapeutica ed il giudice sia chiamato ad un controllo dell'esercizio della funzione, pur se con ogni connessa responsabilità.

Qui il nodo della questione.

Diversamente da quanto si è affermato²⁰, l'attività di cura non è oggetto di un diritto di libertà. La questione è più problematica se guardata dal punto di vista del paziente²¹, ma il medico, operando nell'esercizio di una funzione pubblica (se ausiliario del servizio pubblico) o di pubblico interesse, non è titolare di alcuno spazio di libertà sull'*an* della prestazione, atteso che le scelte terapeutiche sono sempre funzionali alla protezione di un interesse alieno: egli, in analogia alle potestà familiari, è vincolato dalla eventuale scelta del paziente di non curarsi – salvo che nei casi di trattamenti sanitari obbligatori – e non potrà mai rifiutare l'esercizio dell'attività medica²².

Semmai, l'ossimoro della sua *libertà funzionale* trova luogo nella scelta della terapia, pur se anche in questo ambito a ben guardare la funzione resta condizionata dai limiti della scienza medica e, dunque, della medicina ufficiale che essa recepisca.

La questione diviene particolarmente delicata nell'attività medica di emergenza – urgenza, proprio per la peculiarità del contesto in cui è resa la prestazione: il medico è sottoposto ad una notevole pressione psicologica, non ha la piena possibilità di disporre esami diagnostici o consulti specialistici che lo guidino nelle scelte di cura e, per di più, vede estremamente contratti i tempi dell'intervento e della decisione.

E' qui che la libertà del medico può espandersi, ma a caro prezzo: la possibilità di scelta reca in sé il germe della responsabilità ed il parametro delle linee guida o delle buone pratiche, per quanto si è

²⁰ C. Piciocchi, *Libertà terapeutica e "medicine non convenzionali": definizione e confini*, in *Trattato di Biodiritto, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, III, I diritti in medicina, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, 289 ss.*, che ritiene la libertà terapeutica composta da una libertà del medico di prestazione della cura e da una libertà del paziente di ricezione della cura.

²¹ Per un'acuta prospettazione della salute come diritto di libertà, dal punto di vista del paziente, v. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Giappichelli, Torino 2015, 33 ss., la quale muove dall'autorevole visione che ritiene i diritti di libertà caratterizzati da un obbligo di astensione per pubblici poteri e privati dal compimento di atti che abbiano a menomarli (P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Giappichelli, Torino, 1991), cui si contrappone la tesi che pone l'accento sull'*agere licere*, ossia sul potere di autodeterminarsi del titolare, in relazione ai diversi ambiti che di volta in volta vengono in rilievo (A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 2003, 59 ss. Nel senso della impossibilità di una ricostruzione unitaria dei diritti di libertà, da esaminarsi caso per caso sotto il profilo strutturale, v. S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, 14 s.

²² Naturalmente, nel momento in cui sia sorta l'obbligazione avente ad oggetto l'erogazione della prestazione, ossia a) per il medico ausiliario di struttura pubblica, *ex lege* ai sensi dell'ordinamento sanitario vigente; b) per il medico libero professionista, nel momento sia stata assunta la funzione di cura, in ragione di un contratto o anche quale atto di liberalità verso il paziente; c) per entrambi, laddove ricorrano condizioni di necessità ed urgenza, atteso che in tale ipotesi l'obbligo di protezione è posto a carico di tutti i consociati (si pensi al reato di omissione di soccorso, ai sensi dell'art. 593 c.p.) ed in particolar modo di coloro i quali sono abilitati all'esercizio dell'attività medica, gravati da un più rigoroso obbligo di diligenza connesso all'abilità professionale acquisita ed alla funzione esercitata. Infatti, per esemplificare, un tentativo di rianimazione, una manovra antiostruzione o una tracheotomia non possono pretendersi allo stesso modo da un avvocato e da un medico: è evidente che la condotta di quest'ultimo sarà valutata con maggiore rigore.

visto, non è determinante al fine di escludere la responsabilità del medico che dovendo intervenire si sia astenuto o che sia intervenuto laddove sarebbe stato preferibile astenersi.

La valutazione sarà sempre *ex post*, dunque scevra da quei condizionamenti indotti dalla peculiare situazione di emergenza.

Sarà sul piano della decisione giudiziaria, dunque, che dovrà recuperarsi un maggiore spazio di tutela della libertà della prestazione – anche dalle linee guida, se del caso – al fine di garantire la migliore protezione della salute del paziente, lasciando che la scienza e la coscienza del medico abbiano a guidarlo nelle difficoltà della sua missione, con la certezza di un ordinamento che di tali difficoltà sia consapevole e si dia cura.

3. La responsabilità della struttura sanitaria privata: i limiti all'autonomia privata e l'interpretazione conforme a Costituzione. Un accenno problematico.

L'art. 7 comma 1 l. n. 24 del 2017 si affretta a specificare che la struttura privata che eroghi prestazioni avvalendosi di operatori sanitari anche non dipendenti, è responsabile dell'operato di questi "ai sensi dell'art. 1218 e 1228 c.c.", anche se scelti dal paziente.

Si tratta di una norma di ingenua superficialità.

Trascura essa, infatti, la responsabilità diretta della struttura sanitaria, la quale continua ad essere di natura contrattuale e riguarda tutte le prestazioni fornite e riassunte sotto la nozione di contratto di ospitalità.

Accomuna, inoltre, la responsabilità della struttura e quella del medico anche nell'ipotesi di rapporto contrattuale fra quest'ultimo ed il paziente, con ciò non offrendo un criterio di giudizio che consenta di distinguere le responsabilità in ragione delle prestazioni concretamente dedotte in obbligazione da ciascuna delle parti (la struttura quanto ai servizi accessori e strumentali; il medico quanto alla vera e propria prestazione di cura).

Il paradosso cui giunge la previsione normativa è quello di traslare il debito dal medico alla struttura, rendendo il primo "ausiliario" della seconda anche quando operi in piena autonomia, salvo a doversi coordinare l'assunto con la previsione dell'art. 7 comma 3 l. n. 24 del 2017.²³

L'art. 1228 c.c. può trovare applicazione, infatti, solo per le obbligazioni che il debitore venga ad adempiere per il tramite di propri ausiliari, non anche per le diverse obbligazioni che questi ultimi assumano verso terzi in proprio, a prescindere dalla volontà negoziale del soggetto in rapporto al quale esercitino la propria attività.

L'art. 7 l. n. 24 del 2017 inverte la logica della disposizione e rende la struttura sanitaria responsabile per un debito altrui, ossia per la prestazione che forma oggetto di un'obbligazione che essa non ha (*rectius*, potrebbe non avere) mai assunto.

Con il rischio, per di più, di *degradare* il medico chiamato negozialmente ad eseguire la prestazione, da effettivo debitore a semplice ausiliario che coopera per l'esecuzione dell'attività ai sensi dell'art. 1228 c.c., assumendo esclusivamente responsabilità aquiliana per la condotta, pur promessa in adempimento di un accordo.²⁴

²³ A mente del quale il medico ausiliario di struttura pubblica o privata è responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia stipulato un contratto con il paziente.

²⁴ Occorrerebbe comprendere a) se il legislatore abbia un simile potere conformativo dell'autonomia privata e b) laddove limiti esistano, fino a che segno essi siano nella disponibilità di qualsiasi interprete – cui si attribuisca un più o meno rilevante potere ermeneutico correttivo, anche in funzione di garantire l'armonia con la Costituzione – e dove, al contrario, determinino l'incostituzionalità della legge. (Sui limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione, v. per tutti M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano 2015, specie 440 ss.).

In ogni caso, L'art. 7 comma 1 l. n. 24 del 2017 non tiene in considerazione alcuna, quanto alle strutture pubbliche o accreditate, che nella Pubblica Amministrazione la responsabilità per il fatto degli ausiliari è disciplinata non già dall'art. 1228 c.c., bensì dall'art. 28 Cost., a mente del quale – in ragione del rapporto organico – è prescritta una responsabilità oggettiva in alcun modo derogabile in esercizio d'autonomia.

In ciò, un'evidente diversità rispetto al regime civilistico che, al contrario, è rimesso alla libertà negoziale delle parti.²⁵

La riserva di legge consente di articolare la responsabilità dell'amministrazione, anche sanitaria, componendo i diversi interessi in gioco²⁶, ma solo e sempre con normazione primaria e, dunque, anche sotto tale profilo la materia è sottratta all'autonomia negoziale.

Soprattutto, la novella trascura del tutto che le strutture del SSN, come chiarito, sono parte della Pubblica Amministrazione ed esercitano un pubblico servizio, adempiendo ad obbligazioni che derivano direttamente dalla legge e mai da contratto.

Obbligazioni, del resto, *sui generis* poiché per esse non trova applicazione la più parte dello statuto di diritto comune: si pensi alla compensazione, alla remissione, alla novazione od alla cessione del credito, come già chiarito.²⁷

Non si ignora che per una pluralità di fattori – dall'influenza del diritto eurounitario alla diffusione di visioni neoliberaliste, poste a fondamento di nuove pulsioni ai processi di privatizzazione – l'architettura del sistema sanitario si va progressivamente evolvendo verso gli schemi tipici dell'attività d'impresa, fondata sul criterio economico e votata dunque al contenimento dei costi ed all'efficienza.

Si tratta, però, di un processo allo stato incompiuto ma che in ogni caso trova inesorabile ostacolo, nel diritto vigente, ad una impronta fortemente solidaristica che qualifica il Sistema Sanitario Nazionale, assimilandolo al modello elaborato da Beveridge nel 1947 di socializzazione dei costi delle prestazioni sanitarie, pur se entro i limiti delle risorse disponibili.

Universalità, globalità ed eguaglianza rappresentano limiti all'edificazione di un diverso modello nel quale l'erogazione delle prestazioni sia pienamente fondato sull'autonomia privata, attribuendosi alla struttura pubblica (o privatizzata) la scelta dell'*an* dell'attività medica, magari in funzione di parametri economici.

La questione, però, non si pone per il medico dell'emergenza-urgenza, giacché esso non potrà mai operare in esercizio di autonomia negoziale con il paziente, ma sarà sempre – dipendente o convenzionato – un ausiliario di una struttura chiamata all'esercizio di un pubblico servizio.

²⁵ L'art. 1228 c.c. dispone infatti che la responsabilità per il fatto degli ausiliari sussista “salvo diversa volontà delle parti”. Pertanto la novella, relativamente alla posizione del destinatario della prestazione, sotto tale profilo sarebbe addirittura peggiore rispetto alla disciplina di diritto comune, salvo a ritenere che l'art. 1228 c.c. sia richiamato nel contesto di una norma esplicitamente qualificata come imperativa (ai sensi dell'art. 7 comma 5 l. n. 24 del 2017) e pertanto non derogabile.

²⁶ In questo senso C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 107. In senso contrario, E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, cit., 270 e C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 268 ss.; E. Cannada Bartoli, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione*, a cura di E. Cannada Bartoli, Torino, 1976, 15, ove si legge come “non sia possibile supporre un diverso e minore ambito di responsabilità della pubblica amministrazione rispetto al diritto civile, *in subiecta materia* diritto comune”; P. Rescigno, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione*, cit., 131; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, parte generale*, II ed., Cedam, Padova 2003, 268 ss.

²⁷ Tanto che diviene lecito il dubbio che si tratti di situazioni soggettive non inerenti un rapporto obbligatorio.

4. La responsabilità civile del medico dell'emergenza dopo la legge Gelli: le difficoltà di una lettura conforme a Costituzione.

Ai sensi dell'art. 7 comma 3 l. n. 24 del 2017, "l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente".

Pare preferibile muovere dall'incidentale: nel disporre che il medico (libero professionista, dipendente pubblico che svolga attività *intramoenia* o *extramoenia*, dipendente di struttura privata) che abbia concluso un contratto con il paziente, sarà verso questi responsabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., il legislatore sembra spendersi in un ovvio, salvo che per i problemi di coordinamento con la responsabilità della struttura privata, ai sensi dell'art. 1228 c.c.²⁸

Volendo attribuire una qualche efficacia alla previsione, potrebbe ritenersi che essa, contemplando un'eccezione rispetto alla regola generale della responsabilità aquiliana, nell'esplicito riferimento alla *conclusione di un contratto*, produca l'effetto di escludere la possibilità di fondare analoga eccezione sulla teoria del contatto sociale e degli obblighi di protezione, ossia in ipotesi che postulano proprio l'inesistenza di un effettivo rapporto contrattuale – anche di fatto – con il paziente.

Trascurata l'eccezione, veniamo alla regola: in tutti i casi in cui il paziente si rivolga direttamente alla struttura sanitaria, concludendo con essa un contratto oppure ottenendone l'erogazione di prestazioni in adempimento di obbligazioni legali – è appunto il caso della medicina d'emergenza, nella quale non v'è spazio per l'atto di autonomia negoziale –, la struttura stessa sarà responsabile in via diretta ai sensi dell'art. 1218 c.c. per l'adempimento delle proprie obbligazioni, nonché ai sensi dell'art. 1228 c.c. per la condotta dei propri ausiliari, incluso il medico.

Quest'ultimo, al contrario, sarà responsabile solo in via extracontrattuale.

Ancora una volta, per il medico dipendente di struttura pubblica o accreditata dovrebbe trattarsi di una mera iterazione di un principio ricavabile dall'art. 28 Cost. e dalla legislazione di attuazione.²⁹

La *ratio* dell'art. 7 l. n. 24 del 2017 è, in realtà, quella di sciogliere i nodi interpretativi di una *vexata quaestio* che non aveva trovato adeguata composizione nel decreto Balduzzi, in relazione al personale di strutture sia pubbliche che private.

La giurisprudenza, pur se con significative incertezze, sembrava infatti aver interpretato l'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. in l. n. 189 del 2012 svalutando il riferimento alla responsabilità per torto³⁰ e (ri)proponendo l'opzione ermeneutica fondata sull'esistenza di obblighi di protezione e di una connessa responsabilità contrattuale.

Si è detto che la novella sostituisce alla vaghezza un certo strabismo, ma non nel qualificare inequivocamente la responsabilità del medico ausiliario come extracontrattuale.

Certo, dinanzi ad un diritto vivente di segno evidentemente contrario, v'è da riflettere.

Non si assiste, infatti, alla genesi di una nuova fattispecie, nel senso che il legislatore non attribuisce rilievo giuridico a fatti prima destinati a produrre effetto in altri ambiti (sociale, etico, morale, religioso).

L'attività medica è già di per sé giuridicamente rilevante, poiché ordinata al fine di assicurare protezione al diritto alla salute, anche nella parte pretensiva verso il pubblico potere.

²⁸ V. *supra* sub lett. b).

²⁹ In tema, specie sul rapporto fra d.P.R. n. 3 del 1957 ed art. 28 d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, sia consentito il rinvio a L. Principato, *Una lettura costituzionalmente orientata*, cit., 69 ss.

³⁰ Trib. Milano 18 novembre 2014, n. 13574; Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Giur. It.*, 2014, 5, 1109 con nota di Carratta, in cui si legge che nella disposizione in esame "il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civilistica", mentre deve "escludersi che con detto inciso il legislatore abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale."

Si tratta però di un ordine ambivalente. La disposizione lo indirizza in un verso e la giurisprudenza pretende di modificare il momento di questa forza, negando l'effettivo contenuto dispositivo della legge per dare soddisfazione ad interessi che essa apprezza come meritevoli di tutela, in ciò facendosi carico di offrire risposta a pretese della società civile, ma anche all'esigenza di attuazione della Costituzione.

E' un problema di tecnica di soluzione di conflitti di interessi: quello del paziente, garantito dall'art. 32 Cost.; quello del medico, sotteso alla libertà della scienza medica ed all'esercizio della professione; quello pubblico, che vede coinvolta la salute dei cittadini come valore generale e le esigenze finanziarie dello Stato, valutate anche in rapporto ai costi ed ai rischi della medicina difensiva.

Il giudice offre un modello ordinante del caso concreto che si oppone a quello del legislatore, attraverso lo strumento ermeneutico, sospeso fra invenzione e genesi.³¹

Nell'un caso si enfatizza la sfera giuridica del paziente e la pretesa contenuto del diritto alla salute, correlatamente gravando il medico di obblighi di protezione applicabili anche oltre l'ambito negoziale, ma che addirittura divengono essi stessi strumenti di costituzione di relazioni giuridiche, che dissimulano negozi esercizio di un'autonomia mai spesa.

Nell'altro, la relazione fra le parti si apprezza alla stregua di un fatto che, pur sottotratto alla volontà, può cagionare un danno del quale deve assicurarsi ristoro aquiliano, assumendosi la lesione del bene salute.

Nella dialettica fra decisione politica e decisione giudiziaria v'è un conflitto di potere³².

Il potere di ordinare la società pretende di allocarsi in ragione di una regola di rappresentanza politica fortemente in crisi³³, e di una funzione giurisdizionale che si spinge all'attuazione della Costituzione³⁴ per il tramite della creazione di norme giuridiche³⁵.

³¹ Il che segna l'abbandono del giuspositivismo ottocentesco, nel quale il giudice può solo applicare la norma al caso concreto, secondo una logica binaria del vero/falso che permeava le scienze naturali e si estendeva a quelle giuridiche, con ogni evidente conseguenza sul piano dell'interpretazione. Del resto, già in H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. di Losano, *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 386, si afferma che legislatore e giudice producono diritto, il primo di carattere generale il secondo di carattere particolare. Osserva M. Luciani, *Interpretazione conforme*, cit. 394, che "È un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica, insomma, che ha alimentato e probabilmente ancora alimenta le dottrine della creatività giudiziale e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi". Puntuale, però, la regolazione dei confini fra legislatore e giudice, anche nelle moderne torsioni dell'interpretazione e nonostante la lettura dell'art. 7 CEDU proposta dalla Corte di Strasburgo (che considera *legge* anche il diritto giurisprudenziale), in Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss., con nota di O. Mazza, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, e V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"* ove si esclude che "la *consecutio* tra diversi orientamenti giurisprudenziali equivalga ad una operazione creativa di nuovo diritto (oggettivo)", perché ciò potrebbe comportare "la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale".

Infatti, l'art. 673 c.p.p. – che prescrive la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna in caso di abrogazione o annullamento di una norma incriminatrice, il fatto non essendo (più) previsto dalla legge come reato – non trova applicazione in caso di mutamento di giurisprudenza, anche della Suprema Corte.

A commento della sentenza, V. anche G.U. Rescigno, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di Cassazione di disposizioni penali incriminatrici. Principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2012, 3795.

³² A. Pugiotto, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in AA.VV., *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Atti del Seminario svoltosi a Roma il 5 ottobre 2000, a cura di A. ANZON, Torino, 2001, 39-40. cit., 64, pur se in tema di leggi d'interpretazione autentica.

E' un conflitto, però, che reagisce sulla pacifica convivenza perché mina la certezza e prevedibilità della decisione concreta.³⁶

Si fa presto a mostrarlo.

Si è detto che la novella interviene su un ordine esistente e pretende di volgerlo all'art. 2043 c.c. Nell'intenzione del legislatore, essa si offre di chiarire una qualificazione giuridica che, siccome incerta, ha dato adito a diverse opzioni ermeneutiche. Quasi fosse una norma interpretativa³⁷ o, comunque, con un'implicita portata retroattiva.

Nella lettura giurisprudenziale, una disposizione che disciplini espressamente la responsabilità del medico ausiliario di strutture (pubbliche e private) sostanzialmente non esiste, pur se si applica l'istituto del contatto sociale.

In effetti, sarebbe arduo liquidare semplicisticamente l'art. 7 comma 3 l. n. 24 del 2017 come se ponesse una regola – la responsabilità extracontrattuale – valida solo per il futuro. Pur pacifica l'ultrattività, il giudice investito di una decisione sulla responsabilità del medico ausiliario, per fatti antecedenti all'entrata in vigore della novella, dovrebbe dirsi da essa non soltanto suggestionato, ma condizionato nella propria funzione.

Infatti si pongono due ipotetici percorsi logici.

Il primo.

³³ Tanto che si parla di “autolesionismo del legislatore, che sempre più di frequente prevede il dovere di conformazione di atti normativi, anche primari (in genere, decreti legislativi), agli indirizzi giurisprudenziali se non a singole sentenze” (M. Luciani, *Interpretazione conforme*, cit., 396).

³⁴ Ha chiarito M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2013, 1, 9 ss. la differenza fra *applicare* ed *attuare* la Costituzione, attività rispettivamente riservate alla giurisdizione ed alla legislazione, anche perché la prima, ai sensi dell'art. 101 Cost., si “amministra in nome del popolo”, che esercita la sovranità nelle forme prescritte dalla Costituzione e, dunque, anche tramite il potere legislativo. V. anche R. Bin, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, in *Dalla Costituzione inattuata alla costituzione inattuale? potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, materiali dall'Incontro di studio, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, a cura di G. Brunelli e G. Cazzetta, Giuffrè, Milano 2013, 323 ss.

³⁵ G. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano 1998, 97 ss. distingue tre accezioni di diritto giurisprudenziale – dunque di attività giudiziaria creativa di diritto – ponendo l'accento su un diritto individuale contrapposto al diritto generale di fonte legislativa, sull'interpretazione come strumento di creazione della regola concreta e sulla funzione di integrazione delle lacune normative. Certo, non è questa la sede per approfondire il tema del rapporto fra norma e decisione, ma pare comunque innegabile che il diritto sia un fenomeno storico il cui *essere* consista nell'inveramento che offre il giudizio del caso concreto, come insegnato da S. Satta, *Norma, diritto, giurisdizione*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Cedam, Padova 1973, 1623 ss. Il che lascia intendere come l'interpretazione possa essere “scientifica o cognitiva”, ossia astratta, ovvero “decisoria o stipulativa” (F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009, 314, il quale distingue interpretazione ed applicazione di essa), dunque compiuta in rapporto ad un caso concreto, ciò che sempre avviene nel mistero del processo (S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova 1968, 3 ss.). La distinzione fra diritto teorico e diritto vivente è già in C. Esposito, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 603.

³⁶ “La certezza altro non è che sicurezza riguardata nella prospettiva del diritto, e la sicurezza altro non è che il risultato della pace” (M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 2014, 3, 466).

³⁷ Pur se si nega tale natura alla disposizione che sia suscettibile di applicazione autonoma ed indipendente dalla presunta norma interpretata (Cass. civ. 9 dicembre 1983, n. 7297, in *Mass. Giur. It.*, 1983). In realtà, nel caso di specie a ben guardare manca la stessa norma interpretata, salvo a ritenere che essa sia proprio l'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. con mod. in l. n. 189 del 2012.

Può ritenersi esistente, pur se ambigua, una disposizione in materia, ossia l'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. con mod. in l. n. 189 del 2012.

Sussisteranno allora i presupposti per un intervento interpretativo (operato appunto con l'art. 7 l. n. 24 del 2017), che la Corte costituzionale individua ormai non solo nel contrasto giurisprudenziale ma anche nell'esigenza di rendere vincolante uno dei possibili approdi ermeneutici di una disposizione³⁸.

Dipolo che, per altro, tende a perdere effettiva valenza giuridica, atteso che la stessa qualificazione della legge, alla stregua di interpretazione autentica o innovazione retroattiva³⁹, è trascurata da una Corte costituzionale che mostra ormai di assimilare le due tecniche. Entrambe sono soggette al medesimo sindacato di costituzionalità, in specie sotto il profilo della ragionevolezza, avuto riguardo al possibile contrasto fra le esigenze di coerenza e certezza del diritto, da un lato, e di tutela dell'affidamento e della funzione giurisdizionale, nonché del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU⁴⁰, dall'altro. Valori di "civiltà giuridica", che possono incontrare un limite nell'esistenza di motivi imperativi di interesse generale, oggetto di occhiuta analisi anche da parte della Corte di Strasburgo⁴¹.

³⁸ Corte cost. 26 febbraio 2015, n. 21, in *Giur. cost.*, 2015, 130 ss. F. Cammeo, *L'interpretazione autentica*, in *Giur.it.*, 1907, IV, 310, per il quale "perché una legge interpretativa possa essere utile occorre sempre una condizione, necessaria però non sufficiente, e cioè che la legge anteriore da interpretare sia oscura, o, in altre parole, tale che, secondo i sussidi ordinari dell'interpretazione scientifica, sia impossibile determinarne con certezza il significato". V. M. Manetti, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in AA. VV., *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Atti del Seminario svoltosi a Roma il 5 ottobre 2000, a cura di A. Anzon, Giappichelli, Torino, 2001, 39-40. Cfr. Corte cost. 26 giugno 2007, n. 234 in *Giur. cost.*, 2007, 2115. La Consulta (Corte cost. 2 febbraio 1988, n. 123 in *Giur. cost.*, 1988, 375 ss.) ha comunque precisato che l'esistenza di un conflitto giurisprudenziale non è presupposto di legittimità dell'interpretazione autentica, ma ne costituisce "un indice di riconoscimento", come nel caso della responsabilità medica. V. anche P. Carnevale, *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del 'tributo' pagato dal legislatore-interprete "in materia tributaria" al principio di salvaguardia dell'interpretazione "plausibile"*, in *Giur. it.* 2001, 2415 ss.

³⁹ F. Satta, *Irretroattività della legge*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 5 ritiene un equivoco la tesi della retroattività delle norme interpretative. Nel senso che essa sia frutto di una consuetudine *contra legem* alla luce dell'art. 11 preleggi v. A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, 149. Va da sé che il carattere retroattivo debba risultare espressamente dalla legge, poiché altrimenti si riespande il principio generale per il quale essa dispone solo per l'avvenire.

⁴⁰ In Corte cost. n. 15 del 2012, si ritiene legittimo l'intervento legislativo finalizzato a risolvere "situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo" o "ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore", ma solo "purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti 'motivi imperativi di interesse generale', ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU". V. R. Nevola, *La retroattività della legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it, ottobre 2013; R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur.cost.*, 2011, 3753 ss.

Ancora, in Corte cost. n. 234 del 2007, si afferma esplicitamente che "non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, trattandosi in entrambi i casi di accertare se la retroattività della legge, il cui divieto non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo che per la materia penale, trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti".

⁴¹ Tanto che l'esigenza di protezione della spesa pubblica è considerata recessiva rispetto all'affidamento ingenerato con conseguente consolidamento di situazioni sostanziali (Corte cost. 4 luglio 2013, n. 170, in *Giur. cost.*, 2013, 1817, con la quale è dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 23 commi 37 ultimo periodo e 40 d.l. n. 98 del 2011, conv. con mod. in l. n. 111 del 2011, nella parte in cui pretendeva di modificare l'art.

In effetti, se l'art. 7 comma 3 l. n. 24 del 2017 fosse norma d'interpretazione autentica, dovrebbe applicarsi anche retroattivamente e non violerebbe i “canoni costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, atteso che essa si limita ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario”⁴².

Il secondo.

Può negarsi l'esistenza di una disposizione che regoli espressamente la responsabilità del medico ausiliario di struttura pubblica o privata, ritenendo con la giurisprudenza prevalente che l'art. 3 d.l. n. 158 del 2012 sia dettato ad altri fini.

Se così fosse, è ben vero che l'art. 7 l. n. 24 del 2017, poiché non esplicitamente qualificato retroattivo⁴³, non potrebbe in alcun modo applicarsi ai rapporti pregressi, ma non è men vero che esso non innoverebbe l'ordinamento abrogando una previgente disciplina⁴⁴, ma verrebbe semmai a porsi in contrasto con un indirizzo giurisprudenziale, che norma non è⁴⁵.

Si è detto che “la sfera riservata al potere giurisdizionale non è violata quando il legislatore ordinario non tocca la potestà di giudicare, ma opera sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo cui la decisione del giudice deve riferirsi”⁴⁶.

Proprio perché la decisione e la disposizione sono destinate ad operare su piani differenti, non potremmo ritenere che la novella menomi l'attività giurisdizionale, non reagendo in via diretta sull'esercizio della funzione, ma limitandosi a riaffermare una regola di condotta che poteva comunque ricavarsi dall'interpretazione sistematica degli istituti del contratto, dell'inadempimento e del torto, nonostante la prassi giurisprudenziale si fosse sviluppata in altro verso.

In questo senso l'art. 7 l. n. 24 del 2017 è destinato a condizionare la decisione dei casi concreti: esso diviene un parametro interpretativo che orienta necessariamente il pur libero convincimento del giudice, mostrando quale fosse sin da principio il diritto della responsabilità del medico ausiliario.

Quando si afferma che il diritto *vero* è solo quello ravvisabile nell'interpretazione dei giudici⁴⁷, i quali soltanto sono atti a ricomporre in unità l'ordinamento rimuovendo antinomie che altrimenti potrebbero anche essere non reali⁴⁸, si propone una tesi condivisibile se con essa s'intenda stigmatizzare il ruolo dell'interpretazione nel trarre dalle disposizioni regole di condotta che in concreto siano suscettibili di applicazione.

2752 c.c. in tema di privilegi per imposte e sanzioni con effetto anche sui crediti antecedenti all'entrata in vigore).

⁴² Corte cost. n. 234 del 2007, cit.

⁴³ Corte cost. 26 ottobre 1981, n. 176, in *Giur. cost.*, 1981, 1543 ss.

⁴⁴ Salvo a voler interpretare l'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. in l. n. 189 del 2012, nell'inciso riferito all'art. 2043 c.c., alla stregua di una disposizione analoga a quella introdotta con l'art. 7 l. n. 24 del 2017, caso in cui quest'ultima non avrebbe alcun carattere innovativo né alcuna utilità pratica, ma non sussisterebbe neanche il problema che qui si pone perché la responsabilità del medico ausiliario dovrebbe già dirsi di natura extracontrattuale. Il che, per giurisprudenza prevalente, non è affatto.

⁴⁵ Salvo a ritenerla norma *vivente* ma solo nel caso concreto. V. T. Ascarelli, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 14 ss.

⁴⁶ Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Giur. cost.*, 2011, 4224. Donde l'obbligo di pubblicità e motivazione della decisione (M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, 107 ss.). V. N. Picardi, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, 116 ss.

⁴⁷ V. Crisafulli, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, 1964, 207 ss.

⁴⁸ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. agg. a cura di F. Crisafulli, Cedam, Padova 1993, 208 ss.

Per le parti del giudizio il vero diritto è quello cui esse siano andate soggette, per effetto del dispositivo della decisione, cui consegue un certo assetto di interessi allorquando si formi giudicato⁴⁹.

Per tutti gli altri, quel dispositivo è *res inter alios acta*, a cagione dei limiti del giudicato.

Anche riflettendo sulla motivazione della sentenza⁵⁰, non potrà mai concludersi nel senso che essa possa rappresentare la regola di condotta anche per chi non è parte del giudizio, poiché diverrà comunque oggetto di una nuova interpretazione, in rapporto all'enunciato linguistico che l'ha prodotta, potendo così concorrere nel dare vita ad una nuova e diversa norma del caso concreto.⁵¹

A ben guardare, neanche il diritto vivente può considerarsi norma giuridica.

Il rapporto del precedente con il caso concreto sarebbe superato dal consolidarsi di un certo orientamento giurisprudenziale, che rappresenterebbe la norma giuridica (od il suo titolo).

Ma se così fosse, allora non vi sarebbe diritto – ossia norma reale – in difetto di plurime e concordanti pronunce. Inoltre, un simile diritto vivente – l'insieme delle motivazioni di più decisioni, coerenti fra loro – dovrebbe comunque essere nuovamente interpretato, sicché diverrebbe paradossalmente *disposizione*, da cui desumere nuovi *enunciati*, secondo un processo che non avrebbe mai termine⁵².

In ogni caso, fermo restando che la retroattività non possa travolgere l'efficacia del giudicato⁵³, ritenere la novella non applicabile ai giudizi (ed, *amplius*, ai rapporti) già sorti provocherebbe una evidente violazione del principio di eguaglianza, atteso che essi potrebbero essere definiti o regolati in modo difforme da quelli successivi e non per effetto di un fenomeno di abrogazione.

Una lettura conforme a Costituzione sembra rendere doverosa l'applicazione ai rapporti oggi non esauriti della norma espressa nell'art. 7 comma 3 l. n. 24 del 2017, pur se ricavando essa dal combinato disposto degli art. 28 Cost. e 2043 c.c. per le strutture pubbliche o accreditate, dall'art. 2043 c.c. per quelle private.

Pro futuro, invece, la decisione potrà essere motivata con il riferimento alla sola novella.

⁴⁹ Sino ad allora quel diritto *vero* è sempre revocabile in dubbio, attraverso i mezzi di impugnazione. Ma se la sentenza assicura alle parti un certo assetto di interessi – stabile con il giudicato – allora non sarà mai norma, perché sempre priva di generalità ed astrattezza.

⁵⁰ Cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme*, cit., 404 ss., il quale conclude nel senso che la norma del caso concreto non è ravvisabile né nel dispositivo, né nella motivazione.

⁵¹ Tanto che, più radicalmente, si dubita che il lemma *norma* sia di corretto utilizzo se riferito al prodotto dell'interpretazione, ipotizzando che esso potrebbe semmai impiegarsi per descrivere ciò che comunemente si definisce disposizione, dalla quale si ammetterebbe il ricavarci di enunciati linguistici concreti attraverso l'attività ermeneutica (M. Luciani, *Interpretazione conforme*, cit., 421).

⁵² Lo riconosce anche A. Pizzorusso, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.* VI, 1991, 415. Per ulteriori e convincenti argomenti contro la tesi che il diritto vivente sia la vera norma giuridica, frutto di consolidata interpretazione giurisprudenziale, v. M. Luciani, *Interpretazione conforme*, cit., 407, il quale individua anche significativi dati di diritto positivo, nell'ordinamento italiano, a sostegno della tesi che nega alla giurisdizione la qualità di fonte del diritto (409 e s.).

In ogni caso, anche la giurisprudenza che si è posta il problema dell'efficacia temporale dei cambi di orientamenti pur consolidati (Cass. S. U. 18 maggio 2011, n. 15144) non ha mancato di chiarire che il diritto “esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea”.

⁵³ Salvo violazioni della CEDU, accertate dalla Corte di Strasburgo (V. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Cedam, Padova, 2012.), o del diritto eurounitario, accertate dalla Corte di Giustizia (cfr. CGUE 10 luglio 2014, causa C-213/13, Pizzarotti).

In sostanza, il vento del legislatore ha superato la fantasia della migliore dottrina⁵⁴, imponendo una nuova rotta alla responsabilità medica, contraria agli alisei giurisprudenziali del contatto sociale.

In conclusione, pare però opportuno interrogarsi sull'effettivo rilievo concreto di una simile disputa sulla natura della responsabilità, contrattuale od extracontrattuale, considerato che il dipolo in ambito medico tende a sfumare sul piano degli oneri istruttori.

La giurisprudenza attribuisce al paziente l'onere di provare non solo l'esistenza del rapporto, deducendone l'inadempimento, ma anche il nesso eziologico⁵⁵, dovendo dedurre in giudizio l'esistenza di un inadempimento specifico idoneo a porsi quale causa del danno⁵⁶, tanto che si è sostenuto che “la responsabilità del medico, anche se formalmente inquadrata nella responsabilità contrattuale, continua sotto alcuni profili (ricorrenza danno ingiusto e nesso causale) a comportarsi come se fosse aquiliana”.⁵⁷

Inoltre, l'irrimediabile tecnicismo delle questioni esalta lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio, ritenuta prezioso strumento per “accertare i fatti [...] come fonte oggettiva di prova”⁵⁸, che svilisce il principio della vicinanza della prova, per come applicato nella responsabilità medica⁵⁹.

In essa, la distinzione fra inadempimento e torto continuerebbe, quindi, ad avere rilevanza solo ai fini della prescrizione e dell'applicazione di alcune norme specifiche⁶⁰, mostrando dunque l'opportunità di una disciplina speciale che rappresenti un superamento del dipolo tradizionale ed un più efficiente strumento di composizione e protezione degli interessi in gioco.

Una *disciplina*, dunque, per definizione riservata al legislatore e non al giudice.

5. La responsabilità da contatto sociale, la violazione degli obblighi di protezione e l'art. 23 Cost.

La distinzione fra obbligazione e torto, già di per sé assai complessa, è ulteriormente complicata nell'ambito della responsabilità medica, laddove il debitore della prestazione sanitaria sia

⁵⁴ V. M. Franzoni, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 3, 587, ove si reputa “irragionevole un ritorno al fatto illecito, dopo che da più di un decennio si è approdato al contatto sociale o addirittura al contratto di protezione”.

⁵⁵ La prova del nesso eziologico si accompagna a problemi epistemologici di non poco momento. Diversamente che nel giudizio penale, in quello civile l'accertamento del nesso causale non richiede un “elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica” (Cass. S. U. 10 luglio 2002, n. 30328, in *Danno e resp.*, 2003, 195) ma ritiene sufficiente l'applicazione del “più probabile che non” (Cass. civ. sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, in *Giur. it.*, 2012, 6 con nota di G. Chiarini, *Il nesso eziologico nella responsabilità medico-sanitaria fra causalità materiale e causalità giuridica. Osservazioni a margine della travagliata evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso tra fattori naturali e umani*), sostituendo al criterio della causalità materiale quello della causalità giuridica. In tema v. M. Capecchi, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 245 ss.

⁵⁶ In Cass. civ. 30 settembre 2014 n. 20547, in *Danno e Resp.*, 2015, 1, 84 si chiarisce – come già affermato in Cass. S. U. n. 577 del 2008 – che il paziente debba allegare “l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato”.

⁵⁷ R. De Matteis, *Dall'atto medico*, cit., 172, la quale a riprova della tesi argomenta con riguardo all'inversione dell'onere della prova che, sul nesso causale, opera nei casi di interventi estremamente semplici che abbiano avuto esito pregiudizievole per il paziente.

⁵⁸ Cass. 19 febbraio 2013, n. 4792.

⁵⁹ Perché medico e paziente sono nella medesima posizione rispetto alla qualificazione di una certa condotta nell'ambito della scienza medica, rimessa comunque al Consulente tecnico d'ufficio.

⁶⁰ Ad esempio l'art. 1225 c.c. in tema di prevedibilità del danno.

l'Amministrazione pubblica, perché la tassonomia dei doveri⁶¹ è stata preclusa prima dalla nozione di prestazione amministrativa⁶² e, successivamente, da quella “equivoca ed ambigua”⁶³, delle obbligazioni pubbliche.

L'erogazione della prestazione medica è al contempo attuazione dell'interesse pubblico sotteso al Servizio Sanitario Nazionale e strumento di realizzazione dell'interesse del cittadino che di essa è destinatario.

L'attuazione del profilo pretensivo del diritto alla salute avviene attraverso l'adempimento di doveri fondati sulla legge, che hanno spesso struttura di obbligo e talvolta di obbligazione.

In tutti i casi, però, non v'è traccia di autonomia privata, tanto che l'assistenza sanitaria prestata da privati ha natura contrattuale, mentre quella erogata da enti pubblici è “espressione di un pubblico servizio [...] mentre nel primo caso il rapporto deriva dal contratto, nel secondo deriva dalla legge, o meglio dal fatto giuridico che per legge dà diritto alla prestazione”⁶⁴.

Questo reagisce sulla qualificazione giuridica del vincolo.

Si pensi al diritto alle cure mediche. Si tratta di una situazione pretensiva vantata verso l'Amministrazione, suscettibile di valutazione economica – quanto al valore intrinseco dell'attività – e funzionale alla soddisfazione di un interesse non (solo) patrimoniale del creditore (la tutela della salute).

Eppure essa non è destinata alla circolazione giuridica, mentre di norma “crediti e debiti sono pensabili indipendentemente dal titolo sul quale si fondano, in quanto elementi attivi o passivi del patrimonio, suscettibili di formare oggetto di negoziazione”⁶⁵.

Risulta infatti inapplicabile larga parte dello statuto delle obbligazioni: si pensi alla cessione dei crediti, ovvero ad alcune vicende estintive diverse dall'adempimento (confusione, compensazione), od ancora ad istituti quali la delegazione, l'espromissione o l'accollo.

⁶¹ La nozione generale di dovere è quella di prescrizione cui non corrisponderebbero situazioni di vantaggio; una *species* sarebbe data dai doveri correlati ad altrui diritti, nell'ambito dei quali si distinguerebbero obblighi ed obbligazioni, queste ultime connotate da carattere patrimoniale della prestazione dovuta. Per la lettura tradizionale Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1953, 105; M.S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 52 propone una distinzione fondata sulla possibilità di circolazione giuridica della pretesa, che connoterebbe le sole obbligazioni; A. Barettoni Arleri, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano 1979, XXIX., 396 ss. pone l'accento sulla soggezione del debitore, intesa come necessità giuridica di sacrificare il proprio per la soddisfazione dell'interesse del creditore. V. anche G. U. Rescigno, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione*, cit., 631 ss. Per tutti, nella dottrina civilistica, P. Rescigno, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 138 ss.

⁶² L'intuizione di Santi Romano, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 532, che l'Amministrazione potesse essere parte di rapporti obbligatori anche oltre l'ambito strettamente contrattuale, ma nell'esercizio dell'attività d'imperio a tutela dei fini pubblici, è stata per lungo tempo trascurata attraverso l'elaborazione della teoria delle prestazioni amministrative (R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1946), formula omnicomprensiva che mirava ad escludere ogni problematica interazione fra il diritto privato delle obbligazioni e l'articolazione delle funzioni amministrative. V. A. Barettoni Arleri, *Obbligazioni pubbliche*, cit. 383 ss.

⁶³ G. Falcon, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma – Bari, 1990, XXI, 6, critico verso l'effettivo rilievo giuridico e l'utilità della nozione.

⁶⁴ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, V, *Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano 1959, 218 e s. Infatti, la dottrina (A. Barettoni Arleri, *Obbligazioni pubbliche*, cit., 403) che propone la teoria delle obbligazioni pubbliche, non esita a chiarire che “se la norma abbia inteso riconoscere all'atto giuridico, costitutivo dell'obbligazione, sostanziale carattere di manifestazione di autonomia privata della pubblica amministrazione”, allora “è ovvio che si versa in ipotesi diversa da quella delle obbligazioni pubbliche”. Infatti, sono “estrane alla categoria delle obbligazioni pubbliche tutte le obbligazioni contrattuali”.

⁶⁵ F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti*, cit., 4.

Lo stesso non può dirsi, però, della responsabilità per la violazione del diritto alle cure mediche, da parte della struttura sanitaria pubblica o accreditata. Essa non ha natura contrattuale in senso stretto, ma è comunque soggetta all'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1218 ss. c.c.

Assume al contrario rilievo nella valutazione della tesi che vorrebbe contrattuale la responsabilità del medico ausiliario di essa struttura (pubblica, ma il ragionamento è analogo per quella privata) perché fondata sugli obblighi di protezione derivanti dal c.d. contatto sociale.

Se il paziente non è più destinatario soltanto di uno specifico atto medico, bensì di un complesso di servizi sanitari⁶⁶, divenendo parte di un c.d. “contratto atipico di assistenza sanitaria”⁶⁷, la natura contrattuale del rapporto con la struttura si trasmette per osmosi alla prestazione erogata dal medico ausiliario, in una giustapposizione di interessi protetti e servizi erogati che ha finito con il recidere ogni connessione fra esercizio di autonomia negoziale e sistema della responsabilità.

La *culpa in contrahendo* è stato il fertile pur se non esclusivo terreno sul quale ha rapidamente attecchito il seme delle obbligazioni senza prestazione⁶⁸, siccome collocata nell'ambigua regione di confine fra contratto e torto, descritta con il felice sintagma “terra di nessuno”⁶⁹.

Se la distinzione fra responsabilità contrattuale e aquiliana è rappresentata dalla preesistenza solo nella prima di un obbligo che venga ad essere inadempito, pur se non fondato su un contratto o altro atto negoziale⁷⁰, allora la violazione dell'obbligo di diligenza che assiste la fase delle trattative è attratta al regime dell'art. 1218 c.c. e, per di più, la regola diviene applicabile analogicamente a tutti i rapporti nei quali vi sia un contatto sociale, ossia una peculiare relazione qualificata fra le parti, che induca nell'una un *obiettivo affidamento* sulla diligente condotta dell'altra.⁷¹

⁶⁶ Su tale evoluzione, anche in un'ottica comparatistica, v. A. Diurni, *Gli eventi dannosi*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, Giuffrè, Milano 2011, 317 ss.

⁶⁷ Cass. S.U. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 451 ss. fa esplicito riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria per insufficienza dei mezzi necessari all'erogazione dell'attività medica, considerata un più ampio insieme di obbligazioni – riassumibili sotto la formula dell'adeguatezza ed efficienza del servizio sanitario – nel quale si colloca il singolo atto medico, prestazione professionale individuale. R. De Matteis, *Colpa medica ed inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 3, 555 distingue un obbligo di sicurezza delle cure, gravante sulla struttura sanitaria, da un obbligo di appropriatezza delle cure, posto in capo al medico, ricavandone un “doppio binario” di responsabilità ed un distinto sistema di onere della prova.

⁶⁸ L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 361 ss. C. Castronovo, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Utet, Torino, 2010, 346 ss.; Id. *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148 ss.; Id., *La nuova responsabilità civile, cit.*, specie 443 ss. Già in E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, 99 ss., v'è una teoria degli obblighi di protezione, ma di essi è fortemente enfatizzata la struttura accessoria rispetto all'obbligazione, preesistente, che ha ad oggetto la prestazione.

⁶⁹ F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella “terra di nessuno” tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impr.*, 1991, 539 ss.

⁷⁰ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile, cit.*, 455, il quale ritiene che la responsabilità aquiliana “è caratterizzata *ab origine* dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate: colui che non è vincolato da obblighi è libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui” (459).

⁷¹ Per una serrata critica alla natura contrattuale della responsabilità precontrattuale e, più in generale, della violazione dell'obbligo di diligenza v. M Barcellona, *Dei fatti illeciti, cit.*, 108 e ss., il quale contesta che a) la responsabilità contrattuale e quella aquiliana si possano distinguere solo in ragione della preesistenza di un obbligo; b) la stessa responsabilità precontrattuale sia disciplinata dagli artt. 1218 ss.; c) l'affidamento, precipitato del dovere di buona fede, possa generare un rapporto obbligatorio in ogni caso, anche oltre il ristretto ambito delle trattative contrattuali, laddove è l'art. 1337 c.c. a renderlo giuridicamente meritevole di

Sarebbe proprio tale affidamento a costituire il fatto produttivo dell'obbligazione, ai sensi dell'art. 1173 c.c., anche in assenza di un vincolo di accessorietà rispetto ad una obbligazione principale. Ciò accade perché il debitore è consapevole che la peculiarità della propria condotta lo pone in relazione con soggetti che, pur *ab origine* ignoti, esistono ed hanno un prevedibile assetto d'interessi.

In altri termini, il medico è consapevole che avrà un paziente, la cui integrità psico-fisica è chiamato a proteggere con la dovuta diligenza.

La violazione dell'obbligo di protezione lo espone a responsabilità contrattuale.

Abbandonato il "doppio binario" di responsabilità, la natura contrattuale si è affermata, pur nella consapevolezza che il medico ausiliario di una struttura "non potrà mai essere chiamato a rispondere dell'inadempimento di un'obbligazione che non ha mai assunto"⁷², distinguendo la prestazione cui è tenuta la struttura dalla protezione che vincola il professionista, in regione dell'affidamento qualificato indotto nel paziente e del rapporto obbligatorio che da esso origina.

Il che si spiega ancor più nell'ottica del superamento della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato, poiché se il medico è ritenuto responsabile non già in difetto di condotta diligente, bensì in tutti i casi in cui non consegua il risultato della tutela dell'integrità psico-fisica, è chiaro che la protezione diviene prestazione oggettiva, il mancato conseguimento della quale espone a responsabilità, a prescindere dalla colpa⁷³.

Si è chiarito⁷⁴ quale sia la genesi e la portata sostanziale della teoria degli obblighi di protezione nell'ordinamento italiano: poiché essi accedono sempre ad un contratto, non si può ritenere che gravino sul medico dell'emergenza, che non è parte di contratto alcuno.

Nel caso di strutture pubbliche, perché esse a) non concludono contratti con il paziente, bensì sono obbligate per legge all'erogazione di una prestazione⁷⁵ e sono dunque parte di un rapporto che non è mai esercizio di autonomia, ma è erogazione di pubblico servizio; b) in ogni caso, il contratto esisterebbe al più con la struttura e non con il medico, sicché non si potrebbero dare in capo a quest'ultimo obblighi accessori di una prestazione oggetto di rapporto *inter alios*.

Nel caso di strutture private, sussistendo il contratto, varrà esclusivamente l'argomento della estraneità di esso rispetto alla sfera giuridica del medico ausiliario.

protezione; d) l'obbligazione abbia carattere relativo, ponendo vincoli in capo a soggetti determinati, mentre l'*alterum non laedere* abbia carattere assoluto, essendo indirizzato a tutti i consociati, atteso che "i diritti assoluti non sono altro che il presupposto (=alterità della sfera giuridica esposta all'interferenza dell'agente) di un obbligo di diligenza necessariamente destinato ad essere individualizzato e concretizzato, cioè destinato ad operare sempre in modo singolare e determinato" (*ivi*, 131). Lo stesso Castronovo, comunque, riconosce che degli obblighi di protezione molto si è abusato, riconducendo all'istituto anche ipotesi non caratterizzate dall'esistenza di un obiettivo affidamento (*op. ult. cit.*, 471).

⁷² C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 479. L'Autore esclude altresì l'applicabilità del c.d. contratto con effetti protettivi del terzo alla fattispecie in esame, poiché tale istituto pretorio si caratterizza per l'estensione, a chi del contratto non è parte, di una forma di tutela che per la parte è espressamente prevista, non anche di protezione che il contratto non contempla.

⁷³ Contesta una simile lettura C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 485 precisando che l'obbligazione di prestazione grava sulla struttura, mentre quella di protezione sul medico: la prima sarà quindi responsabile anche se "la cura, pur non dannosa, si sia rivelata inutile nonostante aspettative ingenerate e risultati promessi [...]", mentre il secondo risponderà solo laddove la condotta "si sia rilevata dannosa per la salute del paziente", considerato che "la struttura sanitaria è tenuta all'adempimento, non così il medico dipendente".

⁷⁴ Se si vuole, L. Principato, *Una lettura costituzionalmente orientata*, cit., 74 ss.

⁷⁵ Addirittura, a voler ricostruire l'erogazione della prestazione sanitaria quale obbligo e non come obbligazione, mancherebbe lo stesso rapporto e potrebbe semmai ipotizzarsi una responsabilità esclusivamente aquiliana, per violazione del diritto soggettivo alla salute.

L'idea⁷⁶ di estendere la valenza degli obblighi accessori oltre l'ambito di un rapporto negoziale, rendendoli definitivamente autonomi rispetto all'obbligo di prestazione, è affascinante ma non supera la critica⁷⁷ di indurre un circolo vizioso. Infatti, se l'obbligo di protezione sorge, *ex lege*, in dipendenza dell'affidamento oggettivo che il rapporto obbligatorio (quello che ha ad oggetto la prestazione) genera nel creditore, è del tutto artificioso ritenere che anche laddove manchi l'obbligo di prestazione e, con esso, il rapporto, sussista egualmente un affidamento qualificato che divenga titolo del dovere di protezione prescritto dall'art. 1175 c.c.

Quest'ultimo postula un rapporto, non è di per sé fonte di esso.

Il tenore letterale dell'art. 1175 c.c. rende evidente che non si abbia luogo a regole di correttezza, se non esistono un creditore ed un debitore. Se non esiste, cioè, un'obbligazione.

La diligenza scaturisce dalla relazione, non la costituisce.

Nella responsabilità precontrattuale, per esemplificare, è la relazione funzionale alla conclusione del contratto a rendere applicabile l'obbligo di correttezza fra le parti, che sono tali non già di un contratto non ancora concluso, ma comunque di un rapporto giuridico esistente.

La fattispecie non può essere analogicamente applicata laddove manchi tale *contatto* fra soggetti che divengono reciprocamente creditore e debitore di una condotta rispettosa dell'altrui interesse al corretto svolgimento delle trattative.

Si coglie un parallelismo rispetto all'illecito aquiliano.

Anche l'art. 2043 c.c. pone, in via generale ed astratta, l'obbligo di risarcire il danno ingiusto. Con ciò attribuisce rilievo giuridico al *contatto* fra le parti, dal quale origina la lesione di un interesse protetto.

La differenza è che nell'un caso il contatto produce una relazione qualificata e connotata da un affidamento su una certa condotta altrui, mentre nell'altro esso genera direttamente la lesione di un diritto, senza che vi sia spazio per affidamento di alcun genere.

Certo, a meno di ritenere che l'idea stessa della protezione giuridica implichi un diffuso affidamento a che i terzi tengano una condotta non pregiudizievole di beni meritevoli di tutela.

Ma questo implicherebbe, nella logica degli obblighi di protezione, l'unificazione dei regimi di responsabilità: chiunque, passeggiando per strada, dovrebbe dirsi titolare del legittimo affidamento a che nessun altro consociato lo investa con la propria automobile, dovendone altrimenti rispondere in via contrattuale per violazione di un obbligo di protezione, oppure in via aquiliana per lesione di un diritto.

Osta ad una siffatta lettura sia la distinzione di diritto positivo fra inadempimento e danno – che non può essere sostanzialmente abrogata sul piano ermeneutico – sia l'art. 23 Cost.⁷⁸ perché nessuna

⁷⁶ C. Castronovo *La nuova responsabilità civile*, cit., 448 ss.

⁷⁷ M Barcellona, *Dei fatti illeciti*, cit., 122 ss.

⁷⁸ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale, Parte speciale*, Cedam, Padova 1990, 177 ricava dall'art. 23 Cost. la libertà individuale contrapposta alla libertà personale, fondata sull'art. 13 Cost., precisando che tale situazione soggettiva è azionabile “non solo contro i pubblici poteri, ma anche contro i privati”. In sostanza, la Costituzione obbliga la “previsione legislativa di principi, criteri e limiti idonei a delimitare il potere ‘impositivo’ del privato o del pubblico potere”. V. D. , *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano 2007, la quale (69 nota 51 e 79) chiarisce che “appare del tutto irrilevante l'individuazione del ‘corrispondente’ beneficiario (cioè del soggetto che si avvantaggia della relativa prestazione)”, al fine dell'applicabilità dell'art. 23 Cost. Tale disposizione, in sostanza, non regola esclusivamente le imposizioni personali o patrimoniali in favore dello Stato, ma ha una più ampia portata applicativa, riguardando qualsiasi attribuzione di obblighi o doveri, dunque qualsiasi limite a diritti costituzionali (fatte salve le ulteriori e specifiche disposizioni della Carta fondamentale). L'art. 23 Cost. è quindi una norma di chiusura nel sistema costituzionale delle libertà, opponibile “nei confronti tanto delle autorità pubbliche, quando della generalità dei consociati”, con la conseguenza che “dovranno qualificarsi illecite quelle imposizioni di prestazioni provenienti da privati in

prestazione (dunque neanche un obbligo di protezione) può essere imposta al medico, se non in base alla legge.

La disciplina delle obbligazioni sarà applicabile all'atto medico solo se questo sia esercizio di autonomia⁷⁹, giacché solo concluso il contratto che ne prevede l'esecuzione gli effetti di esso sono sottratti alla disponibilità unilaterale delle parti, ai sensi dell'art. 1372 c.c., a tutela del traffico giuridico.

In difetto di volontà negoziale, poiché non esiste una legge che vincoli il medico al rispetto della disciplina delle obbligazioni (ed in particolare dello statuto dell'inadempimento), tale soggezione non può ricavarsi *aliunde* senza con ciò violare la riserva di legge dell'art. 23 Cost.

assenza di una legge che abbia espressamente attribuito e definito la corrispondente potestà di comando" (D. Morana, *Libertà costituzionali, cit.*, 277).

⁷⁹ Oppure laddove vi sia una fonte legale dell'obbligazione.