

Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 29/11/2016

AUTORE: Luigi Principato *

L'ART. 28 COST. E LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'AMMINISTRAZIONE SANITARIA DELL'EMERGENZA-URGENZA**

Sommario: 1. Premessa. 2. L'amministrazione sanitaria dell'emergenza: qualificazione giuridica del rapporto fra AUSL e medici, dipendenti e convenzionati. 3. La natura giuridica del rapporto fra medico dell'emergenza e AUSL di appartenenza: la teoria del contatto sociale e gli obblighi di protezione, anche alla luce del c.d. decreto Balduzzi e dei progetti di riforma. Un'ipotesi de iure condendo. 4. Principio di legalità e responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici, ai sensi dell'art. 28 Cost. 5. Tassonomia della responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza, in armonia con l'art. 28 Cost. 6. La rilevanza giuridica dell'emergenza nella prestazione medica. 7. Onere della prova e difficoltà di distinzione fra responsabilità contrattuale ed aquiliana del medico d'emergenza. Cenni.

1. Premessa.

L'esame degli elementi costitutivi della responsabilità civile del medico dell'emergenza conduce ad approdi inattesi, attraverso percorsi di riflessione diversi da quelli fin qui solitamente battuti.

Si può tentare una nuova tassonomia attraverso l'analisi testuale dell'istituto, articolata in tre punti essenziali: l'idea di responsabilità civile (alla lesione di un interesse meritevole di protezione giuridica si collega un obbligo risarcitorio, sia sul piano contrattuale che su quello extracontrattuale¹); il profilo soggettivo (il medico in rapporto con il sistema sanitario nazionale) e quello oggettivo (l'erogazione di una prestazione medica in condizioni di emergenza, ciò che reagisce sulla fattispecie della responsabilità).

* Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università della Tuscia.

** Contributo destinato alla pubblicazione sulla Rivista *Giurisprudenza costituzionale*.

¹ In questo senso, G. Visentini, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, II ed., Cedam, Padova 1999, XIV. *Contra*, L. Corsaro, *Responsabilità civile*, in *Enc. giur. Trecani*, XXIV, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1991, 1, a giudizio del quale la responsabilità civile sia strumento di protezione di interessi assoluti, tutelandi erga omnes.

Responsabilità civile dei medici dell'emergenza è espressione non adeguatamente descrittiva della fattispecie: semmai, conviene prendere a discorrere di *responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza*.

Non si pensi ad un semplice cambio di abito: è il fenomeno giuridico che si modifica, attraverso un nuovo percorso di analisi.

2. L'amministrazione sanitaria dell'emergenza: qualificazione giuridica del rapporto fra AUSL e medici, dipendenti e convenzionati.

L'impianto originario del sistema sanitario, pur evoluto attraverso il d. lgs. n. 502 del 1992 (il correttivo d. lgs. n. 517 del 1993) ed il d. lgs. 229 del 2009, è rimasto invariato nella sostanza: un apparato amministrativo provvede alla tutela del diritto costituzionale alla salute, entro i limiti dettati dalle esigenze finanziarie dello Stato e dal principio dell'equilibrio di bilancio, ma con l'obbligo di garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, in omaggio ai principi della dignità umana, del bisogno di salute, dell'equità dell'accesso, della qualità delle cure e della loro appropriatezza (art. 1 d. lgs. n. 229 del 2009).

All'interno del sistema sanitario nazionale, quello dell'emergenza-urgenza si è sviluppato attraverso una congerie di atti normativi e provvedimenti che, a partire dal d.P.R. 27 marzo 1992 conduce sino al decreto Balduzzi ed alle Linee di indirizzo del 7 febbraio 2013.

La *ratio* dell'evoluzione è stata quella di sostituire al semplice servizio di trasporto del paziente in pronto soccorso, un più articolato sistema di protezione, nel quale fosse valorizzata la specificità della prestazione medica resa in condizioni di emergenza e l'esigenza di immediata assistenza, anche nelle more del trasferimento in ospedale.

Si sono così sviluppate le centrali operative del "118", atte a garantire un pronto intervento in qualsiasi momento ed attraverso strumenti con alta specificità funzionale.

Inoltre, è stata implementata una rete di servizi e presidi² in cui sono garantiti primo intervento medico, stabilizzazione del paziente in fase critica e trasporto presso la struttura sanitaria più idonea alla cura.

A ciò si aggiungono la rete dei Pronto Soccorso Ospedalieri ed i Dipartimenti di Emergenza-Urgenza Accettazione (DEA), aggregazione funzionale di unità operative, in ragione della complessità delle quali si distinguono in primo e secondo livello.

In tutti questi casi, le prestazioni sanitarie sono rese attraverso personale subordinato³ od in convenzione⁴, ossia autonomo parasubordinato⁵, "in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, dirette a tutelare la salute pubblica"⁶.

² Punti di primo intervento, fissi o mobili, organizzati per esigenze stagionali in località turistiche ed in occasioni di manifestazioni di massa, sportive, religiose, culturali.

³ Vacilla il discrimine fra autonomia e subordinazione, incentrato sul potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro: in Corte cost. 7 maggio 2015, n. 76, in *Giur. cost.*, 2015, 680 ss. con nota di F. Ghera, *La Corte alle prese con una norma di dubbia compatibilità con il c.d. principio di "indisponibilità del tipo"* e di R. Fabozzi, *La natura del rapporto di lavoro del personale sanitario non appartenente ai ruoli dell'amministrazione penitenziaria* si è ritenuto che l'esistenza di un potere di controllo e determinazione di luogo e modalità di prestazione d'opera, in assenza di uno specifico e più intenso potere direttivo, non sia idoneo a fon-

Le prestazioni della medicina d'emergenza sono a carico del SSN, finanziate (in tutto o in parte) con la fiscalità generale. "Si viene, dunque, a configurare a carico della AUSL una obbligazione *ex lege* di prestare l'assistenza [...] all'utente del S.S.N., che viene adempiuta attraverso [...] l'opera del medico convenzionato", il quale, "limitatamente all'adempimento dell'obbligazione, senza incidere quindi sulla soggettività del relativo rapporto, il medico convenzionato può caratterizzarsi anche come sostituto della AUSL"⁷.

Se l'AUSL adempie *proprie* obbligazioni *ex lege*, per il tramite di personale subordinato o convenzionato, ben si comprende come la responsabilità civile di tali ausiliari reagisca organicamente sulla posizione giuridica dell'Azienda sanitaria, esponendo quest'ultima al risarcimento del danno per inadempimento contrattuale o in via aquiliana e diretta, ai sensi ai sensi dell'art. 28 comma 2 Cost.

La responsabilità del medico dell'emergenza, quindi, non è mai contrattuale⁸, diversamente da quanto accade nei servizi pubblici economici⁹ e nei casi di prestazioni mediche

dare il riconoscimento della subordinazione, laddove la prestazione si svolga in contesti o condizioni connotate da peculiari esigenze (nel caso di specie, si trattava di prestazioni sanitarie rese nell'ambito di strutture di prevenzione e pena). In senso analogo, M. Persiani, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, in R. Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 193-208.

⁴ Per i medici convenzionati, l'art. 48 l. n. 833 del 1978 e, successivamente, l'art. 8 d. lgs. n. 502 del 1992, rinviano la disciplina del rapporto alle previsioni dell'Accordo Collettivo Nazionale e degli Accordi Integrativi Regionali.

⁵ Cass. sez. III, 27 marzo 2015, n. 6243, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

⁶ Cass. civ. Sez. lavoro, 13 aprile 2011, n. 8457.

⁷ Cass. n. 6243 del 2015, cit.

⁸ In senso contrario (ma relativamente alla generale responsabilità delle strutture sanitarie e non specificamente per l'erogazione delle prestazioni d'emergenza) per tutti, 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*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, Cedam, Padova 2014, 133 ss. (nota 14); Id. *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, Milano, 2007, 107 ss.

⁹ I servizi pubblici essenziali di cui all'art. 43 Cost. devono essere erogati secondo "criteri di economicità, i quali comportano la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime del diritto privato", come riconosciuto in Corte cost. 17 marzo 1988, n. 303, in *Giur. cost.*, 1988, 1251 ss., nella quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 6, 28, 489 e 93 d.P.R. n. 156 del 1973 con riferimento agli artt. 28 e 113 Cost., nella parte in cui escludono la responsabilità dell'Amministrazione postale in caso di perdita o manomissione di raccomandate con cui siano spediti vaglia cambiari emessi in commutazione di debiti dello Stato, siccome "retaggio storico di un privilegio risalente alle origini del sistema postale".

In Corte cost. 20 dicembre 1988, n. 1104, in *Giur. cost.*, 1988, 5358 ss. si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 d.P.R. n. 156 del 1973 con riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui dispone che il concessionario del servizio telefonico non è tenuto al risarcimento dei danni per le interruzioni del servizio dovute a sua colpa, ma soltanto ad un indennizzo irrisorio. La Consulta ritiene in astratto legittima una deroga al sistema della responsabilità, ma riconosce che quella concretamente esaminata, "apportata al principio della piena risarcibilità dei danni dovuti a colpa, è tale da alterare, per l'insussistenza o l'irrisorietà del ristoro previsto, l'equilibrato componimento degli interessi riferibili alle parti del contratto di utenza, non trovando, d'altro canto, una ragionevole giustificazione nelle esigenze proprie del servizio pubblico". Il principio della natura contrattuale del rapporto fra utenti e servizio postale, pertanto "fondamentalmente soggetto al regime di diritto privato", è ribadito in Corte cost. 18 gennaio 1991, n. 15, in *Giur. cost.*, 1991, 98, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 20 d.P.R. n. 156 del 1973 con riferimento agli artt. 3 24 e 113 Cost. nella parte in cui condizionava l'esercizio dell'azione per il risarcimento da inadempimento del servizio al preventivo esperimento di un reclamo. Analogamente è avvenuto per le esclusioni di responsabilità del vettore aereo (Corte cost. 6 maggio 1985, n. 132 in *Giur. cost.* 1985, 934) e dell'amministrazione postale, per il caso di erronee indicazioni nell'elenco telefonico (Corte cost. 30 dicembre 1994, n. 456, in *Giur. cost.* 1994, 3949).

rese nell'ambito di un rapporto professionale autonomo con il medico, in strutture private o in regime *intra-moenia*: in tali casi, infatti, non v'è alcun obbligo legale all'erogazione della prestazione, di talché essa costituisce frutto di una vera e propria attività negoziale fra il cittadino utente, il medico (quanto alla prestazione in sé) e la struttura (quanto all'erogazione dei servizi accessori ed alla disponibilità dei beni strumentali).

Pur non priva di argomenti¹⁰, desta non poche perplessità la tesi che vorrebbe ricostruire il rapporto fra struttura sanitaria (pubblica o convenzionata) cui acceda il medico dell'emergenza, da un lato, e paziente, dall'altro, alla stregua di un contratto.¹¹

In effetti, lo schema negoziale (bilaterale o trilaterale, a seconda che lo Stato eroghi le prestazioni o le acquisti, nell'interesse del paziente, dalle strutture convenzionate) si scontra con l'assenza di volontà degli effetti giuridici della condotta: la prestazione medica dell'emergenza non è voluta ma è obbligatoria e, per altro, non è erogata dietro corrispettivo, essendo finanziata con la fiscalità generale.¹²

Semmai, lo schema logico del contratto potrebbe trovare applicazione per tutte quelle prestazioni che, non essendone obbligatoria l'erogazione, possano essere oggetto di libera negoziazione fra le parti, in esercizio d'autonomia, ma pare arduo immaginare l'erogazione di una cura urgente o in condizioni di emergenza quale frutto di una libera contrattazione fra le parti: in questi casi, v'è doverosità funzionale del medico e manca la libera autodeterminazione del paziente.

La migliore giurisprudenza di legittimità ha colto con chiarezza tale aspetto, osservando che "Il rapporto che si instaura con la struttura sanitaria pubblica o convenzionata

Del resto il combinato disposto degli artt. 2 comma 2 lett. g) e 101 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 qualifica la posizione giuridica dei destinatari dei servizi pubblici, ponendo il diritto fondamentale dell'utente "all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza", "predeterminati ed adeguatamente resi pubblici", talvolta recepiti in obbligatorie Carte dei servizi dalle quali "discendono in capo agli utenti veri e propri diritti nei confronti dell'esercente; protetti da rimedi generali e giudiziali (nullità, risarcimento danni) e da rimedi speciali preventivi (reclami, penali, indennizzi, rimborsi) e successivi (procedure di consultazione e/o di risoluzione alternativa delle controversie, arbitrati, meccanismi di controllo affidati ad autorità e/o organismi pubblici o privati)" (A. M. Benedetti, *Liberalizzazioni, carte dei servizi e diritti degli utenti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 7-8, 20517). In tema v. G. Sbisà, *Natura e funzione delle carte dei servizi. La carta del servizio elettrico*, in *Rass. Giur. en. El.*, 1997, 343; G. Vesperini e S. Battini, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, 54, ove si legge: "la carta dei servizi pubblici assume, così, una duplice finalità. Da un lato quella di offrire all'utente dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni strumenti di protezione diversi da quelli a disposizione dei cittadini destinatari di atti autoritativi; dall'altro lato, quella di offrire all'utente dei servizi pubblici una tutela diversa e specifica rispetto a quella a disposizione del consumatore tout court".

¹⁰ Ad esempio, il cittadino ha libertà di scelta del luogo di cura e dei professionisti, pur nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali (art. 8 bis comma 2 d. lgs. n. 502 del 1992); per rendere tale scelta effettivamente consapevole, "le unità sanitarie locali e le aziende ospedaliere provvedono ad attivare un efficace sistema di informazione sulle prestazioni erogate, sulle tariffe, sulle modalità di accesso ai servizi" ed il Ministero rende pubblico l'elenco di "tutte le istituzioni pubbliche e private che erogano prestazioni di alta specialità, con l'indicazione delle apparecchiature di alta tecnologia in dotazione nonché delle tariffe praticate per le prestazioni più rilevanti" (art. 14 commi 4 e 6 d. lgs. n. 502 del 1992).

¹¹R. De Matteis, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere ed S. Riondato, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, 127 ss.

¹² In questo senso, P.G. Monateri, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1998, 769

rappresenta l'attuazione (che ha titolo direttamente nella legge) di questo obbligo di prestazione e non suppone la stipula, nemmeno tacita, di un contratto.”

Infatti, conclude il giudice di legittimità, il riferimento alla responsabilità contrattuale della struttura è ‘atecnico’, poiché in realtà non postula la conclusione di un contratto, bensì l'esistenza di obbligazioni di legge, l'inadempimento delle quali è assoggettato al medesimo regime giuridico.¹³

Resta da comprendere come l'assunto si concili con le tesi che assumono la natura *contrattuale* di tale ultima responsabilità, fondandola sulla teoria del contatto sociale o sull'esistenza di obblighi di protezione.

3. La natura giuridica del rapporto fra medico dell'emergenza e AUSL di appartenenza: la teoria del contatto sociale e gli obblighi di protezione, anche alla luce del c.d. decreto Balduzzi e dei progetti di riforma. Un'ipotesi *de iure condendo*.

Si è visto come correttamente la Suprema Corte abbia qualificato il rapporto fra struttura sanitaria ed utente¹⁴. Eppure, nel medesimo precedente, ancorché sia chiarito che con il medico¹⁵ “non sussiste alcun vincolo negoziale od obbligatorio *ex lege* preesistente all'espletamento in concreto della prestazione curativa”, tenuto conto dell'affidamento che questi crea per essere stato “prescelto per rendere l'assistenza sanitaria dovuta e sulla base di una professione protetta”, si dà soluzione al problema della natura e della struttura della relativa responsabilità con un fugace riferimento alla teoria del ‘contatto sociale’.

La giurisprudenza approda a tale opzione ermeneutica per offrire soluzione alle conseguenze di una lettura del dato normativo eccessivamente penalizzante per il paziente: in origine, infatti, la responsabilità (contrattuale) della struttura sanitaria veniva assimilata – pur differente per natura e struttura – a quella (extracontrattuale) del medico, con conseguente applicazione di un più gravoso onere della prova e di un minore termine di prescrizione.¹⁶

¹³ Cass. civ., sez. III, ord. 2 aprile 2009, n. 8093 in *Foro It.*, 2009, 10, 1, 2683.

¹⁴ Cass. n. 6243 del 2015, cit. Non lo stesso può dirsi di un'altra decisione (Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 1988, 604 ss.) nella quale i giudici di legittimità hanno affermato l'esigenza di applicazione analogica, alla responsabilità del medico dipendente, delle regole dettate per la struttura pubblica, ossia di quelle “che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale” ai sensi dell'art. 28 Cost. Con ciò cadendo in errore per due volte: la prima nell'affermare che la responsabilità della struttura abbia natura contrattuale, la seconda nel sostenere che sia questa responsabilità ad estendersi al medico ai sensi dell'art. 28 Cost.

¹⁵ Medico convenzionato, ma il principio vale a fortiori per quello dipendente.

¹⁶ Dunque il paziente era chiamato ad offrire la prova del criterio soggettivo d'imputazione, del nesso di causalità e del danno, anche con riguardo all'inadempimento delle obbligazioni gravanti sulle articolazioni del SSN (Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro It.*, 1980, I, 1115 ss.; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600). Per di più, in entrambi i casi si riteneva applicabile la limitazione di responsabilità prescritta dall'art. 2236 c.c. per il solo prestatore d'opera e nei casi di problemi tecnici di speciale difficoltà, in origine interpretati in senso estensivo poiché “l'agire professionale si riteneva essere a priori di speciale difficoltà” (V. Busi, *La colpa medica in ambito civile*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 347).

Solo sul finire del secolo XX, ci si è avveduti del fatto che l'atto medico in sé considerato è in realtà un elemento di una più complessa attività sanitaria, prestata dalla struttura pubblica, convenzionata o anche solo privata.

Nell'ambito di tale attività, il paziente è destinatario di una pluralità di servizi accessori e vanta un diritto soggettivo all'efficiente erogazione delle prestazioni sanitarie nel loro complesso, in forza di un c.d. "contratto atipico di assistenza sanitaria"¹⁷.

La responsabilità della struttura è stata così estesa anche al professionista, con conseguente inversione dell'onere della prova: il paziente è tenuto ad allegare l'esistenza delle obbligazioni inadempite ed il danno subito, mentre il medico e la struttura possono escludere l'obbligo risarcitorio solo offrendo prova dell'aver diligentemente reso la prestazione dovuta.¹⁸

Per altro, si è al contempo svalutata la portata normativa dell'art. 2236 c.c. che, da strumento di esenzione della responsabilità in ogni caso, è divenuto tecnica di giudizio improntata sull'esame delle circostanze concrete e della astratta loro idoneità a scriminare il medico da una colpa altrimenti presunta induttivamente dall'aggravamento stesso delle condizioni di salute.¹⁹

Responsabilità per *contatto sociale*, che non significa contratto di fatto: la responsabilità è connessa al ruolo ed alla funzione che un soggetto esercita, tale da consentirgli di reagire sulla sfera giuridica di un terzo e, dunque, da obbligarlo a tenere una condotta che non si risolva in una lesione degli interessi di questi, che l'ordinamento giudichi meritevoli di protezione²⁰.

¹⁷ 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.

¹⁸ Cass. 27 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, 446 ss. con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, il quale pone l'accento sul fatto che il medico ospedaliero sia chiamato all'adempimento di un'obbligazione che non ha per contenuto nessuna prestazione, mutuando quest'ultima dal rapporto giuridico esistente fra paziente e struttura ospedaliera.

¹⁹ La nuova ermeneutica dell'art. 2236 c.c. è ovviamente connessa alla evoluzione del rapporto fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato: se il medico è responsabile per il fatto dell'aggravamento delle condizioni del paziente, nei casi in cui non sussistano particolari condizioni che rompano il nesso fra esse e la mancanza di diligenza, l'imputabilità si allontana dal presupposto della colpa, per connotarsi per una più marcata oggettività.

²⁰ Sulla teoria del contatto sociale e gli obblighi di protezione v. 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., il quale precisa che il medico ospedaliero "non potrà mai essere chiamato a rispondere dell'inadempimento di un'obbligazione che non ha mai assunto". In effetti, l'equiparazione della responsabilità da contratto di fatto e da contatto sociale, pur se autorevolmente sostenuta (A. Di Majo, *Le responsabilità civili del medico e dell'istituzione*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di G. Corso ed E. Balboni, con il coordinamento di G. Fares, Giappichelli, Torino 2011, il quale fa esplicito riferimento ad obbligazioni che nascono dal 'fatto', intendendo con ciò rapporto di fatto concretamente eseguiti) è poco convincente: l'obbligazione di protezione è, si dice, *senza prestazione*, mentre nei contratti di fatto è solo la genesi del rapporto negoziale ad essere peculiare perché originata dalla condotta materiale delle parti, non già la struttura dell'obbligazione che, in omaggio alla disciplina comune, si qualifica per uno specifico oggetto, ossia per le prestazioni che devono essere adempiute dalle parti.

La responsabilità del medico si è affinata ulteriormente venendo a fondarsi sugli obblighi di protezione, ritenuti consubstanziali all'attività medica, a prescindere dalla conclusione di qualsiasi contratto e dal rapporto con la struttura ospedaliera²¹.

La posizione del paziente è stata ancor più agevolata, sul piano processuale, poiché egli è chiamato esclusivamente ad allegare l'esistenza del rapporto avente ad oggetto l'erogazione della prestazione medica, nonché il nesso eziologico ed il danno, pur articolati non in astratto ma nella concretezza delle relative componenti effettivamente prodotte. Al medico, al contrario, è riservata la possibilità di escludere una propria responsabilità soltanto offrendo la prova (non della diligenza professionale prestata, bensì) dell'esistenza di un fatto imprevedibile e straordinario che ha cagionato il danno in via esclusiva.²²

In sostanza, l'ermeneutica della responsabilità è stata funzione della evoluzione della dicotomia obbligazioni di mezzi e di risultato²³: come già accennato, al medico non si è più soltanto chiesto di svolgere diligentemente la propria opera professionale, poiché si è giunti sino a responsabilizzarlo dei risultati dell'attività medica, muovendo da una presunzione di efficacia della stessa.

Tralasciando l'origine dell'istituto nella tradizione tedesca²⁴, nell'ordinamento italiano la teoria degli obblighi di protezione risponde all'idea che l'adempimento di un'obbligazione costituisce strumento di soddisfazione di un interesse delle parti, il quale può essere declinato non solo con riguardo alla prestazione in sé, ma anche a momenti e contesti diversi: quel

²¹ V. M. Franzoni, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 3, 587, il quale ritiene "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". Cfr. Cass. S. U. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 2, 1, 102, in cui si sono applicati alla materia in esame i principi dettati in via generale sull'onere della prova in caso d'inadempimento da Cass. S. U. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769. Sull'inversione dell'onere della prova, v. *infra sub 7*.

²² Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, 811, con la quale si è 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. anche Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520 in ; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030.

²³ Distinzione ritenuta "dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio", in Cass. n. 577 del 2008, ove si osserva che nella responsabilità medica spesso si realizza una "metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso". Il superamento della tradizionale dicotomia è costruito sulla consapevolezza di una struttura articolata dell'obbligazione, nella quale l'adempimento della prestazione che ne forma oggetto si accompagna ad una insieme di ulteriori obblighi e doveri accessori, per altro gravanti su entrambe le parti e ricavati dal principio generale della correttezza di cui all'art. 1175 c.c. Un'evoluzione che reagisce, inevitabilmente, anche sulla dicotomia responsabilità contrattuale ed aquiliana (per la crisi della quale, v. *infra*, nota 96). L'idea di una efficacia giuridica di obblighi di protezione, radicata nell'esperienza giuridica tedesca, è già in E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, 99 ss., sviluppata da L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss. (ora in *Id.*, *Scritti giuridici II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Giuffrè, Milano 2011, 141 ss.) ed approfondita da C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1990.

²⁴ V. C. Castronovo, *Obblighi*, cit., 3 che la collega al fatto che il § 831 BGB prevede la possibilità di escludere la responsabilità extracontrattuale di padroni e committenti laddove sia da essi offerta la prova del fatto del dipendente; per questo, la giurisprudenza afferma l'esistenza di un rapporto negoziale fra essi ed il danneggiato, con conseguente applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale che tale prova non consente di offrire. Infatti, l'Autore riferisce della recente critica cui la dogmatica degli obblighi di protezione è stata sottoposta proprio in Germania.

medesimo interesse appare meritevole di tutela imponendo comportamenti improntati a correttezza e sanzionando condotte antigiusuridiche sia nella fase precontrattuale che in quella dell'esecuzione del rapporto.

Si afferma, perciò, che la fonte degli obblighi di protezione è il contratto, di cui si pongono come effetti integrativi²⁵. Si è precisato²⁶ che in realtà la fonte di tali obblighi di protezione è la legge, concludendone che essi abbiano sempre natura legale, pur se “gli effetti *latu sensu* integrativi si può ben continuare a chiamarli contrattuali in quanto si voglia indicare la connessione imprescindibile con l'atto di autonomia e l'identità di disciplina che li caratterizza rispetto agli effetti generati da quest'ultimo”²⁷.

In sostanza, tali obblighi sono fortemente inerenti al rapporto negoziale e non vedono in esso, semplicemente, una mera occasione genetica.

Lo mostra chiaramente la disciplina positiva: tali si considerano, infatti, l'obbligo di preservare l'incolumità del viaggiatore prescritto a carico del vettore ex art. 1681 c.c.; l'obbligo per il conduttore di dare avviso al locatore se terzi pretendano di esercitare diritti sulla cosa locata ex art. 1586 c.c.; il dovere di fedeltà del lavoratore ex art. 2015 c.c.; il dovere di protezione del lavoratore che l'art. 2087 c.c. pone a carico del datore di lavoro.²⁸

In tutti questi casi, il soggetto gravato da una situazione passiva di protezione è parte di un rapporto contrattuale, in assenza del quale l'obbligo di protezione non avrebbe senso di esistere (o più semplicemente, sarebbe riqualficato in termini di *alterum non laedere*).

Ai fini della responsabilità per l'attività del medico dell'emergenza, ausiliario della AUSL, è poco significativo che la fonte del presunto obbligo di protezione sia la legge o il contratto: in entrambi i casi, infatti, il medico – come si è visto – è estraneo al rapporto negoziale, che interviene fra struttura sanitaria e paziente, sicché non potrebbe in alcun modo essere gravato da situazioni passive che originano o comunque hanno senso solo ed esclusivamente in rapporto alla relazione giuridica cui accedono.

Il che rende non applicabile alla fattispecie in esame la pur affascinante teoria degli obblighi di protezione. Né a tal fine è utile la categoria del contatto sociale: come accennato, infatti, essa non si risolve nella creazione di rapporti contrattuali di fatto, sicché è inidonea a

²⁵ L. Mengoni, *Obbligazioni*, cit., 369. Infatti, l'insigne Giurista precisa che “gli obblighi di protezione ricevono la loro determinazione di sensi non più dal dovere generico del *neminem laedere*, bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti [...] se ne fossero separati cesserebbero di essere ciò che prima erano” (L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Scritti giuridici II*, cit., 288).

²⁶ C. Castronovo, *Obblighi*, cit., 4.

²⁷ C. Castronovo, *ult. op. cit.*, il quale pure afferma che, proprio l'origine legale di tali obblighi, “non consente di equipararli sotto il profilo in esame [i.e. la validità delle clausole di esonero da responsabilità] ai rapporti che nascono dall'autonomia privata” ed anzi, essi sarebbero caratterizzati da “una dimensione funzionale che li accosta alla responsabilità aquiliana”, donde l'illegittimità di clausole negoziali di esonero da responsabilità, ma solo se riferite a diritti indisponibili. Eppure, al momento di valutare la possibilità di esperire i rimedi contro l'inadempimento anche nell'ipotesi di violazione degli obblighi (accessori) di protezione, quella stessa dottrina conclude in senso positivo, assumendo che “anche l'osservanza degli obblighi di protezione è un comportamento la cui mancata attuazione squilibra la relazione contrattuale sicché ad essa si deve conformemente poter reagire con i rimedi sinallagmatici”.

Un *pendant* fra natura contrattuale ed extracontrattuale che raffigura con chiarezza l'ambiguità della categoria.

²⁸ L. Mengoni, *La parte generale*, cit., 285; C. Castronovo, *Obblighi*, cit., 6 e s.

far sorgere fra il paziente ed il medico dell'emergenza, dipendente o convenzionato con la struttura sanitaria, quel contratto che si è fin qui visto non esistere altrimenti.

In tale sistema normativo è stato introdotto l'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. in l. n. 189 del 2012, che ha sancito una limitazione della responsabilità penale dell'esercente la prestazione sanitaria che si attenga alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, escludendola per colpa lieve. La norma ha comunque mantenuto in tali casi "fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile", offrendo un argomento letterale alla tesi della natura aquiliana della responsabilità del medico della struttura sanitaria, che si accompagna a quella per inadempimento della struttura stessa.²⁹

Nonostante la novella, la giurisprudenza ancora oscilla fra a) il riconoscimento della dicotomia responsabilità del medico dipendente (aquiliana) e della struttura sanitaria (per inadempimento)³⁰ e b) la giustapposizione dei due diversi istituti nel segno dell'unica responsabilità per inadempimento³¹.

L'incertezza è talmente significativa che, a distanza di pochi anni dal decreto Balduzzi, il legislatore si affanna ancora nel tentativo di individuare un criterio certo di classificazione della responsabilità medica della struttura e del dipendente.

La Camera dei Deputati ha di recente approvato un d.d.l. di riforma della responsabilità professionale del personale sanitario³², nel quale all'art. 7 si chiarisce che la struttura pubblica o privata che, nell'adempimento delle propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura (anche in caso di libera prestazioni intramuraria o telemedicina), risponde ai sensi dell'art. 1218 e 1228 c.c. delle loro condotte dolose o colpose, mentre in tali casi, l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c.

L'esigenza avvertita è quella di impedire che il medico, percependo come troppo oneroso il regime anche probatorio della responsabilità, si spenda nella c.d. medicina difensiva, ossia in un'iperattività diagnostica che si traduce in un aggravio di costi per il SSN ed in un inasprimento delle condizioni economiche e contrattuali delle coperture assicurative.

Nella discussione in Commissione al Senato, al contrario, si è proposto l'inserimento, anche per le prestazioni mediche, di un regime analogo a quello dettato per la scuola dall'art. 61 l. 312 del 1980, che si è visto essere stato già assolto dal dubbio di legittimità costituzionale: la struttura sanitaria si surrogerebbe, dunque, alla responsabilità del medico, di talché il paziente avrebbe azione esclusivamente contro essa, fatto salvo il diritto di rivalsa della struttura stessa verso il medico, laddove ne ricorrano i presupposti.

²⁹ E' la tesi c.d. del doppio binario, per la quale v. G. Visentini, *Trattato*, cit., 241 ss.; Id., *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 3, 530; R. De Matteis, *Le responsabilità civili*, cit. 146 ss.

³⁰ Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, IV, 373; Trib. Milano 17 luglio 2014; Trib. Cremona 19 settembre 2013, in *Nuova Giur. Comm.*, 2014, 459; Trib. Milano, 30 ottobre 2014, in *Giur. it.*, 2015, 3, 595 con nota di N. Enrichens, *Responsabilità medica. La responsabilità civile sanitaria e la giurisprudenza di merito milanese*.

³¹ Trib. Milano 18 novembre 2014, n. 13574; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4792; Cass. 17 aprile 2014, n. 8940.

³² Dd.dd.ll. nn. 259 e 262 (Fucci), nonché 1312, 1324, 1581, 1769, 1902, 2155, approvata alla Camera nel testo unificato in data 28 gennaio 2016 e trasmessa al Senato (d.d.l. 2224).

Si tratta di un itinerario che, per come si vedrà, non sembra rispettoso dei vincoli costituzionali che potrebbero osservarsi, al contrario, attraverso percorsi *de iure condendo*³³ ben differenti.

Una soluzione ragionevole potrebbe essere ricercata attraverso un meccanismo composito, articolato da un lato in una disciplina conformativa della responsabilità, coerente con le garanzie costituzionali date dagli artt. 24, 28 e 113 Cost.; dall'altro, in un *beneficium excussionis* che, ben lungi dall'inibire l'azione di accertamento della responsabilità, ne paralizzi l'esecuzione, condizionandola alla preventiva escussione della struttura sanitaria, stante il regime di responsabilità solidale.

La prima esigenza potrebbe essere soddisfatta attraverso una disciplina che escluda la responsabilità del medico nelle ipotesi di colpa lieve. Il regime potrebbe (e dovrebbe) essere comune all'esercizio di qualsiasi attività medica, sussistendo una evidente affinità di esigenze di protezione. Si tratterebbe, quanto al rapporto professionale privato, di tornare ad una interpretazione letterale dell'art. 2236 c.c., non ricavandone presunzioni di colpa bensì estendendo la nozione di "particolare difficoltà" anche oltre l'ambito della medicina d'avanguardia. Come nel caso della medicina d'emergenza.

Ciò, semplicemente perché il giudice dovrebbe valutare le specificità del caso concreto, al fine di comprendere se, tenuto conto di tutte le circostanze, la condotta antiggiuridica possa ritenersi non imputabile al medico, avendo questi utilizzato una perizia (ed una prudenza) idonea alla protezione della salute del paziente.

È ben vero che tradizionalmente³⁴ si assume che la limitazione di responsabilità contenuta nell'art. 2236 c.c. sia ragionevole proprio perché riferita esclusivamente all'imperizia.

Non è men vero, però, che proprio nell'esperienza penalistica vanno emergendo 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.

Ciò, 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"³⁵, come precisato in un recente arresto giurisprudenziale, che giunge ad affermare l'ammissibilità di limitazioni di responsabilità anche in caso di "errori che siano connotati da profili di colpa generica diversi dalla imperizia".³⁶

³³ A tal fine, ritiene opportuno un intervento sul piano istruttorio, atto a sistematizzare in modo più equilibrato il riparto dell'onere della prova, R. Pucella, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, in *Nuova Giur. civ.*, 2015, I, 20036.

³⁴ Corte cost. 28 novembre 1973, n. 166 in *Giur. cost.*, 1973, 1795, confermata da Corte cost. ord. 6 dicembre 2013, n. 295, ha espressamente affermato – pur se con riguardo alla responsabilità penale – che "Siffatta esenzione o esclusione di responsabilità, d'altra parte, [...] 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".

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283.

³⁶ In questo senso, R. Blaiotta, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it il quale – per altro Presidente della IV sezione della Suprema Corte, ov'è stata resa la pronuncia in esame – precisa che "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

Da ultimo, al regime della responsabilità potrebbe aggiungersi la previsione di un obbligo di infruttuosa escussione sui beni del condebitore solidale – la struttura sanitaria – quale condizione per l'esercizio dell'azione esecutiva in danno del medico, eventualmente condannato al risarcimento del danno, come già è previsto in altri casi³⁷.

In ogni caso, prima ancora di ipotizzare nuovi interventi legislativi, la soluzione per una corretta tassonomia della responsabilità del medico dell'emergenza può trovarsi attraverso una ragionata e sistematica lettura costituzionalmente orientata del dato normativo.

Infatti, se la responsabilità del medico dell'emergenza-urgenza, per quanto sin qui visto, è da ritenersi di natura aquiliana e mai contrattuale, il relativo regime giuridico è inevitabilmente soggetto all'art. 28 Cost., per ragioni e con conseguenze che devono essere meglio indagate.

4. Principio di legalità e responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici, ai sensi dell'art. 28 Cost.

Il principio di legalità postula la ponderabilità dell'agire amministrativo rispetto alla legge, implicando un controllo anche giurisdizionale ed una reazione avverso condotte anti-giuridiche.

La stessa genesi del diritto amministrativo riposa su tale assunto e riafferma il rapporto fra *colpa e responsabilità* nell'azione della P.A.³⁸

L'art. 28 Cost. è strumento del principio di legalità: orienta la composizione fra interessi generali perseguiti nell'azione pubblica e diritti dei cittadini, responsabilizzando le persone fisiche chiamate a concorrere nell'esercizio delle relative funzioni³⁹; allo stesso modo, ne sono precipitato – più che presupposto⁴⁰ – l'art. 113 Cost. e la giustiziabilità degli atti della P.A.

tecnicoscientifica ed all'urgenza, alla precipitazione che rende quasi sempre difficile ogni cosa". 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.diritto penale contemporaneo.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 il d.d.l. di riforma delle professioni sanitarie approvato alla Camera il 28 gennaio 2016 che, al contrario, cristallizza l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo, limitando alla sola imperizia l'innalzamento del grado di colpa punibile.

³⁷ Si pensi all'art. 1944 c.c. in materia di obbligazioni del fideiussore; agli artt. 2268 e 2304 c.c., nei rapporti fra società (di persone ed in nome collettivo) e socio illimitatamente responsabile; l'art. 2868 c.c. in materia di costituzione d'ipoteca per debito altrui, pur se in tal caso il beneficio d'escussione è efficace solo laddove espressamente pattuito.

³⁸ Si pensi al caso Blanco. V. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000, 4. Sul principio di legalità, senza pretesa alcuna di completezza, v. S. Fois, *Legalità (il principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano 1973, 659; L. Carlassarre, *Legalità (principio di)*, in *Ent. Giur.* Treccani, XVIII, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1990; G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 2005, 266; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1967.

³⁹ Si tratta di un'ulteriore riprova della inscindibile connessione fra la *Costituzione dei diritti* e la *Costituzione dei poteri*, per usare l'espressione di M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri"*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, 503 ss.

⁴⁰ Ritiene che il principio di legalità postuli la raffrontabilità del provvedimento con la legge, al fine del controllo giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost., V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur.*

Un sistema in cui gli organi dell'amministrazione non siano responsabili per l'esercizio delle proprie funzioni è più facilmente permeato da illegalità e connotato da inefficienza ed esposizione al rischio di pregiudizio per l'interesse del cittadino.

Donde l'esigenza di innovare una tradizione improntata ad istituti, quali la c.d. garanzia amministrativa⁴¹, che riposavano su un'idea ottocentesca di pubblica amministrazione, *prius* rispetto alla sfera giuridica del cittadino ed assistita da privilegi ormai privi di senso ed, anzi, antiggiuridici.

Non sono mancate letture tese a svilire l'effettiva portata innovativa dell'art. 28 Cost., ritenuto meramente programmatico ed inidoneo a porre argini alla discrezionalità legislativa⁴².

Convince di più l'idea che si tratti di disposizione immediatamente applicabile⁴³, specie in un ordinamento a Costituzione rigida, nel quale la riserva di legge non è un mero strumento di attribuzione di competenze, bensì un limite al legislatore, chiamato ad osservare (se non addirittura ad attuare) la Costituzione.⁴⁴

In essa sono poste due proposizioni normative: *i*) dipendenti e funzionari pubblici sono responsabili verso i terzi per la violazione di diritti, secondo le leggi civili, penali ed amministrative; *ii*) la responsabilità civile si estende all'amministrazione, in tali casi.

Il sistema è particolarmente complesso, per la pluralità di soggetti e funzioni coinvolte. Conviene esaminarle disgiuntamente ed invertendo l'ordine logico delle questioni rispetto alla lettera dell'art. 28 Cost., considerando prima la responsabilità di Stato o Ente pubblico e poi quella dei dipendenti e funzionari.

Lo Stato o l'Ente pubblico sono già responsabili per l'operato dei propri dipendenti, in via diretta, in ragione della teoria organica. L'art. 28 Cost., nonostante autorevoli letture in senso contrario⁴⁵, non reagisce sul sistema ordinario della responsabilità della Pubblica

cost., 1962, che pure lo fonda sull'art. 97 Cost. ed il principio di imparzialità dell'amministrazione; in senso critico, S. Fois, *Legalità*, cit., 679 ss., il quale argomenta con riferimento all'art. 101 Cost. fonda il principio di legalità sull'art. 113 Cost. L. Carlassarre, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, mentre lo ricava dal combinato disposto degli artt. 23 e 13 Cost. M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970.

⁴¹ In Corte cost. 18 febbraio 1965, n. 4, in *Giur. cost.*, 1965, 18 ss., con nota di G. B. Verbari, *Un anacronismo costituzionalmente illegittimo: l'istituto della garanzia amministrativa*, si è dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 158 t.u.l.c. 4 febbraio 1915, n. 148 e 22 t.u.l.c.p. 3 marzo 1934 n. 383 per contrasto con l'art. 28 Cost. L'istituto della garanzia amministrativa, infatti, condizionava l'esercizio dell'azione in caso di atto illecito di prefetto e sindaco, al rilascio di un'autorizzazione amministrativa del tutto discrezionale, vanificando il precetto dettato in tema di responsabilità dei pubblici dipendenti.

⁴² R. Alessi, *Responsabilità del pubblico funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 Cost.*, in *Riv. trim.dir. pubbl.* 1951, 886.

⁴³ 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, 327.

⁴⁴ Per tutti, L. Carlassarre, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1990. In tema M. Benvenuti, *Art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, UTET, Torino, 2006, 580 ss.

⁴⁵ E. Casetta, *L'illecito*, cit., 186 ss. La tesi secondo la quale l'art. 28 Cost. avrebbe inteso subordinare la responsabilità dell'Ente a quella del dipendente, mostra la propria fragilità proprio nelle ipotesi in cui non sussista una responsabilità personale del dipendente stesso: si pensi alle condotte antiggiuridiche assistite da colpa lieve che, ai sensi del d.P.R. n. 3 del 1957, non risultano imputabili. In questa ipotesi, se realmente quella dello Stato fosse solo una responsabilità sussidiaria o comunque subordinata, si giungerebbe al paradosso della inesistenza di un soggetto cui imputare gli effetti della condotta lesiva del dipendente, con grave nocimento della sfera giuri-

Amministrazione, costruendone una forma indiretta o comunque subordinando quella dell'Ente alla responsabilità del dipendente o funzionario.⁴⁶

Ne segue che lo Stato o l'Ente pubblico cui sia imputabile una certa attività sarà sempre per essa responsabile in via diretta ai sensi (del combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost. e) degli artt. 1218 e 2043 c.c.⁴⁷, dunque sia per il fatto o l'atto illecito proprio e dei propri dipendenti, sia per l'adempimento delle obbligazioni che in capo all'Ente originino dalla legge o dal contratto.

Non può darsi, al contrario, un caso di responsabilità contrattuale diretta di Stato o Ente pubblico per inadempimento di obbligazioni gravanti sul dipendente, perché quest'ultimo, nel rapporto contrattuale dello Stato o dell'Ente pubblico, concorre nell'adempimento di obbligazioni gravanti direttamente sull'Ente cui afferisce quale ausiliario, mentre non adempie in via immediata obbligazioni proprie.

In altri termini, non vi potrà mai essere concorrente e solidale responsabilità contrattuale fra dipendente ed Ente, semplicemente perché il primo non è parte del rapporto obbligatorio.⁴⁸

Se tale è il regime della responsabilità (diretta) dello Stato o dell'Ente pubblico, per il fatto dei propri dipendenti o funzionari, questi ultimi restano comunque *personalmente* re-

dica del cittadino leso e del diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, di cui all'art. 113 Cost.

⁴⁶ Per tutti, A. Pace, *Problematica*, cit., 271 ss. V. Merusi, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 41.

⁴⁷ Salvo che, trattandosi di responsabilità aquiliana, il dipendente abbia agito per perseguire un "fine privato ed egoistico, che si riveli assolutamente estraneo all'amministrazione", atteso che ciò rompe il nesso organico ed impedisce di imputare la condotta dell'agente all'amministrazione di appartenenza (A. Pace, *op. cit.*, 273; cfr. Cass. civ. Sez. III, 08 ottobre 2007, n. 20986 in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass. civ. Sez. III, 18 marzo 2003, n. 3980 in *Danno e Resp.*, 2003, 10, 1018; in particolare, Cass. civ. Sez. Unite, 22 febbraio 1995, n. 1963, in *Giornale Dir. Amm.*, 1995, 5, 569). In senso critico, però, F. Bilancia, *Una rimeditazione della responsabilità civile della P.A. e dei dipendenti pubblici alla luce di due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 1639, il quale ritiene che nel caso di compimento di reati – dunque quando massimo è lo scostamento della condotta dal fine istituzionale dell'amministrazione –, la Costituzione attribuisca all'Ente di appartenenza la responsabilità civile per i danni recati a terzi.

⁴⁸ In questo senso, lucidamente, F. Bilancia, *Una rimeditazione*, cit., 1638. Donde la critica alla declaratoria d'incostituzionalità delle limitazioni di responsabilità dettate in materia di servizio postale dal d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, argomentata in *Corte cost.*, 28 febbraio 1992, n. 74, in *Giur. cost.* 1992, 398 proprio in rapporto all'art. 28 Cost. atteso che tale parametro non sarebbe invocabile nel caso di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni. In effetti, nel caso di specie il giudice *a quo* era chiamato a pronunciarsi su un'ipotesi di dolosa sottrazione di corrispondenza, posta in essere da un dipendente. Concorrevano, pertanto, l'inadempimento delle obbligazioni inerenti il contratto di raccomandazione disciplinato dal T.U. del 1973 e la commissione di un reato: la responsabilità contrattuale rinveniente sotto il primo profilo non poteva attribuirsi all'Ente ex art. 28 Cost., essendo sua propria *ab origine* ed in via diretta, in ragione del rapporto obbligatorio esistente e del principio organico; diversamente doveva dirsi della responsabilità risarcitoria per il danno da reato ex art. 185 c.p., imputabile al dipendente come tale e, salvo a ritenere che il perseguimento egoistico di un interesse proprio rompa il nesso organico ed esoneri da responsabilità la P.A., anche a quest'ultima ai sensi dell'art. 28 Cost. A riguardo, la Consulta osserva che "ai fini della sussunzione sotto la fattispecie dell'art. 28 Cost., è sufficiente il nesso di occasionalità necessaria con l'attività di esecuzione del contratto, non essendo applicabile nel campo della responsabilità contrattuale il requisito di imputazione dei fatti illeciti extracontrattuali, per cui le attività materiali e giuridiche dei pubblici dipendenti non sono riferibili all'Amministrazione se dettate da un fine egoistico, estraneo agli scopi istituzionali dell'ente". Il che rende evidente la possibilità di giustapposizioni di diversi titoli di responsabilità, pur originati dal medesimo fatto materiale, nonché le difficoltà che da ciò originano.

sponsabili verso i terzi⁴⁹, in base alla prima proposizione normativa dell'art. 28 Cost., la quale deve però essere letta nel quadro del diritto comune della responsabilità civile, al fine di coglierne le peculiarità.

Si è già detto che il rinvio al legislatore non rende l'art. 28 Cost. meramente programmatico: esso, però, non determina neanche l'automatica e necessaria applicabilità della disciplina ordinaria in tema di responsabilità, come pure è stato autorevolmente sostenuto⁵⁰. Piuttosto, la riserva di legge consente l'esercizio di un potere conformativo dell'istituto, nel quale si compongano i diversi interessi della legalità e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della tutela della sfera giuridica del destinatario dell'attività della P.A. ed, al contempo, degli stessi funzionari e dipendenti pubblici, meritevoli di non essere esposti ad un sistema risarcitorio eccessivamente gravoso, tenuto conto che essi esercitano le proprie attribuzioni in vicende di valore rilevante e talvolta spropositato rispetto al loro effettivo apporto funzionale.⁵¹

Il dipendente pubblico risponde dunque per dolo, quando la violazione di diritti dei terzi è intenzionale o anche semplicemente cosciente, sia che la condotta costituisca esercizio della funzione, sia che essa si svolga semplicemente in occasione della prestazione pubblica, risolvendosi in una deviazione dell'attività pubblica dai suoi fini istituzionali o, ancora prima, nel compimento di atti illeciti realizzato approfittando delle pubbliche attribuzioni conferite⁵²; è altresì responsabile per colpa, non rilevando che la negligenza, l'imprudenza o l'imperizia si generino in occasione o nell'esercizio delle funzioni.⁵³

Il legislatore ha conformato la responsabilità ex art. 28 Cost. realizzando un sistema particolarmente complesso, articolato in una previsione di carattere generale ed in una pluralità di normative di settore⁵⁴.

⁴⁹ Funzionari o dipendenti possono agire nell'ambito della relazione funzionale che li lega all'Ente pubblico, ovvero a titolo personale. Solo il primo caso è ovviamente attratto alla fattispecie in esame.

⁵⁰ E. Casetta, *L'illecito*, cit., 268 s.; 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 (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, 268 ss.

⁵¹ In questo senso C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 107. Per una critica all'argomento, fondata sull'esistenza di altri strumenti normativi (ad esempio l'art. 2055 c.c.) atti a graduare la responsabilità in funzione dell'effettivo apporto del soggetto alla condotta anti-giuridica ed al danno prodotto, v. A. Pace, *Problematica*, cit., 271.

⁵² Può discutersi se il fatto che il dipendente o funzionario pubblico agisca per il perseguimento di un egoistico interesse personale escluda o non la conseguente responsabilità dell'Amministrazione, ma di certo ciò non può reagire sulla imputabilità della condotta al soggetto agente.

⁵³ R. Alessi, *L'illecito e la responsabilità civile degli Enti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1972, 156, riconduce l'ipotesi della ignoranza colposa dell'anti-giuridicità della condotta a quella della intenzionale lesione dei diritti; in senso analogo F. Bilancia, *Una rimeditazione*, cit., 1618 ss. In tal modo, però, si perde il discrimine fra dolo e colpa. Limita l'applicabilità della disposizione costituzionale ai casi di dolo del dipendente o funzionario pubblico, ritenendo rimessi alla discrezionalità legislativa quelli di colpa, C. Esposito, *La responsabilità*, cit., 329.

⁵⁴ Si pensi all'art. 15 l. n. 90 del 1961 (operai dello Stato), l'art. 61 l. n. 312 del 1980 (personale direttivo, docente, educativo e non docente dello Stato), l'art. 2 l. n. 117 del 1988 (magistrati) e, più di recente – anticipando l'approdo delle riflessioni che vanno svolgendosi – l'art. 3 d. l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189 in tema di responsabilità medica.

In via generale, si è limitata la responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici ai soli casi di dolo e colpa grave, ai sensi del combinato disposto degli artt. 22 e 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3⁵⁵.

La Corte costituzionale ha ritenuto ragionevole tale sistema normativo, proprio perché esercizio della riserva di legge di cui al precetto costituzionale, ma solo se funzionale a prestare soddisfazione ad interessi costituzionalmente rilevanti, organicamente connesso alle peculiarità di una certa categoria di dipendenti o funzionari pubblici ed, al contempo, tale da non svuotare in senso assoluto il precetto costituzionale attraverso una “esclusione più o meno manifesta di ogni responsabilità”⁵⁶ o una “negazione totale” di essa.⁵⁷

Al contempo, però, il giudice delle leggi ha altresì assolto dal dubbio di illegittimità costituzionale, con riferimento all’art. 28 Cost., anche l’art. 61 l. n. 312 del 1980⁵⁸, a mente del quale salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l’amministrazione si surroga al personale scolastico nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi.

La decisione è stata oggetto di notevoli critiche⁵⁹ e merita una più attenta riflessione poiché di immediato interesse proprio rispetto alle proposte di modifica del sistema della responsabilità medica, in corso di esame al Senato.

La deroga dettata al regime comune, nell’ambito della scuola, era stata obbligata da un’interpretazione giurisprudenziale assai rigorosa della clausola di salvaguardia di cui all’art. 23 comma 1 d.P.R. n. 3 del 1957, a mente del quale la limitazione di responsabilità ai casi di dolo o colpa grave faceva comunque salve “le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti”. Pertanto si riteneva prevalere, su quella generale, la norma speciale di cui all’art. 2048 c.c. in tema di responsabilità dei precettori per i danni prodotti dagli allievi soggetti alla loro vigilanza ed il connesso e più gravoso sistema fondato su una presunzione di colpa, superabile solo offrendo la prova “di non aver potuto impedire il fatto”.

Donde la novella del 1980, soprattutto finalizzata a sottrarre il personale della scuola all’applicazione stringente di tale disposizione, nella specifica ipotesi di *culpa in vigilando*.

⁵⁵ Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, per altro ritenuto applicabile all’intero settore del pubblico impiego (A. Pace, *Problematica*, cit., 269). Al d.P.R. n. 3 del 1957 fa esplicito rinvio l’art.28 d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, rendendolo applicabile al personale delle AUSL, ma l’applicabilità della disposizione al personale medico è stata esclusa, limitandosi al personale che non svolge mansioni professionali, assumendo la prevalenza dell’art. 2236 c.c. quale legge speciale.

⁵⁶ Corte cost. 16 marzo 1976, n. 49, n. 6 del considerato in diritto, ove si richiama Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 4 laddove, al n. 2 del Considerato in diritto, si legge inequivocamente “é in contrasto con il precetto fondamentale contenuto nell’art. 28 della Costituzione la legge che, della responsabilità quivi regolata, adottasse una disciplina tale da comportarne una esclusione più o meno manifesta.” V. *supra*, nota 17.

⁵⁷ In Corte cost. 14 marzo 1968 n. 2, in *Giur. cost.*, 1968, 288 ss., con nota di E. Casetta, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del costituente?*, è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 55 e 74 c.p.c., con riferimento all’art. 28 Cost., assumendosi che il legislatore è legittimato a dettare deroghe al principio della responsabilità per specifiche categorie di dipendenti e funzionari pubblici, in ragione delle peculiarità del caso (quanto alla responsabilità dei magistrati, attesa “la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato”) ma con il limite di non poter comunque giungere ad una negazione totale di essa. In senso contrario C. Esposito, *La responsabilità*, cit., 327 ed E. Casetta, *La responsabilità*, cit., 293.

⁵⁸ Corte cost. 24 febbraio 1992, n. 64, in *Giur. cost.*, 1992, 351 ss.

⁵⁹ A. Pace, *Problematica*, cit.; F. Bilancia, *Una rimediazione*, cit., 1361 ss.

Infatti, il rigetto della questione di legittimità costituzionale è argomentato proprio perché *i)* diviene legittima addirittura l'esclusione della responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici, laddove *ii)* adeguatamente circoscritta (come, nel caso di specie, alle ipotesi di *culpa in vigilando*).

Il che traspare poco, a dire il vero, dalle parole della Consulta, il principio essendo cripticamente condensato in un mero inciso. Si legge nella decisione che "l'art. 28 Cost. [...] consente al legislatore sia di limitare la responsabilità diretta dei pubblici dipendenti in relazione all'elemento psicologico, sia di escluderla, *in determinate fattispecie*⁶⁰, ferma rimanendo la responsabilità della P.A., in base ai principi"⁶¹.

Solo da un'attenta lettura del considerato in diritto, si svela la *ratio* della legittimità dell'esclusione della responsabilità, ossia il fatto che essa operi solo per la *culpa in vigilando*, ancorché il tenore letterale della disposizione attribuisca alla surroga portata generale.

La deroga al diritto comune della responsabilità civile è dunque interpretata in senso ampio, potendo tradursi in esclusione o limitazione dei criteri di imputazione soggettiva, in conformazioni del *quantum* dovuto al danneggiato o in misure di carattere ontologico, con le quali si escluda qualsiasi responsabilità, pur se limitatamente a fattispecie sufficientemente determinate e specifiche.

Il che desta forti perplessità: ogni ramo ed ambito dell'amministrazione ha caratteristiche peculiari e specifiche, che potrebbero in astratto condurre a giustificare deroghe sul piano della responsabilità (anche) civile.

In iperbole, però, questo potrebbe giustificare un sistema di esclusioni tale da negare in ogni caso l'antigiuridicità della condotta della pubblica amministrazione. Il che sarebbe manifestamente contrario non solo all'art. 28 Cost., ma al principio stesso di legalità.

Proprio per questo, la proposta – in discussione al Senato, sul d.d.l. sulla responsabilità medica – di utilizzare l'istituto della rivalsa per offrire soluzione al problema della natura e della struttura della responsabilità del medico, non sembra in armonia con la Costituzione ed il principio di ragionevolezza: la Consulta ha salvato il sistema della responsabilità del personale della scuola, solo ed esclusivamente attraverso un forzato riferimento alla *culpa in vigilando* come ambito materiale in cui l'esonero di responsabilità concretamente produca effetto.

Soluzione artificiosa – giacché tale ambito, nella materia scolastica, di fatto assorbe quasi ogni profilo di responsabilità – ma comunque ossequiosa della garanzia di esistenza della responsabilità del pubblico dipendente, che può ricavarsi dall'art. 28 Cost.

In effetti, la disposizione costituzionale, ben lungi dal porre un rinvio in bianco al legislatore, vincola l'attività normativa attraverso l'affermazione di un istituto che non può essere cancellato in senso assoluto.

Né il meccanismo della mera rivalsa appare soddisfacente, giacché esso è finalizzato a riparare il danno erariale recato alla struttura pubblica dalla condotta del dipendente⁶², ma

⁶⁰ Corsivo nostro.

⁶¹ N. 4 del Considerato in diritto.

⁶² Tanto che la competenza relativa è della Corte dei Conti.

lascia completamente privo di tutela, verso il medico, il paziente che pure abbia subito un danno dalla prestazione medica.

5. Tassonomia della responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza, in armonia con l'art. 28 Cost.

Sotto il profilo soggettivo, la responsabilità dei dipendenti e dei funzionari pubblici è applicabile in tutte le ipotesi in cui vi sia un "semplice rapporto di servizio"⁶³, sia esso di pubblico impiego o di esercizio di "mansioni affidategli per il soddisfacimento dell'interesse pubblico dall'ente perseguito"⁶⁴.

L'intero sistema dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza e dell'urgenza, dunque, dovrebbe ritenersi soggetto all'art. 28 Cost.: medici (dipendenti e convenzionati) preposti all'erogazione delle prestazioni, da un lato, ed AUSL quale soggetto pubblico cui la responsabilità si estende ai sensi dell'art. 28 Cost. o, comunque, chiamato all'adempimento degli obblighi di legge, dall'altro.

S'impone una riflessione.

Si è affermato⁶⁵ che la disposizione costituzionale non si applichi ai rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, atteso che – si è visto – i dipendenti e funzionari non ne partecipano e l'art. 28 Cost. è norma tesa a disciplinare prioritariamente la sfera giuridica di questi.

In effetti, il problema è più materiale che non di classificazione giuridica: in astratto, la responsabilità ex art. 28 Cost. ben potrebbe avere fonte nei rapporti obbligatori, atteso che funzionari e dipendenti potrebbero essere responsabili per atti che costituiscono violazione di situazioni soggettive che abbiano ad oggetto prestazioni che formano oggetto di obbligazioni. Donde l'obbligo risarcitorio derivante dall'inadempimento dell'obbligazione.

In concreto, però, questo non accade semplicemente perché essi non sono legittimati *in proprio* in nessun rapporto obbligatorio con i terzi, destinatari dell'attività amministrativa (va da sé, limitatamente all'ambito di esercizio delle loro funzioni).

V'è una conseguenza evidente: il fatto dell'ausiliario, se in violazione di diritti, ossia lesivo della sfera giuridica di un terzo, implicherà *i*) una responsabilità diretta, in ragione del rapporto organico, dell'amministrazione di appartenenza in caso di lesione di diritti relativi o comunque fondati su rapporti negoziali; *ii*) una responsabilità aquiliana dell'ausiliario, ai sensi

⁶³ R. Alessi, *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 658.

⁶⁴ F. Garri, *Responsabilità civile, II, Responsabilità civile dei dipendenti pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1991, 1; R. Alessi, *Responsabilità*, cit., 885. La lettura estensiva della disposizione è pacifica nella giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 2 del 1968; 18 del 1989; 289 del 1992; 154 del 2004) e ordinaria (Cass. S. U. n. 2700 del 1970; Cass. S. U. 6667 del 1992; Cass. sez. I, n. 330 del 1974).

⁶⁵ E. Casetta, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubb.*, Utet, Torino, 2005, XII, 221; Id. *Responsabilità civile, III, Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, op. cit., 6.

dell'art. 28 Cost.; *iii*) una responsabilità aquiliana per estensione, in capo alla P.A., che alle prime due si sovrappone⁶⁶.

Se si ritiene che la responsabilità del medico dell'emergenza, dipendente o convenzionato della AUSL, abbia natura extracontrattuale e sia soggetta all'art. 28 Cost., allora non si avrà difficoltà a ritenere *i*) applicabile anche al personale esercente l'attività medica l'esclusione di responsabilità di cui agli artt. 22 e 23 d.P.R. n. 3 del 1957 e 28 d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, e comunque, *ii*) legittima una norma restrittiva della responsabilità, con l'unico limite di non potersi dettare una forma di irresponsabilità assoluta del dipendente o funzionario pubblico.

Una volta chiarito che fra il medico ausiliario della AUSL ed il paziente non esiste nessun rapporto contrattuale, infatti, torna ad applicarsi il regime di responsabilità aquiliana dettato per l'amministrazione pubblica, senza alcuna eccezione connessa alla peculiarità della materia sanitaria.

Diviene del tutto ingiustificata l'esclusione pretoria dell'applicabilità, in ambito medico, del sistema normativo del pubblico impiego: essa è fondata sull'assunto che la materia sarebbe disciplinata dall'art. 2236 c.c., norma speciale dettata per l'attività professionale⁶⁷, ma la tesi non è condivisibile sotto un duplice aspetto.

In primo luogo il rapporto di specialità sembrerebbe sussistere piuttosto all'inverso⁶⁸: si potrebbe sostenere che sia la normativa sull'esclusione della colpa lieve come criterio di imputazione nel settore del pubblico impiego ad essere speciale rispetto a quella dettata in via generale per i rapporti professionali. Una simile lettura appare conforme all'art. 28 Cost., il quale pone a livello costituzionale ed ammette a livello primario un regime di responsabilità peculiare proprio per i dipendenti e funzionali pubblici, cui deve essere orientata l'interpretazione delle regole di diritto comune della responsabilità e delle eccezioni dettate per specifici settori.

⁶⁶ E' di interesse rilevare che in CGCE 10 maggio 2001, causa C-203/1999, in Danno e resp., 2001, 3065 si è ritenuta applicabile la disciplina del danno da prodotto difettoso in un'ipotesi di impiego di un liquido prodotto da una farmacia interna ad struttura ospedaliera ed utilizzato per la pulizia di un rene, prodromica ad un trapianto. In particolare, la Corte ha affermato *i*) l'applicabilità della direttiva di armonizzazione sui prodotti difettosi anche "nell'ambito di una prestazione medica concreta interamente finanziata con fondi pubblici per la quale il paziente non deve versare alcun corrispettivo", non operando l'esenzione di cui all'art. 7 lett. c) "per mancanza di attività a scopo economico o di attività professionale"; *ii*) il principio che "uno Stato membro non può limitare i tipi di danno materiale, derivante da morte o lesioni personali, o di danno cagionato a una cosa o consistente nella distruzione di una cosa". In realtà, si tratta di una forma di responsabilità ulteriore e concorrente con quella in esame. Essa soggettivamente non è imputabile al medico dipendente o convenzionato, quale ausiliario della AUSL, bensì a quest'ultima in via diretta; oggettivamente, non riguarda l'adempimento delle obbligazioni *ex lege* inerenti il rapporto sanitario, poiché costituisce una forma speciale di responsabilità aquiliana per il danno derivante da prodotto difettoso. Ben può accadere, infatti, che nell'ambito della prestazione sanitaria vi sia compimento di attività sussumibile in quella peculiare forma di relazione giuridica che intercorre fra produttore e consumatore, con conseguente applicabilità del relativo regime di derivazione europea (artt. 114 ss. d. lgs. n. 206 del 2005): si tratterà però di una *species* di responsabilità oggettiva che si accompagna alle altre in esame, senza incidere sulla loro struttura e natura giuridica.

⁶⁷ Crr. U. Breccia, *Colpa professionale*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del presidente*, a cura di G. Visentini, Cedam, Padova 1988, 313 ss.

⁶⁸ Nonostante la contraria indicazione che si ricava implicitamente da Corte cost. n. 166 del 1973 (in cui la clausola del d.P.R. n. 3 del 1957 – fatti salvi i regimi speciali di più grave responsabilità – consente l'applicabilità dell'art. 2048 c.c. in luogo della disciplina del pubblico impiego.

In secondo luogo, l'errore ermeneutico è fondato sull'ulteriore assunto, del pari non condivisibile, che assimila la responsabilità (aquiliana) del personale dipendente della struttura sanitaria pubblica a quella (contrattuale) del medico privato, professionista autonomo.⁶⁹ Se, al contrario, si resta nell'alveo dell'illecito civile, l'art. 2236 c.c. sarà al più applicabile in via analogica e diverrà assai più complesso ammettere che esso deroghi al regime speciale dettato per i pubblici dipendenti. Inoltre, non troveranno conseguentemente applicazione i principi espressi dalla Consulta in tema di responsabilità penale del professionista autonomo (dunque i limiti alle esclusioni della colpa lieve oltre l'ambito della imperizia), valendo piuttosto quelli fissati dal giudice delle leggi in tema di ammissibilità di deroghe alla responsabilità anche civile del pubblico dipendente.

6. La rilevanza giuridica dell'emergenza nella prestazione medica.

Il sistema che si è venuto tratteggiando sin qui è fortemente condizionato dalla peculiarità dell'attività medica esercitata, ossia quella di emergenza ed urgenza.

L'emergenza assume rilievo giuridico, reagendo in diversi modi sul sistema della responsabilità sotto almeno tre distinti profili.

Il primo.

La posizione giuridica dell'utente del servizio sanitario nazionale.

La polimorfia del diritto alla salute, infatti, impone di distinguere diverse situazioni soggettive, tutte fondate sull'art. 32 Cost. Dalla disposizione costituzionale la Consulta ha desunto l'esistenza di a) un diritto soggettivo alla tutela dell'integrità psico-fisica, immediatamente azionabile dinanzi al giudice ordinario; b) un diritto soggettivo alla erogazione di cure mediche, indispensabili alla tutela della medesima integrità psico-fisica secondo le indicazioni desumibili (non già dal legislatore, bensì) dalla scienza medica⁷⁰; c) un diritto soggettivo degli indigenti all'erogazione gratuita delle cure mediche indispensabili alla tutela della vita o comunque legislativamente previste⁷¹; d) un diritto sociale alle cure gratuite per i non indigenti, nei limiti in cui ciò sia previsto dal legislatore⁷²; e) un interesse all'erogazione dietro corrispettivo di prestazioni non indispensabili alla tutela dell'integrità psico-fisica, che è giuridicamente non rilevante sino a quando non trovi formalizzazione in un assetto negoziale.

Il diritto sociale all'erogazione delle cure mediche, in sostanza, non è un'unica situazione soggettiva che si declina in un "contenuto minimo" ed essenziale ed in una ulteriore quota parte accessoria ed eventuale: l'esigenza di liberazione dal *bisogno*, ossia di protezione di situazioni di difficoltà tali da vulnerare proprio lo stesso diritto alla vita libera e dignitosa,

⁶⁹ V. G. Visentini, *Trattato breve*, cit., 252 ss.

⁷⁰ Corte cost. 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, 3853.

⁷¹ Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. cost.*, 1999, 2500 ss. con nota di L. Principato, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*

⁷² Corte cost. 31 ottobre 2008, n. 354, in *Giur. cost.*, 2008, 3906 ss., con nota di L. Principato, *Il contenuto minimo e la tutela cautelare del diritto alle cure mediche, in rapporto alle condizioni economiche del malato ed alle esigenze di bilancio dello Stato.*

plasma la struttura della situazione giuridica pretensiva che da diritto a prestazione positiva più o meno condizionato, diviene diritto della persona immediatamente azionabile.

In questo modo, l'emergenza o l'urgenza reagiscono sulla struttura della situazione soggettiva di rango costituzionale.

Il paziente, dunque, vanta un diritto soggettivo all'erogazione della prestazione sanitaria d'urgenza e nella fase cautelare di garanzia e protezione, la salute non può in alcun modo essere bilanciata con esigenze finanziarie dello Stato o con altri interessi altrimenti meritevoli di protezione, quali quelli sottesi a precondizioni di cittadinanza o residenza per l'erogazione di servizi alla persona⁷³. Ne segue che le pretese alle cure mediche, contenuto del diritto alla salute, non sono soggette alla riserva del ragionevole e del possibile⁷⁴, non richiedono *interpositio legislatoris* e sono immediatamente azionabili in danno dell'amministrazione, tanto che una loro violazione costituisce atto illecito ed espone al risarcimento.

Il secondo.

La natura giuridica del rapporto che s'instaura fra paziente e struttura sanitaria pubblica o convenzionata, per il tramite del medico dell'urgenza.

Si è visto che, in forza di tale rapporto, la struttura sanitaria è vincolata all'adempimento delle obbligazioni *ex lege* di prestazioni mediche, senza che tale rapporto obbligatorio divenga per ciò stesso contrattuale; il medico, subordinato o convenzionato, che concretamente sia chiamato ad esercitare l'attività è responsabile delle eventuali violazioni del diritto alla salute del paziente. Tale responsabilità non potrà mai essere contrattuale, giacché altrimenti si trasferirebbe sulla struttura in ragione del rapporto organico.

La condizione di emergenza conferma un siffatto quadro: in essa non v'è spazio alcuno per una manifestazione di volontà del paziente che certo non può dirsi nella disponibilità delle proprie azioni. Nessun contratto, dunque, bensì pubblico servizio.

Certo, il medico – che pure non ha rapporto negoziale alcuno con il paziente – viene eccezionalmente in contatto con la sfera giuridica del terzo ed è vincolato all'osservanza di obblighi di protezione. Ma, come si è visto, delle due l'una: si si vuole riconoscere a tali obblighi carattere accessorio dell'obbligazione di prestazione, essi potranno accedere esclusivamente ad un rapporto contrattuale esistente e gravare sulle relative parti (dunque, nel caso di specie, sul paziente e sulla AUSL); se al contrario, si vuole assumere che essi abbiano un autonomo rilievo giuridico, rispetto a qualsiasi contratto, allora saranno attratti alla sfera della responsabilità aquiliana ed il loro inadempimento si risolverà nella violazione del *neminem laedere*.

Il terzo.

⁷³ Infatti, la Corte costituzionale (Corte cost. 15 marzo 2013, n. 40 in *Giur. cost.*, 2013, 708, con nota di L. Principato, *Il diritto – talvolta condizionato – degli stranieri extracomunitari all'assistenza sociale*) ha escluso per gli stranieri extracomunitari la legittimità costituzionale di previsioni che condizionino l'erogazione delle prestazioni sanitarie d'urgenza al possesso di un regolare permesso di soggiorno.

⁷⁴ Se si vuole, L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 873 ss.; Id., *La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimo" del diritto fondamentale alla salute*, in *Giur. cost.*, 1999, 3853 ss. Sui caratteri strutturali del diritto sociale alle cure mediche v. l'attenta analisi di D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Giappichelli, Torino 2015, 69 ss.

L'urgenza rende più complesso l'esercizio dell'attività medica.

La giurisprudenza conferma una simile lettura, osservando che le peculiari condizioni, anche di emergenza, in cui le prestazioni mediche vengono rese reagiscono sulla qualificazione della fattispecie, rilevando in particolare in rapporto ai criteri di imputazione.⁷⁵

La colpa in ambito medico ha vissuto diverse stagioni, di certo anche in funzione della "temperie di politica del diritto che sta sullo sfondo"⁷⁶: in ambito penalistico, l'originaria interpretazione *benevola*, fondata sull'applicazione estensiva dell'art. 2236 c.c., è stata sostituita con un'opzione ermeneutica di maggior rigore, orientata all'applicazione delle regole ordinarie per la valutazione della condotta del medico.

Il criterio dell'art. 2236 c.c., però, è stato recuperato quale regola di esperienza e di razionalità del giudizio.⁷⁷

In questo modo si attribuisce un giusto rilievo alle circostanze di fatto nella decisione del caso concreto: la colpa dell'esercente la professione medica deve essere parametrata sia alla difficoltà tecnico-scientifica della prestazione, sia alla "temperie intossicata dall'impellenza, che rende quasi sempre difficili le cose facili"⁷⁸.

L'urgenza concorre ad arricchire il giudizio sulla colpa in concreto attraverso una ponderazione delle azioni od omissioni compiute e le peculiari circostanze in cui esse sono venute in evidenza.⁷⁹

Sul piano civilistico, il problema sarebbe risolto a monte laddove si ritenesse applicabile il combinato disposto degli artt. 22 e 23 d.P.R. n. 3 del 1957 e 1 e 2 d.P.R. n. 761 del 1973⁸⁰, contro un certo orientamento pretorio che si è già letto in senso critico.

Andiamo oltre.

Anche a non voler ritenere applicabile in via estensiva o analogica alla responsabilità del medico ausiliario della AUSL l'art. 2236 c.c., non potrebbe in ogni caso affermarsi che i problemi tecnici di particolare difficoltà che (degradando la colpa) escludono l'imputabilità siano solo quelli della medicina d'avanguardia, per i quali vi sia incertezza nelle conoscenze scientifiche⁸¹. Appare più conforme a Costituzione un'interpretazione che, premiando il principio di ragionevolezza e la *ratio* dell'art. 28 Cost., riconosca la peculiare difficoltà anche di prestazioni mediche rese in circostanze concrete come, ad esempio, quelle d'emergenza e d'urgenza. Va da sé che quest'ultime non rilevano in sé, rendendo in ogni caso lieve la colpa del medico: la valutazione è sempre riferita alla fattispecie concreta, dunque alla peculiarità del trattamento sanitario da eseguire in situazione d'emergenza.

⁷⁵ Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, in *Giur. It.*, 2013, 12, 2628 nota di G. Debernardi, La colpa lieve del sanitario; Cass. n. 23283 del 2016 cit.

⁷⁶ Cass. n. 16237 del 2013, cit.

⁷⁷ Cass. pen. sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, in *Riv. Pen.*, 2008, 7-8, 842.

⁷⁸ Cass. n. 16237 del 2013, cit., n. 6 del considerato in diritto.

⁷⁹ Cass. pen. sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, in *CED Cassazione* 2011.

⁸⁰ *V. supra, sub* 5.

⁸¹ Cass. 12 agosto 1995, n. 8845, ove si precisa che ricorre la speciale difficoltà solo se "il caso sia di particolare complessità o perché non ancora sperimentato o studiato a sufficienza, o perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da eseguire". Ciò, in ossequio alla posizione assunta in Corte cost. n. 166 del 1973, per la quale *v. supra*, nota 60.

La diligenza richiesta al medico è, infatti, quella professionale ex art. 1176 comma 2 c.c. ed è anche ammissibile che si teorizzi una evoluzione delle obbligazioni di mezzo in garanzia di risultato, per quegli interventi estremamente semplici e routinari per i quali l'imputabilità del danno può fondarsi su una presunzione di negligenza del professionista.⁸²

Ma al contempo, per tutti gli altri interventi e per quelli che, pur semplici, avvengano in condizioni di peculiare difficoltà, in ragione dell'emergenza e dell'urgenza,⁸³ dovrà trovare applicazione l'astratta possibilità di esclusione della responsabilità, laddove ricorrano ipotesi di colpa lieve. Di certo sul piano della imperizia, dunque, ma occorrerebbe analizzare *funditus* anche altri ambiti di diligenza, quali la negligenza o l'imprudenza, laddove su essi reagisca l'eccezionalità del caso concreto, qualificando lo stato soggettivo entro cui la prestazione medica è stata resa.

Il quadro è in apparenza complicato ulteriormente dall'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. in l. n. 189 del 2012, a mente del quale il rispetto delle linee guida o delle buone pratiche riconosciute dalla comunità scientifica degraderebbe in lieve la colpa per le conseguenze pregiudizievoli recate dall'atto medico, escludendo la punibilità, ma non l'obbligo di risarcire il danno.

La regola di giudizio, cui è possibile solo un accenno, appare problematica sotto un duplice aspetto.

Per quello che dice, atteso che il medico che tenga un contegno ossequioso di linee guida e buone pratiche, ma del tutto inadeguato rispetto alle esigenze del caso concreto, mostrerebbe con ciò una colpa grave e non potrebbe andare esente da responsabilità, diversamente da quello che la lettera della norma lascia presagire.

Ma anche per quello che non dice, considerato che il medico che si discosti da linee guida e buone pratiche, attraverso una prestazione sanitaria che si sveli infruttuosa e finisca con il recar danno al paziente, potrebbe in realtà aver tenuto una condotta colposa non imputabile, ove il caso concreto imponesse l'inosservanza degli *standards* scientifici accreditati.

Senza particolare sforzo, la giurisprudenza ha immediatamente colto tali aspetti, premiando l'analisi delle circostanze del caso concreto rispetto alla formula legislativa, del tutto anelastica a riguardo.

Il problema, però, è destinato a svanire nel concreto del giudizio.

Si è riconosciuto che "per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di preconstituita, ontologica affidabilità", sicché "non si può pregiudizievolemente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga, attese le peculiarità del caso clinico, di dover coltivare una soluzione atipica"⁸⁴, anche perché altrimenti di collocherebbe nell'alveo della illiceità l'intera medicina di avanguardia.

⁸² Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1379, poi consolidata nelle successive decisioni.

⁸³ In questo senso, R. Blaiotta, *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 765 ss.; R. De Matteis, *La responsabilità medica: un sottoinsieme della responsabilità civile*, Cedam, Padova 1995, 134 ss.; V. Busi, *La colpa medica*, cit. 349.

⁸⁴ Cass. n. 16237 del 2013, cit. nn. 8 e 9 del considerato in diritto.

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 vestustà di esse e sul fatto che possano rispondere più ad esigenze di economia gestionale che non alla finalità di efficacia terapeutica⁸⁵.

Si trascura, però, un dato elementare.

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.

Oppure possono essere formalizzate in un atto amministrativo che abbia funzione di accertamento della loro validità ed efficacia: 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 o le buone pratiche resterà sempre disponibile dal giudice, il quale potrà disapplicarlo laddove accerti in concreto che il *provvedere* di quell'atto non è rispondente alle peculiarità ed alle esigenze della fattispecie sottoposta al suo esame.⁸⁶

7. Onere della prova e difficoltà di distinzione fra responsabilità contrattuale ed aquiliana del medico d'emergenza. Cenni.

Una riflessione, pur se inevitabilmente ridotta ad un mero accenno, merita il problema dell'onere della prova, specie nel rapporto fra le due *specie* di responsabilità cui è astrattamente riconducibile la condotta del medico ausiliario dell'AUSL.

L'affermazione di una responsabilità da contatto sociale o, in ogni caso, di natura negoziale ha determinato l'inversione dell'onere della prova e l'applicazione del più ampio termine di prescrizione decennale.

In particolare, sul profilo istruttorio il rapporto processuale viene ricostruito assumendo che il paziente sia chiamato a provare il fatto della prestazione medica e le conseguenze pregiudizievoli sull'integrità psico-fisica, mentre sia il medico a dover offrire la prova della diligenza nell'esercizio dell'attività o, addirittura, dell'esistenza di un fatto imprevedibile che ha cagionato in concreto il danno.

Il punto merita di essere approfondito.

Proprio nel precedente che ha affermato tale principio⁸⁷ si legge infatti con chiarezza che "l'allegazione del creditore non può attendere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato e cioè astrattamente efficiente alla

⁸⁵ P. Piccialli, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contratto e impr.*, 2015, 3, 569; A. Querci, *Le evoluzioni*, cit., 6 e s.

⁸⁶ Ciò, in analogia con quanto accaduto rispetto al prontuario farmaceutico, nei casi di nuove trattamenti in esso non contenuti. V. Corte cost. n. 185 del 1998, cit. *supra* nota 64.

⁸⁷ Cass. S.U. n. 577 del 1988, cit.

produzione del danno. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno”.

Il tema è di tutta evidenza: il paziente non può limitarsi a dedurre che il medico sia inadempiente nell'erogazione della prestazione medica, con la sola eccezione – per altro problematica – dei casi in cui il giudice possa presumere l'imputabilità della condotta dall'inafasto esito della prestazione, in ragione della assoluta semplicità della stessa (*res ipsa loquitur*). Egli dovrà semmai allegare i fatti che vengono specificamente attribuiti all'esercente la professione medica e lo espongono al risarcimento, avendo originato il danno. In difetto l'azione, ancor prima di essere priva di prova, risulterà infondata per manifesta violazione dell'obbligo di allegazione.

Quanto più è specifica la contestazione mossa al medico, tanto più questi sarà chiamato ad offrire la prova del contrario, sempre che si ritenga esistente una forma contrattuale di responsabilità.

Anche nel caso di lacunosità della cartella clinica, laddove si riconosce una violazione dell'obbligo del medico che non può tradursi in pregiudizio per il paziente⁸⁸, si precisa che è ammissibile il “ricorso alla prova presuntiva, in base al criterio della vicinanza della prova, ma tanto all'interno di un giudizio in cui risulti pur sempre dedotta e provata una condotta ascrivibile al professionista, astrattamente idonea a provocare il danno”⁸⁹.

Andiamo oltre.

In effetti, la dicotomia responsabilità contrattuale ed aquiliana, sottoposta a notevoli torsioni anche sotto altri profili, in ambito medico tende a sfumare sul piano degli oneri istruttori⁹⁰.

Ne è immediata riprova il fatto che, come si è detto, la giurisprudenza, pacificamente, attribuisce al paziente l'onere di provare non solo l'esistenza del rapporto, deducendone l'inadempimento, ma anche il nesso eziologico⁹¹: il che rende evidente 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

⁸⁸ Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2016, n. 6209, in CED Cassazione, 2016.

⁸⁹ Cass. civ. sez. III, 12 dicembre 2013, n. 27855, in www.dirittosanitario.net.

⁹⁰ Del resto la dicotomia è in crisi sul piano ontologico per l'evoluzione dell'idea di obbligazione e degli interessi meritevoli di protezione giuridica: sul primo profilo, il rapporto obbligatorio non più esclusivamente incentrato sulla prestazione da adempiere, ma arricchito da una serie di doveri accessori che ne rendono più complessa la struttura; sul secondo profilo, il *neminem laedere* non tutela soltanto diritti assoluti, ma anche situazioni giuridiche che originano dal contratto. Ne discende che “la tradizionale distinzione [...] tende a sfumare; e l'estendersi di zone di confine [...] induce a dubitare tanto del valore concettuale, quanto dell'opportunità legislativa” (C. Salvi, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc., dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, 1191).

⁹¹ 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. Capecechi, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 245 ss.

aquiliana”.⁹² Il che rappresenta un elemento discretivo rispetto ai giudizi di responsabilità delle strutture pubbliche o convenzionate, nelle quali i carichi probatori seguono in tutto le regole generali della responsabilità per inadempimento.

Un altro aspetto rende ancor più labile la differenza fra i due tipi di responsabilità.

L’irrimediabile tecnicismo del merito della questione oggetto di lite, in specie sotto il profilo dell’analisi della condotta del medico, è destinato ad esaltare lo strumento della consulenza tecnica d’ufficio ben oltre la normale funzione di ausilio del giudice.

Il libero convincimento di quest’ultimo non può che recepire – pur se non acriticamente, almeno nei casi di manifesta illogicità o difetto di argomentazione – le risultanze dell’elaborato peritale, non avendo il giudice altri strumenti per addivenire alla ricerca della verità o, almeno, della maggiore probabilità scientifica.

Allegati i fatti, sarà solo il consulente d’ufficio a poter chiarire se la condotta – per come divenuta evidente sul piano processuale – sia o non conforme ad uno *standard* di diligenza professionale, applicato sempre in rapporto alle esigenze del caso concreto.

Per altro, con difficoltà che saranno funzione della peculiarità della specifica prestazione e delle circostanze in cui essa sia stata resa, incluso il carattere di emergenza o d’urgenza.

Dinanzi ad una simile realtà di fatto, diviene essenziale operare al fine di garantire competenza specifica e professionalità dei Consulenti d’ufficio, i quali dovranno essere specialisti dalla materia che sono chiamati ad esaminare.

Inoltre, le preoccupazioni sull’effettivo riparto dell’onere della prova si concentrano solo sull’ipotesi di impossibilità oggettiva della prova. Infatti, se il relativo onere è a carico del medico, questi patirà di non essere riuscito – essenzialmente per il tramite della consulenza tecnica – a far acquisire evidenza processuale alla propria diligenza od al fatto che, estraneo alla propria condotta, abbia causato il danno; se, al contrario, l’onere grava sul paziente, la domanda risarcitoria sarà rigettata ed il pregiudizio derivante dalla violazione della salute, pur sussistendo, resterà privo di tutela.

In effetti, la scelta fra due opzioni parimenti inappaganti non può condursi in omaggio al principio di vicinanza della prova, semplicemente perché medico e paziente sono nella medesima posizione rispetto alla qualificazione di una certa condotta nell’ambito della scienza medica⁹³. Entrambe le parti si avvalgono di consulenti specializzati, infatti, e nessuno ha la disponibilità esclusiva o privilegiata di informazioni, fonti di prova o altri elementi.

Potrebbe anche esservi una soluzione *normativa* ma, *prima facie*, appare difficile da cogliere.

⁹² 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.

⁹³ Appare non condivisibile, dunque, l’assunto per il quale nella responsabilità medica il principio di riferibilità o vicinanza della prova implichi necessariamente l’attribuzione al medico dell’onere istruttorio (avente ad oggetto la diligenza o il fatto alieno imprevedibile), perché, “in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa creditoria”, atteso che “l’esecuzione della prestazione consiste nell’applicazione di regole tecniche [...] sconosciute al creditore perché peculiari del bagaglio di conoscenze proprie del debitore” (V. Busi, *op. cit.*, 341 e s.).

Non sempre tutto è riassumibile sotto la portata applicativa di una regola: forse è il prudente apprezzamento del giudice l'unico vero strumento che può, nel concreto del giudizio, comporre le esigenze sottese alle contrapposte sfere giuridiche, modulando la tecnica decisoria proprio in ragione delle specificità di ciascun caso.⁹⁴

⁹⁴ Un sistema, del resto, del tutto analogo a quello invalso nella prassi tedesca, dove il giudice modula l'onere istruttorio proprio in funzione della peculiarità della fattispecie concreta. V. V. Zambrano, *Responsabilità medica e prospettiva comparatistica: regole semplici per una realtà complessa*, in *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., 181 ss.