

EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

A cura della Dott.ssa Federica Gismondi

Premessa

Il dibattito sulla responsabilità medica negli ultimi anni si è vivacizzato ed è stato arricchito da copiosi contributi dottrinali e giurisprudenziale che hanno riguardato gli aspetti controversi della responsabilità in ambito sanitario. In particolare la disanima si è incentrata sulla funzione della colpa dell'operatore o della struttura sanitaria, sul consenso del paziente, sul nesso di causalità tra la prestazione sanitaria e l'evento negativo, sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato a cui è tenuto il medico.

La ricerca che è sembrata affermarsi è quella di contribuire alla costituzione di regole che corrispondano alle richieste di equilibrio giuridico, nell'ottica di maggior tutela del paziente considerato per antonomasia "soggetto debole".

La rivoluzione del concetto del "diritto alla salute", come profilo essenziale della persona umana, alla luce della lettura congiunta degli articoli 2 e 3, comma 2 della Costituzione, ha determinato un allontanamento progressivo dallo schema offerto dall'articolo 2236¹ del codice civile: ciò ha messo in discussione anche il concetto di obbligazioni di mezzi e non di risultato a cui sarebbe tenuto il medico.

Obbligazione di mezzi o di risultato ?

Le ragioni di tale dilemma sono da individuare in un diverso atteggiamento sociale che è stato assunto, come già si è avuto modo di vedere, verso la scienza medica e che ha modificato la percezione del concetto di "esito".

La distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato ha determinato un'incidenza sul piano della ripartizione dell'onere probatorio nelle situazioni di inadempimento, tanto che l'oggetto dell'obbligazione ha posto "discrimen" fra i rapporti in cui la prova della colpa del debitore-medico deve essere fornita dal paziente (nell'ipotesi di un risultato estremamente aleatorio rispetto al quale il controllo del medico è residuale) e quei rapporti in cui la presenza di regole tecniche, precise e dettagliate, riduce il margine di discrezionalità del medico.

La casistica giurisprudenziale è molto ampia e parte prevalentemente dalle prestazioni di chirurgia estetica "pura", ma non vi è dubbio che possa legittimamente estendersi a considerare tutti i casi in cui il medico abbia assicurato la realizzazione di un evento soddisfacente l'interesse del paziente. In questi casi il "risultato" è fattore

¹ Art.2236 c.c. "Responsabilità del prestatore d'opera":Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà,il prestatore d'opera non risponde dei danni,se non in caso di dolo o colpa grave.

sostanziale di una sorta di assunzione del rischio da parte del medico che si obbliga espressamente.

Così nella sentenza della Corte di cassazione, 10 settembre 1999, n.9167, i giudici sottolineano che se il medico si obbliga a garantire l'infertilità della paziente, allora assume un'obbligazione di risultato.

Questa impostazione comporta delle conseguenze sul modo di intendere la diligenza professionale che, se è vista come requisito di attuazione del rapporto obbligatorio, costruito sul combinato disposto degli articoli 1176 e 1218 del codice civile, trasforma la diligenza medica, almeno per gli interventi di non difficile esecuzione, in una sorta di responsabilità oggettiva.

Nel tentativo di ridimensionare il carico probatorio di cui è investito il paziente, si è ricorso nei percorsi logico-argomentativi dei giudici, al concetto di “*res ipsa loquitur*”. In questo modo si è introdotta l'eccezione che riguarda "la soluzione di problemi di speciale difficoltà, a fronte di quelli ordinari", che comporta un criterio di causalità probabile o sospetta, alleggerendo l'onere del paziente che deve individuare, nell'area dei danni patiti, quelli che siano conseguenza immediata e diretta dell'evento lesivo.²

Autorevoli autori hanno fatto rilevare che, chi si sottopone ad una cura, pur in vista di un esito che non appare certo, si attende dal medico una condotta diligente che, in quanto dovuta, è già essa stessa da intendersi come risultato. Di conseguenza non è infondato sostenere che l'obbligazione del medico è, al tempo stesso, di mezzi e di risultato e che la diligenza rappresenti sia criterio di imputazione dell'inadempimento che di determinazione del contenuto della prestazione.

I contenuti di un dovere di diligenza, in relazione a parametri medici, determinano un richiamo allo standard rappresentato dalle conoscenze scientifiche, il quale però si ritiene debba essere sottoposto anche ad un controllo di carattere normativo³.

² Art. 1223 cc.

³ Corte Conti, reg. Puglia, 4 marzo 1999, sent. n. 11

In Germania i giudici⁴ in presenza di carenze organizzative non hanno esitato a dichiarare non più adeguate le prassi in uso.

L'interesse del paziente è non solo alla conservazione delle proprie condizioni di salute ma al loro miglioramento.

La prestazione che il paziente si attende si estende anche ad una serie di aspetti accessori che sono strumentali rispetto ai doveri di controllo, di assistenza, informazione, vigilanza, che ricadono sul medico e che sono volti a garantire l'utilità della prestazione.

Una parte della dottrina ritiene che la violazione di questi obblighi accessori è fonte di responsabilità contrattuale, la quale ha la capacità di dilatare il concetto di prestazione, spingendo al riconoscimento di interessi che possono essere lesi dal medico-debitore, pur senza creare una situazione di inadempimento che è valutata in funzione della prestazione finale.

La tematica controversa degli obblighi di protezione, affrontata da alcuni autori, presuppone che vengano ben delineati i rapporti tra buona fede, diligenza e correttezza nell'adempimento, ma allo stesso tempo attribuisce considerazione all'esigenza di non mortificare gli interessi del malato, garantendogli il risarcimento nel caso il danno si sia comunque prodotto.

In Francia è stata praticata tale via per facilitare la posizione probatoria della vittima di un danno.

Qui il limite derivante dalla qualificazione di obbligazione medica come "obligation de moyens" ha influenzato il regime di responsabilità, trovando attenuazione attraverso il ricorso alla tecnica della "faute virtuelle".

La recente giurisprudenza della Court de Cassation⁵ ha richiamato "l'obligation de sécurité de résultat", interpretandola come riconoscimento, in capo al medico, di un'obbligazione di risultato la cui funzione è garantire il risarcimento alla vittima del danno.

⁴ E.Deutsch, Medizinrecht, IV, 1999; in giurisprudenza: BGH 28 ottobre 1994, in NJW 1995, 776

⁵ Cass. 9 novembre 1999, in Dalloz, 2000, 117, obs. P. Jourdain

È importante sottolineare che la complessità dell'attività medica, nel suo specializzarsi, e la tendenza a non distinguere più, nel rapporto medico-paziente, la responsabilità del medico che dipende da una struttura ospedaliera da quella di chi opera nel proprio studio professionale, hanno individuato una figura unitaria di responsabilità.

In questo senso i giudici della Cassazione ⁶, riportando la responsabilità medica nell'alveo dell'articolo 1218 c.c., hanno tentato di aggirare il filtro rappresentato dalla "struttura ospedaliera" e ribadire un principio di responsabilità individuale che conduce ad un'applicazione diretta dell'articolo 2236 c.c.

Teoria del contatto sociale

Nell'ottica della tutela del soggetto-utente si è fatto rinvio alla teoria del contatto sociale, affermando la peculiarità di un rapporto obbligatorio in cui il soggetto debitore (il medico) non solo opera a favore, ma direttamente sul soggetto creditore (il paziente) della prestazione, che da parte sua, non è gravato da alcuno obbligo.

È evidente che il ricorso all'istituto del contratto è apparso più favorevole alla tutela dell'utente, per la grande adattabilità dello schema contrattuale a situazioni che gli sono estranee.

L'esistenza di una molteplicità di interessi da tutelare ha creato una coesistenza di criteri di imputazione della responsabilità, ravvivando al contempo il dibattito sulla distinzione fra responsabilità contrattuale ed extra contrattuale.

Quale responsabilità ?

L'evoluzione tecnologica, la forte specializzazione del personale medico, il cambiamento delle condizioni di erogazione del servizio, così come un'organizzazione di tipo aziendale, impongono la definizione di criteri di imputazione della responsabilità, nella considerazione che il malato ricoverato in una struttura ospedaliera sembra essersi trasformato in un "consumatore dei servizi", incapace di negoziare i contenuti dell'accordo.

⁶ Cass. 11 maggio 1999, 441 con commento di Di Majo

Le tranquillizzanti soluzioni offerte dallo schema della responsabilità da contratto, se per un verso dimostrano che il contatto sociale costituisce già "contratto", per altro non stabiliscono in presenza di quali circostanze ciò si verifichi e quando invece un contatto rimanga tale⁷.

Per semplificare la questione si può riassumere dicendo che la giurisprudenza ha accolto la dimensione contrattuale, trasformando il malato in parte contrattuale, la cui libertà, come per un qualsiasi consumatore, si limiterebbe alla scelta della struttura o al potere di recedere dal contratto concluso con l'ospedale. Per fare un esempio, è imposto al medico un obbligo supplementare di informazioni che è in funzione della possibilità per il malato di ottenere altrove la prestazione, al punto che la mancata informazione sull' indisponibilità "anche momentanea di strumenti essenziali per una corretta terapia" è considerata fonte di responsabilità per il primario che, pur nel rispetto dell'autonomia dei medici che operano nel reparto, non può abdicare al più generale dovere di controllo di cui è gravato⁸.

Una parte della dottrina ritiene che i limiti di questa posizione si rilevano considerando che, nell'ambito dell'attività medica, lo squilibrio informativo rende oggettivamente impossibile un consenso valido perché informato. In altri termini la posizione del consumatore dei servizi sanitari si differenzia da quella di un qualsiasi altro consumatore in quanto vi è un'assenza di trattative e ciò anche a riguardo dei rapporti patrimoniali.

Anche ad ammettere che il malato diventi parte di un contratto, bisogna riconoscere che la protezione offerta esclude i rischi imprevisti e imprevedibili. Ciò significa che la tutela offerta dallo schema contrattuale si ferma sulla soglia di rischi noti e quindi "prevedibili", conseguenti alla mancata osservanza di regole tecniche (ex articolo 1225 c.c.).

Il limite rappresentato dalla prevedibilità del danno suppone che il paziente abbia potuto acquisire un'adeguata completa conoscenza del rischio. In questo senso la responsabilità extra contrattuale fornisce soluzioni più flessibili in quanto consente

⁷ R.Sacco, "Il contratto", 1993, pg. 125

⁸ Cass. 16 maggio 2000, n. 6318

di guardare ai danni sofferti dalla persona unitariamente, e rappresenta così l'ambito privilegiato di riferimento per le categorie del danno biologico e del danno esistenziale.

Esigenze di tutela della persona malata costringono la giurisprudenza ad acrobatici tentativi di impiego degli schemi consolidati per superare gli ostacoli legati all'una o all'altra metodologia interpretativa.

TUTELA : a difesa dell'utente”

A favore dell'utente l'ordinamento giuridico ha predisposto una serie di azioni affinché possa tutelare i propri diritti e interessi.

In generale possiamo dire che gli strumenti a disposizione del cittadino-utente, sono:

- l'impugnazione in via giurisdizionale
- l'impugnazione in via amministrativa
- il difensore civico
- l'ufficio di pubblica tutela
- il tribunale per i diritti del malato
- la tutela ex articolo 14, comma 5, D.L.vo n. 502/ 1992

Impugnazione in via giurisdizionale

Per affrontare sinteticamente l'argomento , si può affermare che l'autorità giudiziaria ordinaria civile costituisce la tutela del singolo nei confronti di comportamenti lesivi dei suoi diritti soggettivi⁹.

Impugnazione in via amministrativa

Il giudice amministrativo tutela il singolo contro i comportamenti che determinano una lesione di interessi legittimi¹⁰; in particolare è ammesso il ricorso

⁹ Art 2 ,L.n.2248,1865 ,ALL. E

¹⁰ Artt.2,3,4, L.n. 1034 /1971

alla giurisdizione amministrativa per violazione dei diritti, incompetenza, eccesso di potere che siano posti in essere attraverso un provvedimento amministrativo.

In alcuni casi il tribunale amministrativo regionale ha competenza speciale di merito in materie tassativamente indicate dalla legge (art. 7, c. 1, L. 1034 /1971) e competenza speciale esclusiva su determinate materie (art. 7, c. 2).

Per fare un esempio è attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia promossa dal portatore di handicap per il conseguimento di contributi regionali¹¹.

L'impugnazione in via amministrativa viene attuata dalla stessa amministrazione attraverso un procedimento amministrativo preceduto dal ricorso degli interessati, al di fuori dell'intervento del giudice ordinario o amministrativo.

I ricorsi amministrativi sono di tre specie; ricorso in opposizione , il ricorso gerarchico, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica;

-il ricorso in opposizione ,proponibile solo nei casi espressamente previsti dalla legge che si presenta allo stesso organo che ha emanato il provvedimento impugnato. Esso tende alla rettifica dell'atto impugnato;

-il ricorso gerarchico ,rivolto all'organo gerarchicamente superiore (ricorso gerarchico proprio) o, in via del tutto eccezionale in ipotesi previste dalla legge, rivolto ad un organo che non possiede potere di supremazia gerarchica sull'organo che ha emanato l'atto (ricorso gerarchico improprio). È previsto per motivi sia di legittimità che di merito ed è facoltativo;

- il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è un ricorso di carattere generale, consentito solo contro i provvedimenti divenuti definitivi. Ammesso per motivi di legittimità ,viene deciso con un Decreto del Presidente della Repubblica, in seguito a parere del Consiglio di Stato. Esso è alternativo al ricorso di giurisdizionale, in quanto non è più ammesso quando contro lo stesso provvedimento definitivo sia stato presentato ricorso giurisdizionale. Il termine perentorio per la sua presentazione

¹¹ Cass. ,S.U., 24 giugno 1994, sent. n. 6081

è 120 giorni, termine che consente all'interessato quindi, di tutelare i suoi interessi legittimi anche dopo che sia decorso il termine per il ricorso giurisdizionale.

Il difensore civico

Il difensore civico è una figura che deriva dall'esperienza scandinava dell' "Ombudsman"¹², ed è stata prevista da alcuni statuti regionali ai fini della protezione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

La legge n. 142 del 1990 ha introdotto la figura del difensore civico a livello degli enti locali¹³.

Questo organo ha assunto il ruolo di "magistratura di persuasione" con la funzione di attribuire una garanzia sussidiaria ai cittadini in tutte quelle situazioni caratterizzate da "maladministration", che pure, non ricadendo nell' illegittimità sostanziale, non consentono il ricorso a rimedi giurisdizionali.

In questo senso la competenza del difensore civico consente di :

- esperire, d'ufficio o su istanza di parte, indagini;
- interloquire nei procedimenti amministrativi per individuare carenze, abusi, irregolarità o inerzie della P.A.;
- segnalare ogni correttivo all'azione amministrativa, senza poter però incidere sui provvedimenti dell'amministrazione né poter compiere sindacato sugli atti.

L'Ufficio di pubblica tutela

L'ufficio di pubblica tutela è stato istituito con la legge regionale¹⁴ della Lombardia, i suoi compiti sono stati estesi ai servizi sanitari con l'articolo 20 della

¹² Art. 14, Stat. Liguria; art. 61, Stat. Toscana; art. 38, Stat. Lazio

¹³ Art. 8, L. n. 142/1990

¹⁴ Art. 65, L.r. 7 luglio 1986, n. 1; modif. L.r. 25/1990

legge regionale n. 48 del 1988; ha il compito di promuovere l'intervento dei servizi di zona e l'adozione di provvedimenti di tutela di competenza dell'autorità giudiziaria.

Il tribunale dei diritti del malato

Il tribunale per i diritti del malato ha origine dal "movimento federativo democratico", nel 1980. Esso possiede le caratteristiche privatistiche dell'associazione, accogliere pubblicamente le denunce di violazione dei diritti vantati dai malati rispetto alle inadempienze del SSN e delle UUSLL .

Il "tribunale " è costituito da volontari che assicurano una presenza attiva negli ospedali e negli ambulatori. La funzione primaria è quella di intervenire concretamente in difesa del malato a cui ,una struttura sanitaria inadeguata ,aggravi le sofferenze.

È utile segnalare alcuni dei risultati che il tribunale del malato ha ottenuto in questi anni, per evidenziare come l'intervento del cittadino possa concretamente contribuire al miglioramento del servizio sanitario:

- coinvolgimento degli operatori sanitari nel dare informazioni ai cittadini
- diritto dei genitori ad assistere i bambini ricoverati
- adozione del cartellino di riconoscimento per il personale sanitario
- deospedalizzazione di alcuni servizi sanitari
- riduzione dei tempi di attesa per operazioni e analisi
- attivazione di strumenti diagnostici non funzionanti
- eliminazione di barriere architettoniche...

Attualmente il tribunale si propone di intervenire su alcune questioni essenziali per l'efficienza dell'erogazione del servizio sanitario ospedaliero, in particolare:

- la lotta agli sprechi
- la verifica della qualità dei servizi
- il diritto alla informazione e comunicazione
- la dimensione internazionale della cittadinanza del malato

La tutela ex art. 14,c.5, D.L.vo n. 502/92

La tutela prevista dall'art. 14, c. 5, D.L.vo n. 502/92 consente al cittadino di rivolgersi direttamente all'organo sanitario di vertice del servizio o della struttura (direttore generale) tutte le volte in cui disservizi incidano sulla qualità dell'assistenza.

Il cittadino-utente può presentare osservazioni, opposizioni, denunce e reclami in via amministrativa contro atti o comportamenti con i quali si nega o si limita la fruibilità delle prestazioni di assistenza sanitaria. Le opposizioni devono essere redatte in carta semplice e presentate al direttore generale entro 15 giorni dal momento in cui l'interessato abbia avuto conoscenza dell'atto o del comportamento contro cui intende opporsi.

Il direttore generale è tenuto a decidere o provvedere entro 15 giorni dal ricevimento della denuncia, sentito il direttore sanitario.

Questo strumento ha in sé le potenzialità per consentire segnalazioni che portino a risultati proficui, in quanto non preclude il ricorso a impugnativa in via giurisdizionale; inoltre le situazioni contro le quali è possibile attivarsi sono assai ampie e possono estendersi anche ai comportamenti degli operatori; la risposta del direttore generale è obbligatoria e in difetto si potrebbe determinare la configurazione a suo carico del reato di omissione di atti d'ufficio .

Tutela giurisdizionale ed amministrativa delle posizioni soggettive del servizio sanitario

Per affrontare la problematica relativa alla tutela delle posizioni soggettive ,è necessario fare riferimento al decreto legislativo n. 80 del 31 marzo 1998.

La scelta legislativa è andata nel senso di riequilibrare i carichi di lavoro dei giudici che erano divenuti diseguali per effetto del trasferimento al giudice ordinario del contenzioso sul pubblico impiego.

Gli articoli 33 e 34 del D.L.vo n.80 del 1998 investono la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie riguardanti pubblici servizi, l'edilizia e l'urbanistica.

Per limitare l'esame alla trattazione relativa ai servizi pubblici ed in particolare ai servizi sanitari , è importante fare riferimento all'articolo 33 che , al comma 2, elenca una serie di casi rientranti nella competenza esclusiva giudice amministrativo e fra essi , alla lettera f) , richiama le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, compiute nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale.

Questa norma avrebbe dovuto semplificare la tutela giurisdizionale degli utenti, nel superamento delle difficoltà riguardanti la qualificazione delle posizioni soggettive che essi possiedono circa l'erogazione delle prestazioni nell'ambito di pubblici servizi.

La problematicità della questione è riferita alla interpretazione ambivalente dell'articolo 32 della Costituzione che da un lato sancisce il diritto dell'individuo alla salute come assoluto e inviolabile, dall'altro pone lo Stato e quindi la Pubblica Amministrazione, come intermediari organizzativi che determinano strumenti, tempi e modi di attuazione, modulando il diritto alla salute, quale interesse della collettività, con le aspettative del singolo, attribuendo a quest'ultime la consistenza di meri interessi legittimi.

L'articolo 33, al comma 2,lett. f), contempla tre deroghe in cui riemerge la cognizione del giudice ordinario: i rapporti individuali di utenza con soggetti privati; le controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona e le controversie in materia di invalidità.

Una prima incertezza sorge relativamente alla devoluzione al giudice ordinario delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona, facendo supporre che spettino al giudice amministrativo le controversie relative a danni alle cose; un fatto illecito che sia causa di danni sia a persone che a cose

comporterebbe un obbligo per il danneggiato di instaurare due distinti giudizi, uno avanti al giudice ordinario e l'altro davanti al giudice amministrativo.

Per quanto concerne l'eccezione relativa ai rapporti individuali di utenza con soggetti privati, essa andrebbe riferita agli utenti. Ma in realtà il rapporto giuridico in questione si delinea alla stregua dei principi e delle regole di diritto comune, quando le prestazioni vengano erogate da soggetti che svolgono servizi pubblici industriali, in forma imprenditoriale.

Il servizio sanitario, ricompreso fra i servizi sociali, viene erogato da enti gestori che possiedono una considerevole potestà di autorganizzazione, in quanto determinano gli standard e le modalità di erogazione, in dipendenza dalle risorse finanziarie e strumentali. L'attività di prestazione si manifesta quindi attraverso sia comportamenti privatistici sia mediante provvedimenti di carattere autoritativo, cosicché diversa sarà la relazione giuridica di volta in volta intercorrente tra soggetto erogatore e privato destinatario e diverse saranno le situazioni imputabili a quest'ultimo. Vista in questa prospettiva si comprende l'opinione di chi ritiene che l'esclusione dei "rapporti individuali dei soggetti privati" dalla giurisdizione esclusiva amministrativa non debba essere intesa come attribuzione automatica alla giurisdizione ordinaria, ma come necessaria determinazione della giurisdizione secondo il criterio di riparto tradizionale.

Si tratterà, secondo tale opinione, di classificare diritto soggettivo o interesse legittimo, la posizione soggettiva del cittadino nei confronti del soggetto, pubblico o privato, che fornisce il servizio.

Tale conclusione, in vero, comporta la frustrazione di qualsiasi intento riformatore in tema di riparto di giurisdizione.

Inoltre l'orientamento illustrato priva il giudice amministrativo della maggior parte delle controversie; per fare un esempio relativo alle prestazioni rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale, (siano esse erogazioni di medicinali oppure accertamenti diagnostici, cure, ricoveri, o prestazioni specialistiche), vengono

assegnate al giudice ordinario tutte le cause che possono instaurarsi tra assistito-utente privato e servizio sanitario nazionale o una struttura privata accreditata.

Una parte della giurisprudenza ha rilevato come l'eccezione in oggetto sia in contraddizione non solo con l'articolo 33, comma 1 del D.L.vo n. 80 del 1998, che recita "tutte le controversie in materia di servizi pubblici ", ma anche con la legge delega, articolo 11, comma 4, lett. g), nella quale si prevede la devoluzione al giudice amministrativo dell'intera materia di servizi pubblici senza fare cenno ad alcuna limitazione¹⁵.

Una parte della dottrina vede con favore l'orientamento più restrittivo che sottrae alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo in rapporti individuali di utenza con soggetti erogatori di pubblici servizi di natura privata. Questa tesi viene sostenuta citando la relazione al decreto legislativo n. 80 in cui si legge che "sono state escluse dalla giurisdizione amministrativa le controversie attinenti ai rapporti individuali di utenza con soggetti privati gestori di servizi, controversie per lo più oggi devolute ai giudici di pace".

In questo senso ,secondo tale posizione ,si intravede il venir meno della tradizionale diffidenza nei confronti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ,che veniva ritenuto incapace di garantire i diritti in maniera equivalente a quella del giudice ordinario.

Tale opzione sembra confermata dai numerosi interventi giurisprudenziali e legislativi volti ad accrescere gli strumenti di tutela del giudice amministrativo. E in questa direzione sembra andare una recente ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁶ che lascia ferma la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti individuali di utenza con "gestori privati" in ragione del modesto valore economico delle controversie e dell'integrale applicabilità del diritto privato.

Tuttavia non sembra possedere significato sostanziale la duplicazione di giurisdizione in ragione della circostanza che l'utente abbia una controversia con uno

¹⁵ T.A.R. Lazio ,ord. 4 maggio 1999,n.371

¹⁶ Consiglio di Stato,Ad.plen. ,ordinanza 30 marzo 2000,n.1

degli apparati del SSN ovvero con un soggetto che fornisce prestazioni sanitarie in nome e per conto di esso, e da esso remunerato per le prestazioni così elargite.

Infatti la giurisprudenza, sia della Corte di Cassazione che del Consiglio di Stato, ha definito una posizione unitaria per ciò che riguarda la qualificazione dei rapporti di convenzionamento ai sensi della legislazione precedentemente vigente¹⁷, qualificando le convenzioni tra servizio sanitario nazionale o strutture private come contratti che creano "concessioni amministrative"¹⁸.

Nello stesso senso "ad avviso dell'opinione prevalente, sostenuta in giurisprudenza, essi sarebbero contratti di diritto pubblico che darebbero vita a concessioni amministrative, poiché l'attività sanitaria è pertinenza del servizio sanitario nazionale e, qualora svolta da soggetti privati, deve ritenersi svolta in regime di concessione"¹⁹.

Tra le posizioni favorevoli ad un ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si registra la prospettiva indicata da una parte della dottrina²⁰, la quale sostiene che la carta costituzionale non deve essere rinchiusa in una rigida bipartizione diritto soggettivo-giudice ordinario, interesse legittimo-giudice amministrativo, lasciando intendere la possibilità di una opzione indifferenziata delle situazioni giuridiche soggettive rispetto alla giurisdizione.

Secondo questa interpretazione, il riferimento dell'art.24 della Costituzione alla dualità delle situazioni soggettive va inteso "non già come presidio della loro distinzione, bensì come garanzia della generalità della tutela giurisdizionale"²¹. Così tale articolo andrebbe visto "non in funzione di un obiettivo di discriminazione e separazione, bensì di completezza ed absolutezza della tutela"²².

In conclusione sembra certo potere affermare che le limitazioni operanti nel decreto legislativo n. 80 non siano casuali ma siano tese a sottomettersi al principio di

¹⁷ Art.44 della L. n. 833 del 1978

¹⁸ Gallo : "Pubblico e privato nel SSN", in Sanità Pubblica, 1997

¹⁹ Ferrara - Vipiana "Principi di diritto sanitario"

²⁰ Domenichelli: "Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo", pg.18-28

²¹ Corsaci : "Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella Pubblica amministrazione", pg.332

²² Idem nota precedente

sottrarre al giudice amministrativo controversie giudicate "del tutto estranee alla sua naturale o istituzionale vocazione come giudice della funzione amministrativa"²³.

L'origine di questa impostazione deriva dalla preoccupazione che il giudice amministrativo "rischi di perdere i suoi tratti istituzionali, per configurarsi come un giudice che conosce controversie identiche a quelle devolute al giudice ordinario"²⁴, timore che ha spinto alcuni autori a chiedersi "quale sarebbe il *proprium* di una giurisdizione amministrativa segnata... dal solo riferimento alle materie"²⁵, ovvero dal dubbio che il giudice amministrativo possa diventare "un giudice specializzato di cui si può fare a meno"²⁶

In sostanza la situazione che viene a prospettarsi vede attribuita al giudice amministrativo una determinata materia che, molteplici deroghe, svuotano di contenuto, rappresentando, con la distinzione dei rapporti in pubblicistici e privatistici, un'involuzione verso la dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo.

Invero sembra potersi auspicare la devoluzione ad un giudice unico come strumento funzionale che consenta prospettive reali di tutela ai cittadini –utenti del servizio sanitario nazionale.

Infatti il dato obiettivo che occorre rilevare è l'incremento, per qualità e quantità, dell'area delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; così afferma R. Ferrara: "anche la materia delle prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale è attribuita a siffatta giurisdizione più piena e con maggior pienezza di poteri che in passato...; si aprono scenari nuovi, che, ...produrranno il sicuro effetto di rimodellare il catalogo delle situazioni giuridiche soggettive della persona, operando innovativamente sulle forme e sugli strumenti positivi delle tutele e sulla stessa ordinazione delle giurisdizioni"²⁷.

Tutela :sempre ex post ?

²³ Bertonazzi: "La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo"

²⁴ Idem 9

²⁵ Mazzamuto: "Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario ?"

²⁶ Villata : "Prime considerazioni sull'art.33 del D.L. 80"

²⁷ R. Ferrara : "Principi di diritto sanitario"

Il diritto alla salute ha come oggetto sostanziale il bene della vita, che se leso , ritrova una sua ricomposizione solo nel momento in cui riceve piena ed immediata soddisfazione.

Pertanto la tutela è effettiva in quanto tempestiva e reale, altrimenti , nonostante un successivo e tardivo riconoscimento del diritto, mediante il risarcimento del danno, esso risulterà frustrato , configurato come un semplice rimedio consolatorio.

L'evento dannoso già verificato è seguito da un atto di "monetizzazione" ex post, che non ristabilisce la situazione violata ne restaura il pregiudizio subito dal cittadino-utente.

Ciò che è opportuno acquisisca rilevanza nella cultura sanitaria moderna è che la tutela delle diritto alla salute, nella sua poliedricità, sia completamente effettiva in modo da assicurare ex ante il soddisfacimento delle aspettative del cittadino .

Il problema della protezione dell'utente dei servizi pubblici, rappresenta una nuova frontiera per lo sviluppo delle politiche di riforma della pubblica amministrazione in ambito sanitario.

E in questo senso pare che la dottrina abbia posto attenzione in termini di protezione del consumatore rielaborando la nozione di servizio pubblico anche nella chiave di lettura della tutela ai soggetti attivi di un rapporto giuridico, invitando a predisporre strumenti pubblicitici preventivi che determinino un processo di contenimento dei fenomeni di errore e malpractice.

In questo disegno rientrano le indicazioni date dal piano sanitario nazionale 1998- 2000 (e successivi), riferite alle linee guida.

Si è ritenuto infatti che la via giusta da seguire nell'erogazione delle prestazioni sanitarie in ambito ospedaliero debba innestarsi sulla modifica della pratica clinica e dei comportamenti degli operatori e fornitori dell'assistenza sanitaria.

Questa strategia può portare ad inventare una nuova sistematica nelle forme di assistenza, arrivando quindi a migliorare gli standards sulla scia delle linee guida cliniche .

A ciò consegue che contemporaneamente si riducono i costi e si mantengono risorse da porre a disposizione della cura dei pazienti.

La portata dei livelli di rischio è ampia : si va dai danni ai pazienti, con interventi sbagliati, agli effetti indesiderati, alle morti inaspettate, alle attese troppe lunghe per le prestazioni sanitarie . I medici e gli ospedali coinvolti in quegli errori subiscono una perdita di reputazione.

L'errore umano è inevitabile, ma ciò non svaluta l'importanza del fattore individuale nei risultati del servizio sanitario. Fino ad oggi l'errore nelle prestazioni sanitarie è stato ricondotto alla ricerca della responsabilità individuale, ma questa visione del problema, identificando e punendo il responsabile, nel tempo ha reso evidente come il senso di sicurezza originato dalla sanzione nei confronti dell'operatore, non ha risolto il problema di fondo , che è quello di eliminare le cause alla base dei comportamenti che lo hanno determinato.

Questo differente modo di considerare l'errore umano ha sviluppato una metodologia dell'analisi degli incidenti; l'assunto teorico di questo metodo afferma che se l'errore è atteso , il modello di gestione deve essere indirizzato sul sistema e sull'ambiente in cui il professionista sanitario opera, realizzando sistemi che "rendano facile fare le cose giuste"²⁸.

In tale contesto evolutivo l'organizzazione interna ospedaliera ha assunto un ruolo importante: il quadro gestionale rende evidente la necessità di coordinamento delle competenze professionali e delle risorse.

L'accreditamento, ad esempio, può essere visto come semplice iniziativa burocratica amministrativa, lontana dalla vita professionale ,mentre al contrario è un sistema di gestione e controllo del rischio.

Il piano della formazione professionale orientato verso il concetto di "ruolo" sanitario, invece che verso la sola "competenza", introduce alla necessità della formazione caratterizzata da gruppi di lavoro. Questi "team" rendono concreta la

²⁸ D.M.Berwick

multi/interprofessionalità traducendo questo concetto in prassi operativa di collaborazione e cooperazione.

In questo processo organizzativo rileva il coinvolgimento degli operatori di linea nella progettazione dei percorsi diagnostici, terapeutici e assistenziali, riprendendo le logiche della qualità totale .

Lo sviluppo di tale sistema garantisce un alto grado di tolleranza e di compensazione nei confronti di possibili errori individuali .

Le Aziende sanitarie locali sono chiamate a stimolare le spinte professionali verso l'autovalutazione, integrando queste iniziative con la progettazione e con lo sviluppo di prestazioni cooperative .

A tal fine l'Azienda sanitaria di Firenze, tra le prime in Italia, ha adottato un modello di approccio sistematico per l'analisi degli incidenti in campo medico secondo le teorie di J.Reason²⁹.

In questa direzione si è incamminata anche la Regione Emilia Romagna attraverso la predisposizione nel 1999 di un gruppo di lavoro istituito presso l'Assessorato della Sanità Regionale, con il mandato di approfondire il tema del "governo clinico" nelle sue implicazioni politiche, strategiche, metodologiche e operative.

I risultati del lavoro sono stati in parte recepiti dalla deliberazione della Giunta Regionale, Del. 1 marzo 2000 , n. 556, : "Il ruolo della rete ospedaliera regionale. Approvazione di linee guida per l'attuazione del piano sanitario regionale 1999/2001".

Rileva ricordare la valenza "politica" che gioca un ruolo assai significativo nel governo clinico di un sistema organizzativo, capace di sostenere tanto l'ambito strategico quanto quello strutturale e operativo.

Tale governo "si realizza nell'esercizio della responsabilità di un miglioramento continuo dei servizi erogati e nella salvaguardia di alti standards assistenziali da parte dei professionisti e dell'organizzazione ed è volto ad assicurare l'adozione di sistemi

²⁹ J.Reason : "L'errore umano " ,Il Mulino

di garanzia di qualità, la realizzazione di attività di miglioramento e il controllo della qualità dei servizi sanitari..."³⁰

Il piano sanitario regionale individua, tra l'altro, alcune linee di azione sulla tempestività e continuità, per migliorare la efficacia e l'appropriatezza delle cure, come strumento utile alla revisione sistematica e continuativa dell'attività realizzata da parte dei professionisti: l'audit.

“Audit” è un termine generale e significa "verificare"; l'audit clinico è utilizzato da anni su larga scala in ambiente anglosassone.

Nel contesto del nostro servizio sanitario nazionale è poco praticato ma la Regione Emilia Romagna ha realizzato una esperienza strutturata di audit clinico per il monitoraggio della promozione della qualità delle cure nel 1998, sulla casistica di cardiocirurgia nel 1999 e nel 2001 su alcune prestazioni di cardiologia. Questa attività ha avuto una valenza pedagogica: quanto riflettuto e appreso è stato messo a disposizione di medici, infermieri o altri professionisti della sanità che volessero sperimentare questo strumento per il miglioramento.

Nella delibera della Giunta Regionale dell'Emilia Romagna³¹ viene fatta una distinzione in Audit della qualità, Audit di sistema e Audit clinical.

A questo proposito è interessante richiamare “Il premio qualità in sanità 2002” attribuito durante il “Forum P.A.” in quell'anno all'Azienda Ospedaliera di Reggio Emilia.

L'ospedale "Santa Maria Nuova" ha presentato un progetto in corso di realizzazione.

I risultati conseguiti vedono la creazione di una struttura (Clinical Effectiveness Unit, "CEU") di supporto all'attività di garanzia della qualità clinica.

Il lavoro di tale struttura ha coinvolto gruppi multispecialistici di professionisti sanitari delle province di Reggio Emilia .

Il regolamento CEU è stato approvato dal collegio di direzione aziendale ospedaliera .

³⁰ Agenzia Sanitaria Regionale Emilia –Romagna :”Sussidi per l'autovalutazione”

³¹ Del. Reg. 125/99, Emilia Romagna

In esso sono definite: composizione, competenze, funzioni aziendali, modalità operative, programmazione annuale e verifica.

Sono state elaborate le prime Linee Guida adattate alla realtà provinciale ed è stata completata la loro diffusione sia cartacea che attraverso il formato elettronico a tutti i professionisti.

Sono stati organizzati incontri specifici con la Commissione terapeutica provinciale, con i rappresentanti dei cittadini per presentare la bozza delle linee guida e recepire i suggerimenti proposti.

Lo studio sperimentale per la gestione del Rischio Clinico ha visto la realizzazione di un sottogruppo di CEU; la revisione della letteratura in collaborazione con l'Agenzia Sanitaria Regionale dell'Emilia Romagna; l'elaborazione di uno strumento per la rilevazione di eventi avversi, o potenzialmente tali, dall'analisi delle cartelle cliniche ,al fine di costituire un sistema di auditing per la gestione del rischio clinico attraverso l'individuazione di criticità aziendali, con la seguente messa in atto di interventi di miglioramento e la verifica dei risultati ottenuti.

In sostanza ciò che si evidenzia da tale progetto è che una strategia sistematica rende possibile avere un 'azione preventiva che tuteli la salute del cittadino-utente ,rendendo coerenti tra loro formazione dei professionisti, strumenti e azioni dell'organizzazione.

Questa tipologia di "governo clinico " permette all'organizzazione di apprendere e di modificarsi, rendendo attuale quanto affermava D.M. Berwick : " Non tutti i cambiamenti rappresentano un miglioramento, ma tutti i miglioramenti richiedono un cambiamento ".

Situazione italiana

Il Dottor Fineschi³² in un recente articolo apparso sulla Rivista Italiana di Medicina Legale, afferma che : " l'aumento del contenzioso per danni da attività medica,..., crea una diffusa situazione di insicurezza:

nei pazienti danneggiati che, reduci spesso da trattative estenuanti condotte nella speranza di ottenere per via diretta un risarcimento, si rivolgono al giudice iniziando un percorso ancor più defatigante, di esito incerto e comunque indefinibile quanto a tempi di realizzazione;

negli operatori sanitari che, nel passaggio epocale dal paternalismo al (necessario) rispetto della persona, sentono incombere il crescente rigore dei giudizi di responsabilità e devono lottare per resistere alla tentazione di rifugiarsi nelle pieghe rassicuranti di una medicina difensiva, tanto più facile da attuare quanto più limitato è lo spazio lasciato alla discrezionalità professionale;

negli assicuratori che vedono accentuarsi il rischio da assicurare secondo una proporzionalità diretta al maggiore rigore dei giudizi di responsabilità."

Recenti studi dottrinali , svolti in Italia da M. Zana³³, ripongono prospettive risolutive in un sistema di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile medica,in alternativa al modello privatistico della responsabilità civile, quale modello pubblicistico di riparazione ,inteso come "espressione dell'intervento dello Stato a dare concreta attuazione a quella garanzia di "libertà dal bisogno", nella quale si sostanzia il concetto di sicurezza sociale relativamente ad diritto alla (tutela della) salute del paziente"³⁴.

E' importante fare richiamo a due interessanti disegni di legge presentati al Parlamento italiano:

- 1) Proposta di legge n. 3244 , presentata dall'Onorevole Scalisi , dell'11 ottobre 1995, recante "Norme in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dall'esercizio dell'attività sanitaria"

³² V.Fineschi ,Straord.Università di Foggia ,Sez. Medicina Legale,Riv .Med Legale XXIV, 2002

³³ M.Zana,Ord. di Diritto privato,Univ.di Pisa

³⁴ M.Zana :”Assicurazione per i danni derivanti da attività medica”

- 2) Disegno di legge n. 864 d'iniziativa del Senatore Tomassini, del 3 luglio 1996, recante "norme in tema di responsabilità professionale del personale sanitario".
- 1) Nella proposta "Scalisi" l'indicazione data individua nell'assicurazione obbligatoria la possibilità di offrire, alle parti in conflitto, un livello accettabile di tutela. La vicenda risarcitoria consentirebbe una sdrammatizzazione della problematica in questione. I proponenti hanno ritenuto che il meccanismo offerto dall'assicurazione obbligatoria comporta una redistribuzione del rischio patrimoniale sull'intera categoria e sulle strutture sanitarie. Questo criterio sarebbe idoneo ad evitare che oggetto della discussione siano i profili della colpa dell'operatore, con benefici evidenti sul piano del prestigio personale e su quello delle conseguenze penali. Le indagini sulla colpa sarebbero consentite per escludere la responsabilità del conseguente risarcimento. La fonte di responsabilità è individuata nell'articolato proposto nell'"attività sanitaria", ricomprendendo tutte le possibili situazioni riguardanti la prestazione sanitaria e quindi anche l'attività delle strutture pubbliche e private, tenute a rispondere anche sotto il profilo organizzativo.
- 2) Il Disegno di legge "Tomassini" prevede anch'esso una assicurazione obbligatoria con massimali e premi fissati a livello centrale per tutte le strutture sanitarie ospedaliere sia pubbliche che private. Inoltre vengono offerte, alla vittima dell'evento dannoso, certezza e rapidità del risarcimento. È previsto il ricorso (non obbligatorio per evitare dubbi d'incostituzionalità per contrasto con gli artt. 24 e 25 della Costituzione) all'arbitrato e all'eventuale pronuncia secondo equità delle vertenze di responsabilità medica. Di particolare importanza in questo disegno di legge è la previsione, all'articolo 6, di un Albo nazionale degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio per vertenze di responsabilità medica.

Queste le proposte normative che aspettano in Parlamento una definizione ponderata della complessa e problematica “questione della responsabilità nel settore sanitario”