

La tutela della salute

Carla Vignali

Istituto di Diritto Privato dell'Economia, Università degli Studi Milano-Bicocca, Milano, Italy

La tutela della salute nel quadro del sistema sanitario italiano

L'arte medica è sempre stata diretta alla tutela della salute ma è solo con la medicina moderna che la tutela della salute da precetto etico del medico acquista valenza sociale e giuridica¹.

Il malato non vive più come nel passato la propria esperienza di sofferenze alleviate dal medico con cure terapeutiche e morali, oggi all'individuo colpito dalla malattia si contrappone un sanitario guaritore e restauratore della salute con strumenti sempre più efficaci e rischiosi di carattere meramente scientifico.

È la stessa Costituzione che prevede una tutela diretta della salute, con una norma dove i concetti diritto e interesse si integrano e trovano come momento di incontro la persona umana².

La salute interessa il singolo perché egli possa vivere la propria vita e svolgere le proprie attività e interessa la collettività perché il benessere fisico del singolo si riflette sulla collettività che, in caso di menomazioni, deve impegnarsi a soccorrerlo in tutti i modi possibili.

In materia sanitaria il decennio 1968-1978 è stato quello decisivo e quello che ha posto le radici dell'odierno assetto dell'assistenza sanitaria³. La legge 12 febbraio 1968 n. 132 ha attuato la prima radicale trasformazione del sistema sanitario attraverso il riconoscimento dell'assunzione dell'assistenza ospedaliera in via esclusiva da parte degli enti ospedalieri nei confronti di tutti i cittadini italiani e stranieri come vero e proprio servizio pubblico con il definitivo abbandono della configurazione degli ospedali come enti di assistenza e beneficenza.

Successivamente, dopo lunga elaborazione, la legge 23 dicembre 1978 n. 833 ha riformato l'assistenza

sanitaria, con l'adozione di un sistema di sicurezza sociale e sanitaria capace di dare concreta attuazione ai principi affermati nel testo costituzionale sia per ciò che attiene all'aspetto organizzativo sia per ciò che attiene alla tutela della salute ed ha affidato tale compito al Servizio sanitario nazionale.

Si tratta di una legge quadro emanata dallo Stato allo scopo di enunciare i principi fondamentali e le direttive in materia sanitaria a cui le leggi regionali devono uniformarsi⁴.

Con il rinnovamento di tutto l'ordinamento sanitario e dell'intera organizzazione sanitaria si attua il passaggio dalla filosofia dell'assistenza-beneficenza a quella del diritto dell'assistenza con interventi indirizzati alla diagnosi e alla cura, ma anche direzionati alla diagnostica preventiva.

La legge di riforma sanitaria ha affrontato il problema salute organicamente non solo con riguardo agli aspetti connessi alla cura, alla prevenzione e alla riabilitazione del malato ma anche alla rilevanza collettiva degli interessi e alla necessità di predisporre adeguati strumenti di partecipazione in una visione della integrità psico-fisica della persona legata all'ambiente di vita.

Gli individui vengono così considerati non più come oggetto di competenze istituzionali e organizzative ma titolari di un diritto soggettivo a pretendere una serie di servizi in difesa della loro salute dalle strutture all'uopo costituite⁵.

Una salute insomma contemplata in tutte le sue espressioni ed inscindibile dalle condizioni sociali e ambientali di vita dell'individuo e della comunità.

Un sistema di sicurezza sociale dove lo Stato detta norme giuridiche, crea appositi organismi ed assume la tutela della sanità individuale nel più ampio quadro della sicurezza collettiva.

La salute diventa un diritto fondamentale di ogni individuo ed interesse della collettività ed il servizio sanitario nazionale ha il compito di provvedere a promuovere il mantenimento ed il recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza alcuna distinzione di condizioni individuali e sociali e secondo le modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio⁶.

Il modello di sistema sanitario previsto dalla legge n. 833 del 1978 nella sua realizzazione pratica ha tuttavia incontrato degli ostacoli dovuti ad una eccessiva ingerenza politica, ad una eccessiva burocratizzazione e alla povertà di strutture. Per tali ragioni negli anni novanta la legge n. 421 del 1992 riordina il servizio sanitario nazionale e successivamente il D.Lgs. 502/1992 detta le regole di razionalizzazione della gestione del servizio sanitario nazionale come servizio pubblico ed aziendale con l'introduzione di radicali innovazioni⁷.

Lo Stato nel settore della sanità pertanto assume il dovere di perseguire la conservazione, la difesa, il recupero e il miglioramento della salute pubblica⁸ e assolve tale impegno con il Servizio sanitario nazionale⁹.

Molteplici sono stati i principi ispiratori della riforma sanitaria ma i più qualificati sono senza dubbio: la universalità dei destinatari, l'eguaglianza di trattamento, la globalità delle prestazioni, il rispetto della dignità e della libertà della persona e la razionalizzazione delle risorse¹⁰.

Il processo di riordino prosegue poi con il D. Lgs. del 16 giugno 1999, n. 229 che attua la razionalizzazione dell'impianto organizzativo del sistema sanitario ed enuncia principi di efficienza, di qualità e di equità.

Il ridisegno della tutela sanitaria e l'introduzione delle nuove prospettive aumentano le aspettative individuali degli utenti e la struttura sanitaria con la sua organizzazione diviene nuovo oggetto di attenzione da parte degli studiosi¹¹.

La salute come bene giuridico

Il bene salute, come già si è accennato, è garantito dalla Costituzione, art. 32, non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo¹².

Difficile è dare una definizione di salute. Secondo un approccio naturalistico la definizione di tale concetto potrebbe essere formulata in senso puramente negativo e ciò equivale a dire che la salute è assenza di malattie. Essa può essere considerata anche in senso positivo e definita come il benessere biologico e psichico dell'uomo da conservare e da promuovere¹³.

La salute è anche però condizione per la realizzazione della personalità dell'individuo perciò essa può essere considerata non solo come valore in sé ma anche come strumento per realizzare una migliore qualità di vita. In quest'ultima accezione il concetto di salute viene a comprendere anche le capacità logiche, affettive e relazionali del soggetto e quindi tutti quei valori che con essa interagiscono¹⁴.

Nel contenuto della norma costituzionale di tutela della salute possono dunque essere riconosciuti una serie di significati, ognuno di portata e natura diversa che possono essere tradotti in una serie articolata di diritti.

Appare perciò evidente che, a seconda delle possibili letture della norma, la posizione giuridica soggettiva del cittadino varia in relazione ad ognuna delle prospettive in cui la tutela della salute si articola¹⁵.

Il precetto costituzionale di tutela della salute per essere pienamente inteso deve essere inserito in un più ampio contesto di tutela della persona umana delineata principalmente dagli artt. 2 e 3 della Costituzione. La salute infatti è un valore che concorre con altri valori fondamentali in rapporto di integrazione e condizionamento: l'art. 2 Cost. attribuisce al diritto della salute un contenuto di socialità e di sicurezza e l'art. 3 Cost. rappresenta la modalità concreta del pieno sviluppo della persona umana.

Il diritto alla salute è un diritto soggettivo protetto non solo nella sua individualità ma anche sotto l'aspetto pubblico e di solidarietà sociale: la protezione sociale del valore difeso trova la sua operatività nel Servizio sanitario nazionale¹⁶.

Infatti la norma costituzionale profila anche un aspetto oggettivo di tale diritto attraverso una tutela preventiva e promozionale dello sviluppo della persona umana ed un dovere di preservare la propria salute quando la malattia sia tale da mettere in gioco l'incolumità altrui¹⁷.

Tutela della salute significa anche potere di disporre della propria salute, il c.d. principio di autodefinizione.

La salute, quale bene afferente alla persona umana, è avvertita sempre più come diffusa esigenza degna di protezione e come necessità di assicurarne una tutela ispirata alla massima uniformità possibile su tutto il territorio nazionale.

Le moderne e complesse strutture sanitarie, la scienza medica con i suoi progressi e le tecniche di cura sempre più sofisticate e raffinate, sono gli strumenti volti al raggiungimento dell'obbiettivo salute.

Dal punto di vista della territorialità si deve ritenere che tale diritto spetta tanto ai cittadini quanto agli stranieri¹⁸.

Al dovere del Servizio sanitario di provvedere alla assistenza necessaria corrisponde il diritto del cittadino di ottenere i trattamenti sanitari. Quando si parla di diritto ai trattamenti non significa però diritto ad averli gratuitamente perché di questi ultimi sono titolari i soli indigenti, cioè coloro che si trovano in condizioni di particolare disagio, se non di povertà¹⁹. Il diritto ad essere curato deve intendersi come diritto ad avere le cure anche se a pagamento.

Il concetto di integrità psico fisica

Il diritto alla integrità fisica ha pochi riferimenti legislativi ed è ricompreso nel più ampio diritto alla salute che, nel suo significato onnicomprensivo, comprende anche la sfera psichica dell'individuo e il rapporto con l'ambiente²⁰.

La Costituzione non menziona l'integrità fisica come diritto alla persona mentre invece proclama come diritto fondamentale dell'individuo la salute nella quale l'integrità fisica è contenuta.

È invece nel codice che si rinviene una norma, art. 5 c.c., che vieta l'abuso del diritto alla integrità fisica. Tale regola disciplina gli atti con cui il soggetto dispone del proprio corpo o di parte di esso a favore di altri e vieta quegli atti che producono una diminuzione permanente della integrità fisica.

All'epoca della emanazione del codice civile la norma di tutela dell'integrità fisica contemperava due distinte esigenze: una di ordine individuale che

si esprimeva nel principio di disponibilità del proprio corpo o di parte di esso e l'altra di ordine pubblico intesa a proteggere l'integrità e la salute dell'individuo per ragioni di tutela e integrità della stirpe²¹.

Prima dell'approvazione della Costituzione si considerava che l'interesse protetto da tale diritto fosse la tutela dell'individuo alla conservazione della propria integrità biologica; in seguito si diffuse la concezione che nella tutela costituzionale accordata al bene salute fosse compresa anche quella dell'integrità psicofisica dell'individuo.

Parte della dottrina infatti sosteneva la coincidenza tra diritto alla salute e diritto di integrità fisica nel senso che il diritto alla salute significava diritto a mantenere intatta la propria integrità fisica e psichica²².

Un ridefinizione significativa del diritto all'integrità si è avuta nel corso degli anni settanta.

In una visione unitaria dei problemi legati alla tutela giuridica della persona si è giunti a considerare il concetto di salute un concetto più ampio, comprensivo della integrità fisica quale valore statico inerente agli aspetti esteriori della persona a differenza della salute quale valore con contenuto relativo e variabile in relazione anche allo sviluppo della società e agli ambiti settoriali della sua tutela²³.

La tutela dell'integrità fisica, come tutti i diritti disponibili, è un concetto relativo in continua evoluzione che oggi si ispira a principi diversi da quelli di ordine individuale e pubblico a cui si ispirava nei lavori preparatori del vigente codice²⁴.

Oggi il diritto alla integrità fisica assume il ruolo di principio generale di tutela della persona riconosciuto e garantito dalla Costituzione nell'ambito del principio di libertà personale sancito dall' art. 13 Cost²⁵.

La violazione del diritto salute inteso come diritto all'integrità fisica presenta specifico rilievo costituzionale e il punto di maggiore interesse è quello della garanzia costituzionale di un diritto al risarcimento del c.d. danno biologico e cioè di un danno subito a causa della semplice lesione del bene salute a prescindere dalle conseguenze dirette che tale lesione abbia causato sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato²⁶.

Il diritto di curarsi e il diritto di non curarsi

Il diritto alla salute può essere visto anche sotto l'aspetto di libertà individuale del soggetto di decidere in ordine al proprio corpo rispetto all'esecuzione di trattamenti sanitari²⁷.

L'art. 32 Cost. conferisce garanzia costituzionale specifica al singolo individuo a non subire, contro il suo volere, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi.

Il riconoscimento della inammissibilità della imposizione di trattamenti sanitari volontari e non obbligatori ha come conseguenza la creazione di una regola secondo la quale il consenso del paziente è essenziale e necessario rispetto ad ogni intervento medico anche se vantaggioso per la sua salute.

Il valore della autodeterminazione del paziente riduce la supremazia del medico nella relazione terapeutica.

Con la introduzione del principio di autonomia e del diritto di autodeterminazione della qualità della propria vita cambia il rapporto tra il paziente e la sua salute.

Nella concezione paternalistica del binomio medico paziente la salute era considerata come un dono affidato esclusivamente alle cure del medico su cui il paziente non poteva influire.

L'atteggiamento paternalistico però fa parte ormai del passato, oggi l'unico principio che sopravvive capace di attenuare il principio di autonomia del paziente è il principio di beneficiabilità che legittima il medico ad agire a favore del paziente con ciò che ritiene opportuno per la sua salute quando a causa della malattia la sua capacità decisionale sia ridotta.

Il paziente esercita attraverso il consenso una scelta consapevole in ordine agli atti che possono coinvolgere il proprio corpo ed esercita la sua posizione di libertà.

Pertanto, oltre al diritto di essere curato, ci si chiede se il diritto alla salute copra anche il risvolto negativo del diritto all'integrità fisica.

Al riguardo ci si domanda se il paziente ha il diritto di essere malato e di non farsi curare e quindi, se esiste un diritto del malato di rifiutare le cure anche se queste sono assolutamente necessarie per salvaguardare la sua vita o la sua integrità fisica.

A questo quesito va data risposta positiva solo nel caso in cui sia in gioco l'interesse del singolo a cui spetta la decisione.

Diversamente deve escludersi che il diritto di rifiutare le cure possa esistere quando la situazione patologica del singolo possa mettere in pericolo la salute della collettività.

Ciò si evince dal fatto che l'ampia garanzia assicurata all'individuo dalla norma costituzionale riconosce al soggetto anche il diritto di rifiutare qualsiasi intervento medico anche quando tale rifiuto implichi pericolo di vita o danno alla persona, in omaggio al rispetto della persona umana previsto per i trattamenti sanitari obbligatori che legittima il rifiuto di trattamenti sanitari non obbligatori anche quando le conseguenze del rifiuto siano gravi.

Detto ciò, due sono le possibili ipotesi di rifiuto. La prima quando il soggetto si trovi in imminente pericolo di vita e possa essere salvato da un trattamento medico²⁸; si pensi, ad esempio, al rifiuto di emotrasfusioni per motivi di carattere religioso e di coscienza.

In tal caso sembra doversi ritenere legittimo il rifiuto in quanto espressione del diritto di professare la propria fede religiosa e del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, valori oggetto di tutela costituzionale di pari grado rispetto alla tutela della salute.

La seconda ipotesi si ha quando il soggetto si trovi in una situazione patologica inguaribile e il trattamento sanitario abbia l'unico scopo di tenerlo in vita artificialmente: si pensi all'ammalato terminale che, consapevole della sua sorte, chieda l'interruzione delle cure accettandone le conseguenze e a tale legittima richiesta il medico dovrà attenersi.

Nell'ambito della libertà di autodeterminazione come espressione della tutela della dignità della persona, nel caso specifico di malati terminali, il diritto di rifiutare le cure è espressione del diritto alla vita, considerato come principio della qualità della vita. In tale contesto la vita è vista come valore che possiede determinate caratteristiche che la rendono degna di essere vissuta e quindi come potere di essere soggetti di decisioni, di aspettative, di progetti e non come valore di per sé²⁹.

Diversamente quando il paziente, affetto da malattia incurabile, non manifesti alcuna volontà o mani-

festi la volontà di continuare le cure di sostegno qualora il medico le interrompa tale interruzione configura una omissione penalmente rilevante.

Il rifiuto del malato alle cure mediche necessarie alla vita implica un atto di disposizione della vita stessa e quindi un atto *contra legem*. Tale volontà non può essere vincolante per il medico che ha il dovere di utilizzare ogni risorsa messa a disposizione dalla scienza per combattere l'inevitabile. Pertanto non essendo ammesso che il medico ponga in essere trattamenti fisicamente coattivi, il malato che non vuole sottoporvisi non può che allontanarsi.

La norma costituzionale stabilisce che qualsiasi trattamento sanitario deve essere autorizzato dal paziente, aggiunge anche che la legge non può in nessun caso violare i limiti del rispetto della persona umana. Il disposto legislativo fa riferimento al rispetto della persona e non al rispetto della volontà del paziente stesso e ciò sembra significare che la Costituzione italiana non permette la tutela della volontà del paziente quando infrange il rispetto della propria persona.

Si ricorda a tale proposito il codice di deontologia medica, che all'art. 32, prevede, salvo i casi di trattamenti sanitari obbligatori, che in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona³⁰.

La problematica è diversa quando il paziente sia incapace o minore.

Infatti, in forza degli artt. 333 e 736 c.c., il trattamento indispensabile per la protezione della salute del minore potrà essere imposto anche contro la volontà dei genitori e del tutore o contro la sola volontà del paziente, quando questi sia temporaneamente incapace e quindi non sottoposto a tutela³¹. La normativa in tale ipotesi verrà interpretata nel senso più protettivo per il soggetto debole.

E' compito del medico, infatti, occuparsi in modo particolare della salute dei bambini, degli anziani e dei portatori di handicap per la loro condizione sociale o psico-fisica di debolezza.

La richiesta del massimo impegno al medico in favore di chi per condizioni fisiologiche o patologiche risulti fragile è tipica del ruolo pubblicistico del medico ed amplia la portata delle sue competenze sanitarie.

Il medico che come garante della salute è responsabile dell'applicazione tecnica dei mezzi di cura diventa anche soggetto dotato di potestà decisionale.

Si veda a tale proposito l'ultimo comma dell'art. 29 c.d.m. ove si riconosce al medico il diritto-dovere di adire alla competente autorità giudiziaria nel caso in cui si ravvisi il contrasto tra le effettive necessità oggetto della tutela ed il consenso alle prestazioni negato da chi ha la rappresentanza legale.

Il trattamento sanitario obbligatorio

Appartengono alla categoria dei trattamenti obbligatori quei trattamenti la cui obbligatorietà è prevista dalla legge³².

La Costituzione all'art. 32, comma 2, infatti dispone che "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

I trattamenti sanitari obbligatori sono una limitazione della libertà personale e sono imposti a protezione della salute del singolo sottoposto al trattamento ed altresì di altri individui³³.

L'imposizione dei trattamenti sanitari obbligatori ha carattere eccezionale data la rilevanza riconosciuta alla volontà rispetto ad ogni intervento sulla persona.

L'art. 32 della Costituzione garantisce un diritto e dovere del singolo a preservarsi per un migliore sviluppo della personalità alla luce della tutela costituzionale del diritto alla salute, ma non esiste nel nostro ordinamento un dovere alla salute.

Infatti, se la stessa Costituzione ammette i trattamenti sanitari obbligatori con il limite del rispetto della persona e dell'interesse alla tutela della salute della collettività è inevitabile affermare che tale riconoscimento di obblighi sanitari obbligatori non può essere interpretato come possibile limite generale alla consapevole autodeterminazione della persona sulla propria salute.

L'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori è ammissibile solo nel caso in cui la condizione di malattia del singolo possa pregiudicare il diritto alla salute di altri componenti della collettività e non per altri fini di interesse pubblico³⁴.

La riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 32 della Costituzione trova il limite nella necessità del rispetto della persona umana in tutti quegli aspetti in cui si articola il rapporto medico-paziente³⁵.

La tutela della salute e il rapporto medico-paziente

Nel tempo il rapporto medico-paziente si è andato progressivamente spersonalizzando.

La grande attenzione al bene salute, la maggior complessità delle strutture sanitarie, la plurisoggettività numerica e specialistica dei percorsi diagnostici e terapeutici, la filosofia aziendale che fa prevalere la competenza manageriale su quella professionale e, non da ultimo, il progresso della scienza medica hanno determinato maggiori aspettative nel paziente e mutato completamente il contesto in cui si svolge la prestazione sanitaria causando gradualmente l'affievolimento del binomio medico paziente.

Nel contesto sociologico e culturale della società odierna la modificata organizzazione strutturale sanitaria ha portato alla proliferazione delle controversie e ad un costante processo di evoluzione giurisprudenziale e dottrinale volto alla creazione di nuovi principi al fine di assicurare al paziente adeguata tutela³⁶.

È sorta così una linea protettiva nei confronti dei pazienti danneggiati giustificata dal mutamento delle condizioni in cui si esercita l'attività medica.

Il rapporto tra medico e paziente si svolge in una situazione paritaria di equilibrio tra dovere di cura del medico e rispetto dei diritti fondamentali del paziente ed assume oggi uno spessore sociale in quanto la salute non è più solo assenza di malattie ma è anche condizione di benessere psichico sociale³⁷.

Il medico inoltre non ha più l'autorità culturale dell'uomo di scienza e la retorica della missione sociale che, nel tempo passato, aveva influenzato sia le scelte legislative, sia la dottrina, sia la giurisprudenza che ponevano in una posizione privilegiata la sua prestazione.

Non va dimenticato poi che sovente l'attività medica non è più opera del singolo, ma di un'organizzazione complessa di persone che rende estremamente difficile la ricerca dell'errore.

La presenza di nuove tecnologie per trattare le malattie ha svalutato le capacità personali del singolo medico che nell'esercizio dell'arte medica ha assunto la configurazione di tecnico che applica regole scientifiche ed ha creato i presupposti, ogni volta che il risultato non sia soddisfacente, per una maggiore litigiosità del paziente nei confronti del sanitario.

Le conoscenze delle più recenti innovazioni tecnico-scientifiche sono poi divenute il supporto del medico nell'esercizio della sua professione.

Infatti aggiornamento e formazione professionale permanente del sanitario costituiscono presupposti fondamentali per un corretto esercizio della professione medica inoltre adeguano ed riqualificano la sua preparazione tecnica e professionale ed elevano il suo livello di conoscenze per un migliore svolgimento della attività di valutazione del caso specifico.

La formazione professionale permanente e l'aggiornamento scientifico e culturale del medico sono, oggi, gli obiettivi primari del Servizio sanitario nazionale³⁸.

La prevalente giurisprudenza, infatti, più volte ha ravvisato gli estremi di una responsabilità professionale quando le modalità di esecuzione della prestazione del sanitario non siano rapportate ai risultati raggiunti dal progresso scientifico in quanto la formazione permanente costituisce parte integrante dell'esercizio dell'attività medica³⁹.

Negli ultimi tre decenni gli straordinari progressi della medicina hanno poi trasformato l'ammirazione e la gratitudine dei pazienti nei confronti dei sanitari in desiderio di rivalsa nelle ipotesi di fallimento delle cure.

Nello stesso senso, nel corso degli ultimi anni, anche l'atteggiamento dei giudici nei confronti della figura del medico è radicalmente mutato.

Si è passati da un eccessivo *favor* per il professionista ad una stagione di grande rigore e severità nei confronti del personale sanitario contro il quale i giudizi e le condanne sono aumentate in modo esponenziale.

Nell'inversione di tendenza l'intenzione era quella di migliorare qualitativamente il servizio reso ai pazienti, ma la gravosa responsabilizzazione degli operatori del settore sanitario non si è rivelata idonea a raggiungere lo scopo.

Nell'ambito medico, infatti, è particolarmente sentita l'esigenza di operare nella più totale libertà di

scelta senza condizionamenti in ordine alle decisioni diagnostiche e terapeutiche. Un atteggiamento troppo rigoroso può indurre il sanitario alla scelta che meno lo espone al rischio di un giudizio.

Inoltre si aggiunga che il sanitario interagisce in una struttura sanitaria e la sua prestazione non è che una parte di quella complessa prestazione di c.d. assistenza sanitaria dovuta nei confronti del paziente dalla struttura, in cui il medico è inserito.

I mutamenti nell'esercizio dell'attività sanitaria e l'istituzione di un sistema sanitario efficiente inducono a ritenere che il paziente per avere una tutela giudiziale più agevole deve poter fare affidamento sulla struttura di riferimento del singolo operatore.

L'adozione da parte della amministrazione della sanità, a seguito della L. n. 229 del 1999; di un modulo imprenditoriale aziendalizzato, dove di frequente l'esecuzione delle prestazioni sanitarie è affidata ad una pluralità di soggetti inseriti all'interno della struttura ed organizzati secondo il principio della divisione del lavoro, è spesso di ostacolo alla individuazione del singolo sanitario a cui imputare la responsabilità⁴⁰.

Pertanto la struttura sanitaria, pubblica o privata, in qualità di vera e propria impresa che eroga servizi sanitari, sarà governata dalle regole della economicità e sarà tenuta a rispondere dei rischi d'impresa compresi quelli organizzativi in quanto strumentali alle prestazioni sanitarie da erogare.

Tutelare la salute pubblica mediante una responsabilità oggettiva spingerebbe le strutture sanitarie a scegliere quelle tecniche che minimizzano i danni ma, nel contempo, renderebbe possibile il ristoro al paziente in quelle ipotesi in cui non sia possibile individuare la causa precisa e specifica del danno o in quelle in cui la causa sia ignota, gravando sull'ente l'onere di dimostrare l'impossibilità a lui non imputabile⁴¹.

Ritenere però responsabile l'ente anche quando la condotta del dipendente non sia illecita significa andare ben oltre al rischio creato dalla propria organizzazione ed esporsi ad ogni possibile rischio indipendentemente dalla cura.

Ciò porterebbe ad regime di deresponsabilizzazione del medico e quindi nel complesso a situazioni estreme in cui un sistema assicurativo obbligatorio a

carattere indennitario indurrebbe ad un nuovo costo sociale⁴².

Opportuno, invece, forse sarebbe trasporre nel contesto dell'attività sanitaria la regola dell'equa ripartizione del carico dei rischi insiti nello svolgimento dell'attività medica facendo sopportare i rischi e i costi alla struttura sanitaria⁴³.

D'altra parte in una società evoluta organizzazione e progresso scientifico forniscono strumenti molto efficaci ma spesso anche pericolosi perché moltiplicano rischi⁴⁴ e responsabilità⁴⁵.

La tutela del paziente o tutela del sanitario nel disegno di legge n. 108/02

Al mutamento della organizzazione sanitaria, come si è già detto, è corrisposto negli ultimi anni l'aumento esponenziale di azioni giudiziali nei confronti dei medici e delle strutture sanitarie.

In particolare per quanto riguarda la responsabilità della struttura la giurisprudenza ha elaborato la figura del contratto di ospitalità come contratto concluso tra un qualsiasi paziente ed una qualsiasi struttura pubblica o privata che eroga prestazioni sanitarie.

Nelle pronunce giurisprudenziali si è profilato il costante orientamento di condanna del medico e in particolare della struttura sanitaria per tutte le attività che la stessa eroga e per quegli eventi che durante la degenza possono occorrere ai pazienti.

Questo quadro giurisprudenziale attesta l'intento di risarcire quanto più possibile i danni subiti dai pazienti in occasione dei trattamenti sanitari con una vera e propria proliferazione delle voci di danni risarcibili ed elevati esborsi patrimoniali in sede di quantificazione di danni.

Tale situazione, che assedia il mondo sanitario e lo mette in discussione, frena inevitabilmente e rende timorosa nell'esercizio della sua attività professionale la classe medica che appare sempre meno disposta a correre gli inevitabili rischi, spesso fisiologicamente insiti nella professione.

Si fa strada ormai la necessità di un intervento del legislatore mirato a ripristinare l'equilibrio tra esigenza di tutela del danneggiato ed esercizio della professione medica: a tale scopo è stato elaborato il disegno

di legge Tommassini che introduce il meccanismo dell'assicurazione obbligatoria⁴⁶.

Senza voler essere un esame del disegno di legge si vuole qui dare rilievo ad alcuni punti contenuti nel testo⁴⁷.

Una novità del progetto è la previsione dell'assicurazione obbligatoria per chi svolge attività ospedaliera⁴⁸. Essa rappresenta la volontà di coniugare il rafforzamento della tutela spettante al paziente danneggiato e la necessità di proteggere la classe medica dalle tante liti promosse.

Si deve rilevare però che già nel presente tutte le strutture sanitarie sia pubbliche che private sono solite assicurarsi, ma mentre l'assicurazione ora è facoltativa nella previsione del progetto è obbligatoria.

L'obbligatorietà verrebbe così a porre fine all'odierno atteggiamento recalcitrante delle compagnie di assicurazione che sono restie ad assicurare tali strutture.

A ben vedere, però la novità è solo nominale. Infatti il rischio di incapacità a favore dei danneggiati per quanto disposto nel progetto non muta dalla realtà odierna perché di fatto l'assicurazione, anche se facoltativa, è presente e perché la struttura sotto il profilo patrimoniale è capiente⁴⁹.

Quanto poi alla soluzione prevista nel progetto di deferire le controversie ad un collegio arbitrale il cui giudizio è inappellabile essa presenta sia vantaggi che degli svantaggi⁵⁰.

Da un lato infatti tale soluzione di ricorso all'arbitrato permetterebbe di arrivare alla soluzione della controversia in tempi brevi e di sottrarre le controversie ai giudici già troppo oberati.

Dall'altro tuttavia la previsione di un collegio arbitrale composto da tre membri scelti nell'Albo regionale di esperti di tutte le specializzazioni mediche riconoscerebbe come arbitri dei medici che giudicano altri medici, non soliti, a valutare la giusta quantificazione del danno che generalmente deciderebbero secondo tabelle.

Questi brevi cenni vogliono mettere in luce come il progetto non rafforzi pienamente la tutela del paziente danneggiato ma rappresenti una forma di tutela del sanitario permettendogli di svolgere la sua attività senza il timore di vedersi trascinato in una aula di tribunale.

Note

¹ Invero il concetto di tutela della salute non è sempre stato uguale nel tempo: le diverse definizioni che sono state date rappresentano e rispecchiano il differente momento storico di confronto. Per i romani la salute era prima di tutto una divinità che proteggeva il benessere e la felicità e solo indirettamente la buona salute dei cittadini. A quel tempo la salute fisica era importante tanto che fu istituita la figura pubblica dell'archiatra che aveva il compito di vigilare sulla salute di fasce di popolazione più a rischio come i soldati e i marinai. I romani annoveravano l'esercizio della medicina fra le arti, la c.d. "arte medica". Essi ebbero grande cura della salute con leggi sui matrimoni, sugli ambienti, sulle acque, sugli alberi, sulla cremazione dei cadaveri. Inoltre, a tutela della salute si prosciugavano le paludi e si provvedeva alla manutenzione delle cloache. Con il Cristianesimo, informato dallo spirito caritatevole, la carità veniva esercitata e rivolta a chi soffriva e si erigevano speciali ospizi per la cura dei malati. Nel medioevo l'uomo di fronte alla malattia aveva un atteggiamento di rassegnazione e di preghiera. Solo nel rinascimento il desiderio di vivere e di curare il proprio corpo diventava di primaria importanza e con l'illuminismo la salute acquistava il contenuto moderno. Sino al XIX secolo la salute era considerata come un bene esclusivamente privato poi si comprese che la collettività avrebbe potuto migliorare le condizioni se la salute del singolo fosse stata più tutelata. Nell'era industriale per una tutela sociale delle classi salariate nascevano le prime forme di legislazione igienica e sanitaria. Nell'Italia postunitaria l'ordinamento piemontese interveniva a protezione a favore degli indigenti per evitare la diffusione di malattie epidemiche e contagiose. Con l'avvento del regime fascista si moltiplicavano gli enti e le associazioni con finalità assistenziali e la salute con l'art. 32 della Costituzione assurgeva a diritto dell'individuo ed interesse della collettività tutelata da servizi sanitari pubblici. Per uno studio storico sul tema cfr. Castiglioni, *Storia dell'igiene*, in *Trattato italiano di igiene* a cura di Casagrande, I, Torino, 1926

² È necessario tenere presente che la norma costituzionale trascende dal mero settore sanitario e si collega ad una vasta gamma di problemi che ricoprono diverse aree della vita sociale. Nelle Costituzioni contemporanee la previsione di una tutela diretta della salute non si trova facilmente. Le Costituzioni che riconoscono una protezione esplicita ed adeguata alla salute sono quelle della Bulgaria, Ungheria, Polonia, Jugoslavia, Algeria, Cile, Perù, Spagna e Portogallo. In alcune altre Costituzioni il riconoscimento esplicito è assente come Austria, Belgio, Cina, Francia, Germania, Irlanda, Messico, Norvegia, Olanda, Stati Uniti. In altre Costituzioni il diritto salute non è riconosciuto in sé, ma attraverso gli istituti di assistenza pubblica e di sicurezza sociale.

³ La prima legge sanitaria del 20 novembre 1859 e la legge 20 marzo 1865 fecero parte dell'insieme di leggi per l'unificazione amministrativa del Regno. A quei tempi la sanità era una delle tante funzioni dell'amministrazione civile esercitata attraverso i suoi organi gerarchicamente dipendenti e tutte le

competenze erano affidate alle autorità politico amministrative. Una legislazione sanitaria più nominale che concreta perché senza alcun fondamento di tipo tecnico-organizzativo. Il 22 novembre 1988 venne promulgata la “Legge sulla tutela dell’Igiene e della Sanità” (legge Crispi-Pagliani) che ha rappresentato il primo atto legislativo sanitario veramente organico e completo. Tale legge istituiva un’amministrazione sanitaria, disciplinava l’assistenza sanitaria, dettava disposizioni per la vigilanza del suolo, sull’abitato e sulle sostanze alimentari. Inoltre dava le basi per la profilassi delle malattie infettive stabilendo l’obbligo per i comuni di dotarsi di un proprio regolamento di igiene. Con tale legge veniva istituzionalizzata l’organizzazione sanitaria italiana con al vertice la Direzione Generale di Sanità Pubblica con a capo un Direttore generale. Dal 1907 al 1934 le disposizioni di carattere sanitario emanate furono numerosissime e vennero raccolte nel T.U. approvato con R.D. del 27 luglio 1934, secondo il quale le amministrazioni in materia di igiene e sanità pubblica dovevano raccordare la propria attività e i propri servizi con le disposizioni e le direttive date dal centro.

⁴ Lo Stato interviene attraverso una legislazione di principio e attraverso l’elaborazione di riforme economico sociali, quindi con una normativa di carattere generale “di indirizzo e coordinamento”. Sulle interferenze della legislazione statale sulla potestà legislativa regionale e provinciale in materia di igiene e sanità, cfr. Corte Cost. 15 luglio 2001, n. 272.

⁵ L. Brusciuglia - F.D. Busnelli - A. Corasaniti, *Commentario della legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1979, 1189 ss.

⁶ L. Principato, *La immediata percettività dei diritti sociali ed il “contenuto minimo” del diritto fondamentale alla salute*, in *Giur. Cost.*, 1998, 6, 3853 ss.

⁷ La legge 833/1978 che aveva operato un’organizzazione con forte connotazione pubblicistica ed aveva optato per un modello con ampia rappresentatività politica in sede di elaborazione delle scelte politiche nel settore sanitario vedeva il cittadino interessato alla democraticità e alla rappresentatività degli organi che gestivano il servizio (modello politico-rappresentativo). Il D. Lgs. 502/1992, integrato e modificato dal D. Lgs. 517 del 1993, diversamente si ispira al modello tecnocratico caratterizzato dalla professionalità e dalla competenza tecnica e manageriale e vede la risposta alla domanda dell’utente che si rivolge alla struttura in termini di efficienza e qualità delle prestazioni. L’art. 1 del D.Lgs. 502/1992 stabilisce gli obiettivi fondamentali di prevenzione, cura e riabilitazione, i livelli di assistenza da assicurare in condizioni di uniformità sul territorio nazionale, le linee di indirizzo del SSN.

⁸ Con il compito di provvedere alla tutela della salute pubblica e di realizzare la riconduzione ad unità, sotto la direzione di un dicastero tecnico – le attribuzioni in materia di igiene e sanità erano fino allora disperse fra differenti amministrazioni ed enti – venne istituito il Ministero della sanità con la legge 13 marzo 1958, n. 296 e riordinato con il D. Lgs. 30 giugno 1993, n. 266 e

successivamente regolamentato il riordino con il D.P.R. 2 febbraio 1994, n. 196 e D.M. 25 ottobre 1994, n. 761 Di recente, con il D.Lgs. 12 giugno 2001, n. 217, è stato istituito un Ministero della sanità con la denominazione “Ministero della salute” con funzioni di coordinamento del sistema sanitario nazionale, di tutela della salute nei luoghi di lavoro, di igiene e sicurezza degli alimenti, di tutela della salute umana e sanità veterinaria.

⁹ D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, successivamente modificato ed integrato nel D. Lgs. 19 giugno 1999, n. 229, all’art. 1, comma 2, demanda al Servizio sanitario nazionale il compito di assicurare attraverso risorse pubbliche ed in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dagli articoli 1 e 2 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, i livelli essenziali ed uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale

¹⁰ L’art. 1, comma 3, della legge n. 833 del 1978 prevede come destinataria della funzione pubblica sanitaria “tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali” e l’art. 19, comma 1, assicura a “tutta la popolazione “ i livelli di prestazioni sanitarie garantite a tutti i cittadini. L’art. 1, comma 3, legge n. 833 prevede, in attuazione degli artt. 3 e 32 Cost., l’uguaglianza dei cittadini nei confronti del trattamento erogato dal Servizio sanitario nazionale. Il principio della globalità, inteso come tutela della salute del singolo e della collettività, si riferisce non solo alla cura della salute e alla terapia delle malattie, ma anche all’opera di prevenzione e di controllo dei fattori di rischio sanitario (cioè a quella serie di attività estranee al settore sanitario ma che condizionano la salute dei cittadini) con ogni mezzo sociale, sanitario, economico, culturale. Importante novità è il privilegio accordato alla prevenzione delle malattie come concetto allargato relativo al servizio sanitario ma esteso anche agli ambienti di lavoro. L’art. 1, comma 2., legge n. 833, recita : “ la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana” (così art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 229 del 1999) ed art 33, comma 2, statuisce: che possono essere disposti dalla autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l’art- 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto è possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura”.

¹¹ Per gli studi sotto l’aspetto organizzativo, si veda: F. Roversi Monaco, *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 459 ss. Il servizio sanitario nazionale ha come organo tecnico scientifico l’Istituto Superiore di Sanità dotato di autonomia organizzativa, amministrativa, contabile e sottoposto alla vigilanza del Ministero della sanità. Il D.P.R. n. 70 del 2001 disciplina la riorganizzazione dell’Istituto Superiore di Sanità che svolge funzione di ricerca, sperimentazione, controllo, consulenza, documentazione e formazione per quanto concerne la salute pubblica.

¹² Per la dottrina, sul tema: C. D’Arrigo, *Salute (diritto alla)*, *Enc. del dir., aggiornamento V*, Milano, 2001, 1009 ss.; M. Luciani, *Salute (Diritto alla salute –Diritto costituzionale)* in *Enc*

giur. Treccani, Roma, 1991, vol. XXVII, 1 ss.; M. Santilli e A. Giusti, *Salute, II, Tutela della salute dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, vol. XXVII, 1 ss.

¹³ L'Organizzazione mondiale della Sanità definisce la salute come "uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale".

¹⁴ Corte Costituzionale n. 471 del 1990, in *Giur. cost.* 1991, 626 e ss. con nota di Musumeci e in *Foro it.* 1991, I, 14 ss., con nota di Romboli, iscrive nella libertà personale garantita dall'art. 13 Costituzione la libertà di disporre del proprio corpo il che significa non solo enunciare un principio forte di autodeterminazione circa il governo della propria salute, ma anche stabilire un'interazione contenutistica tra salute, libertà e personalità.

¹⁵ M. Luciani, *Salute (Diritto alla salute- Diritto Costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., considera i possibili significati dell'art. 32 Cost: a) il diritto all'integrità psico-fisica, b) il diritto a vivere in un ambiente salubre, c) il diritto ai trattamenti sanitari, d) il diritto alla scelta del medico e del luogo della cura, e) il diritto alle cure gratuite per gli indigenti, f) il diritto a non essere curato.

¹⁶ "La Repubblica garantisce cure gratuite agli indigenti", art. 32 Cost., attraverso il Servizio sanitario nazionale istituito nel 1978 la cui azione è volta al "mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'uguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio", quindi un servizio che va oltre il criterio della indigenza. Negli ultimi anni la legislazione sanitaria è passata da un'assistenza indiscriminata rivolta a tutti con un diritto di assistenza medica gratuita ad un'assistenza basata su criteri di efficienza e di economicità

¹⁷ Sono i trattamenti sanitari imposti da una espressa previsione.

¹⁸ Corte Cost. n. 103 del 1977 e Corte Cost. n. 104 del 1965. Per le disposizioni vigenti in materia di assistenza sanitaria ai cittadini stranieri, si veda: Legge 6 marzo 1998, n. 40; D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286; D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394. Le norme che disciplinano l'assistenza sanitaria nell'ambito della Comunità economica europea sono il Regolamento n. 1408 del 14 giugno 1971 e il Regolamento n. 574 del 21 marzo 1972. Sul tema, ampiamente, S. PECORINI, *L'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia. Verso una tutela più ampia dei bisogni di salute degli immigrati*, in *Nuova rass.*, 2001, 2, 224 ss.

¹⁹ Secondo B. Caravita. *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss. e in particolare 49, dal punto di vista costituzionale il ricorrere della fattispecie dell'indigenza dipende dall'importanza e dal costo della cura di cui si ha bisogno e va pertanto determinato caso per caso, quindi un'idea dell'indigenza relativa non oggettiva.

²⁰ La dottrina più risalente modellava il diritto all'integrità fisica sullo schema della proprietà, il diritto, negli ultimi decenni ha seguito la teoria monistica secondo la quale l'integrità fisica tende ad essere ricompresa nella salute. Sul punto, cfr.: ALPA, *Salute (Diritto alla)*, in *Noviss. dig. it. App.*, 1986, 914; Giacobbe, *Il diritto alla integrità fisica e gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Casi e questioni di diritto privato* a cura di M. Bessone, I, Milano, 1993, 115 ss.; Giuffrida, *Il diritto alla integrità fisica art. 5 c.c.*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, *Le persone*, III, *Diritti della personalità*, Torino, 2000, 75; e in giurisprudenza Trib. Napoli 15 gennaio 1988, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 902. Per il De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, Milano, 1982, 111, l'integrità fisica è "la presenza integrale degli attributi fisici, nell'assenza, vale a dire, di fisiche menomazioni. Diversamente Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana, nei diritti italiano e straniero*, Padova, 1974, 83, considera l'integrità fisica un concetto più ampio della salute.

²¹ Bessone - Ferrando, *Persona fisica*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1983, 200 ss.

²² Si veda, per tutti, Santosuosso, *Situazioni giuridiche critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica*, in *Politica del diritto*, 1990, 184 ss.

²³ Cherubini, *Tutela della salute e i c.d. atti di disposizione del corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato* a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, 81

²⁴ Cfr. C. D'Arrigo, *Integrità fisica*, in *Enc. del dir., aggiornamento IV*, Milano, 2000, 712 ss.; V. Levi, *Integrità fisica*, in *I precedenti, La formazione giurisprudenziale del diritto civile* a cura di G. Alpa, Torino, 2000, 231 ss.

²⁵ Corte Costituzionale n. 471 del 1990. La tutela della salute e quindi dell'integrità fisica trova ampia tutela anche in ambito comunitario ed internazionale si veda: la Raccomandazione sui medici R(97) 5, del 13 febbraio 1997; il Trattato di Amsterdam art. 153 che modifica l'art. 129 A del Trattato sull'Unione europea, c.d. Trattato di Maastricht; l'art. 1, comma 2, della legge 30 luglio 1998, n. 281 "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti"; La Convenzione sui Diritti dell'uomo e la Bio-medicina, firmata da 22 paesi ad Orvieto il 4 aprile 1997.

²⁶ Dopo molte incertezze la Corte di Cassazione ha riconosciuto da qualche tempo il principio dell'autonoma risarcibilità del danno alla salute come danno all'integrità psico-fisica ritenendo che esso si ricollega direttamente all'art. 2043 c.c. ed è suscettibile di valutazione equitativa, così; Cass. n. 2258 del 1981, Cass. n. 2396 del 1983; Cass. n. 6185 del 1984; Cass. n. 33 67 del 1988; Cass. n. 2150 del 1989; Cass. n. 7101 del 1990; Cass. n. 1328 del 1991.

²⁷ Il cittadino ha diritto di essere curato, di scegliere il medico di fiducia e di prestare il suo consenso informato agli accer-

tamenti ed ai trattamenti sanitari propostigli. Quando la struttura sanitaria non sia in grado di far fronte alle cure richieste, né con proprie strutture né con strutture convenzionate, l'azienda è tenuta al pagamento delle terapie necessarie erogate da altra struttura non convenzionata a cui l'infermo ha dovuto rivolgersi. Non esiste un principio costituzionale che garantisce l'astratta libertà di scelta tra medicina privata e strutture sanitarie pubbliche, così Corte Cost. n. 173 del 1987, e tale diritto è subordinato alle esigenze delle strutture sanitarie, così Corte Cost. n. 175 del 1982. Si veda, inoltre, art. 8 del D. Lgs. n. 229 del 1999 all'art. 1, n. 1, lett. a) ove si prevede che la scelta del medico sia liberamente effettuata dall'assistito, nel rispetto di un limite massimo di assistiti per medico e tale scelta ha validità annuale ed è tacitamente rinnovata, all'art. 1, n. 1, lett. b) con possibilità di revoca della scelta da parte dell'assistito nel corso dell'anno nonché la ricasazione della scelta da parte del medico, qualora ricorrano eccezionali ed accertati motivi di incompatibilità.

²⁸ F. Caggia, *Autodeterminazione del paziente e irrilevanza del consenso dei familiari*, *Danno resp.*, 1998, 1047 e ss., ove si afferma che il rifiuto incontrerebbe un limite nell'art. 5 c.c. perché produttivo di un pericolo concreto ed attuale all'integrità fisica. L'autore poi prosegue sostenendo che l'intervento del medico contro la volontà del soggetto rappresenterebbe una limitazione non prevista ed inoltre produrrebbe di fatto una forma di potere sugli interessi altrui contraria al principio generale dell'autonomia dei privati, principio che deve avere la massima operatività in relazione agli interessi legati alla persona umana. perciò il soggetto deve avere la facoltà di scegliere tra accettazione dell'intervento e la convivenza con il dolore.

²⁹ Sulla diversa concezione della vita e il diritto di morire e di far morire si veda D. Visentin, *Una scelta difficile: diritto di morire o dovere di vivere?*, in *Dir.fam.*, 1998, 1626 e ss.

³⁰ L'ordinamento tutela la vita legata alla personalità dell'individuo, non tutela la vita nella sua dimensione artificiale

³¹ In dottrina, ampiamente, G. Furguele, *Diritto del minore al trattamento medico sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statale*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 349 e ss.

³² I trattamenti sanitari obbligatori sono disciplinati dagli artt. 33, 34 e 35 della legge 833/1978

³³ Qualora i trattamenti obbligatori comportino un rischio specifico la loro imposizione è ammessa solo se sono preordinati alla salvaguardia dell'interesse della collettività alla salute pubblica e in ogni caso resta salvo il diritto ad un "equo ristoro del danno patito" qualora tale fatto dannoso si verifichi, così Cass. 22 giugno 1990 n.307, 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2694, nella quale era stato riconosciuto il ristoro alla madre che aveva contratto poliomielite per contagio dal figlio sottoposto alla vaccinazione obbligatoria. In tale ipotesi si è fuori dalle regole della responsabilità civile, non esiste una responsabilità basata sulla colpa dello Stato e nemmeno basata su un criterio di imputazione diverso, ma si riconosce un ristoro subordinato alla

presenza di un difetto per bilanciare il bene salute e lo spirito di solidarietà tra individuo e collettività che sta alla base del trattamento obbligatorio.

³⁴ Al sindaco (art. 33, comma 3, legge 833/1978) spetta di disporre i provvedimenti autorizzativi che impongono accertamento e trattamenti sanitari obbligatori su proposta motivata di un sanitario. Al sindaco spetta di pronunciarsi, entro il termine di dieci giorni, sulle istanze di "chiunque" gli si rivolga, art. 33, comm 7 e 8, legge 833/1978, per la modificazione o la revoca dei provvedimenti che impongono o prolunghino il trattamento sanitario obbligatorio. Al sindaco spetta disporre l'immediata cessazione del trattamento medesimo se il giudice tutelare non convalidi il provvedimento del sindaco, art. 35, comma 2, legge 833/1978.

³⁵ La Corte costituzionale con la sentenza n. 218 del 1994 ha ritenuto ammissibile anche contro la volontà degli interessati l'esecuzione di trattamenti sanitari, con garanzie di riservatezza, tendenti a verificare la infezione da HIV come condizione per l'espletamento di determinate attività che comportino rischi per la salute dei terzi.

³⁶ Fino alla fine degli anni settanta, vigente il sistema tradizionale basato sulla colpa, raramente il danneggiato riusciva a fornire la prova della colpa e del nesso di causalità tra attività del medico e danno e raramente veniva individuata una responsabilità del medico con conseguente condanna penale e risarcimento del danno. A questo orientamento se ne è sostituito uno nuovo che sposta l'attenzione dalla persona che ha provocato il danno a quella che lo ha subito, sul tema, cfr. P. Stanzione, *Aspetti civilistici dell'endoscopia ginecologica*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1994, 93 e 94

³⁷ Come referente normativo per la tutela dei nuovi diritti si è invocato l'art. 2 Cost. idoneo a garantire nuove situazioni giuridiche, cfr. per tutti, P. Perlingeri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 e ss. e l'art. 32 Cost. a tutela del diritto della salute comprensivo anche del diritto alla procreazione e l'art. 13 Cost. a garanzia di ogni libertà personale comprensivo della libertà personale della autodeterminazione nelle scelte riproduttive, cfr., per tutti, P. Barile; *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 56 e ss.

³⁸ Art. 2, L. n. 833/1978, D.P.R. 8/06/87, n. 29; L. 22/05/1999, n. 217 e art. 7 L. 22/05/1988, n. 217

³⁹ Cfr. Cass. Civ. 8 marzo 1979, n. 1441; ove si afferma che il medico nell'esercizio della sua attività oltre all'applicazione delle regole scientifiche, deve sempre svolgere un'attività di valutazione fra rischi e vantaggi conseguibili dalla terapia.

⁴⁰ L'organizzazione dei luoghi di cura secondo il principio della divisione del lavoro trova la sua fonte in due principali fattori: il progredire delle specializzazioni in medicina che ha reso sempre più complesse le misure diagnostiche e terapeutiche e l'elevato numero dei pazienti grazie alla c.d. medicina sociale,

sul punto, cfr. G. Iadecola, *I criteri della colpa nella attività in équipe*, in *Giur. merito*, 1997, IV, 226 e ss.

⁴¹ Il principio di responsabilità che trascende dalla sfera del singolo soggetto per investire l'umanità nel suo complesso fa parte di quella fase di espansione che tale principio sta vivendo in questa epoca storica, così A. Palmieri, *Relazione medico-paziente tra consenso "globale" e responsabilità del professionista*, in *Giur. it.*, 1998, I, 773 e ss.

⁴² Mancaleni, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale nella attività sanitaria*, in *Riv. giur. sarda*, 1996, 611 ss., suggerisce una soluzione di compromesso basata sulla responsabilità per colpa e un'indennità garantita a chi subisca un danno alla salute anche quando l'illecito non sia accertabile. F. Pontonio, *La responsabilità professionale medica nella prospettiva europea*, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, 23 ss., afferma che gli attuali sistemi giuridici di risarcimento danni, basati su criteri di responsabilità fondata sull'accertamento della colpa del sanitario, sono inadeguati e prospetta due alternative: recepire i principi propri della responsabilità oggettiva, oppure ricorrere ai principi della responsabilità presunta dei sanitari ai quali spetterà fornire la prova di non colpevolezza

⁴³ In questo senso, cfr., A. Piazza, *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*, Milano, 2001, 214 e ss. e cfr. anche L. Ferroni, *La responsabilità civile dell'ente ospedaliero*, in *Saggi di diritto civile*, Fano, 2003, 90 e ss.

⁴⁴ Agli eventi dannosi collegati alla colpa del medico si sostituiscono fatti dannosi continui e regolari statisticamente prevedibili ed assicurabili.

⁴⁵ In presenza di crescita economica e sociale la responsabilità costituisce una tecnica di redistribuzione dei danni: cfr., sul tema, Alpa Bessone, *La responsabilità del produttore* Milano, 1987

⁴⁶ Disegno di legge Senato n. 108 "Responsabilità civile in sanità" (testo approvato dalla Commissione Sanità del Senato in data 15/05/02. Sul disegno di legge n. 108 /2001 come risposta alla responsabilità in ambito sanitario, cfr. R. Breda, *Pro-*

spective di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n. 108 del 6 giugno 2001, in *Danno e resp.*, 2003, 431 e ss.

⁴⁷ Art. 1, n. 1 "La responsabilità civile per danni a persone causate dal personale sanitario medico e non medico, occorsi in struttura ospedaliera pubblica e privata, è sempre a carico della struttura" è una norma senza novità, pleonastica. Infatti la disposizione istituzionalizza un affermato indirizzo giurisprudenziale che vede la struttura responsabile contrattualmente ed extracontrattualmente. Novità è invece l'art. 1, n. 3 che introduce la rivalsa della struttura nei confronti del singolo operatore ma è una rivalsa limitata alla sola ipotesi di dolo ed in un certo senso perciò esclusa in quanto circoscritta ad una mera ipotesi di scuola.

⁴⁸ Art. 2 del D.D.L.S. 108 "Tutte le strutture sanitarie ospedaliere pubbliche e private non possono esercitare l'attività se non coperte... dall'assicurazione per la responsabilità civile nei confronti degli assistiti"

⁴⁹ La previsione dell'assicurazione obbligatoria in questa materia a differenza di altre - quella della circolazione dei veicoli e quella della caccia - non va a sanare il rischio di incapienza.

⁵⁰ Art. 4, n. 1 "In mancanza di accordo tra le parti, la controversia può essere deferita, su proposta del danneggiato e previa accettazione della controparte, ad un collegio arbitrale". Il danneggiato che vuole deferire il contenzioso ad un collegio arbitrale deve esplicitare la scelta già al momento della domanda di risarcimento. ai sensi dell'art. 4, n. 2

Correspondence: Prof. Carla Vignali
Istituto di Diritto Privato dell'Economia
Università degli Studi Milano-Bicocca
Tel. 02-64486521
Fax 02-64486525
e-mail: carla.vignali@unimib.it