

## Introduzione

La Repubblica Italiana tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana.

La tutela della salute in Italia ha acquisito, progressivamente nel corso dei settant'anni dal termine della Seconda guerra mondiale, dignità pari alla tutela della libertà per l'affermazione di condizioni irrinunciabili di benessere fisico e psichico dell'individuo e della collettività<sup>1</sup>. Le profonde trasformazioni dello stato di diritto hanno portato l'interprete ad affiancare i diritti sociali ai diritti di libertà come nuovi oggetti di protezione dell'ordinamento<sup>2</sup>; tra questi si eleva il diritto alla tutela della salute qualificato dalla Costituzione del 1948 come diritto primario e fondamentale che merita <<piena ed esaustiva tutela>> e si contraddistingue con i caratteri di generalità e unitarietà<sup>3</sup>.

L'art. 32 della Costituzione della Repubblica Italiana recita, infatti, che <<La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.>>

L'articolo 32 Cost. è ispirato a due concetti fondamentali: il primo che pervade l'intera Costituzione per cui è funzione dello Stato promuovere lo sviluppo della persona umana come elemento fondamentale del bene comune, il secondo che definisce la salute non più come mero bene individuale bensì come un bene nel quale coincidono fini individuali e fini sociali. Particolare merito della Costituzione è infatti quello di aver conferito rilievo costituzionale agli interessi collegati con la salute dei cittadini ponendo le premesse di una compiuta tutela<sup>4</sup>.

La Corte costituzionale si è espressa più volte per un ampliamento di portata della pienezza ed esaustività di tale tutela non soltanto nell'ambito privatistico bensì anche in ambito pubblicistico<sup>5</sup>. Secondo il Giudice delle Leggi, la tutela della salute riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale, implicando il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui. Alla giurisprudenza costituzionale, secondo tale orientamento, competerà garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe una elusione dei precetti costituzionali oltre alla violazione degli stessi diritti individuali.

Con la promulgazione della Legge n. 833/1978 si istituì il Servizio Sanitario Nazionale<sup>6</sup>, costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, 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'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio.

L'attuazione del Servizio Sanitario Nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Inoltre, il Servizio Sanitario Nazionale assicura il collegamento e il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli organi,

---

<sup>1</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1991

<sup>2</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, Enciclopedia giuridica, XI, Roma, 1989

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Salute, Diritto alla salute - Diritto costituzionale*, Enciclopedia giuridica, Roma, 1991

<sup>4</sup> C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, p. 53

<sup>5</sup> cfr. Corte cost., 20 dicembre 1996, n. 399; 26 febbraio 1998, n. 27; 26 maggio 1998, n. 185

<sup>6</sup> Legge 23 dicembre 1978, n. 833, "Istituzione del servizio sanitario nazionale"

centri, istituzioni e servizi che svolgono, nel settore sociale, attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività.

La Legge n. 833/1978 rappresentò una norma innovativa nel contesto assistenziale sociosanitario italiano precedentemente costituito da casse previdenziali e mutue assistenze collegate all'ambiente lavorativo o comunque di matrice privata.

Essa formalizzò il nuovo concetto di <<sanità pubblica>> indicandone finalità e obiettivi: l'educazione sanitaria del cittadino, la prevenzione di malattie e infortuni, la diagnosi e cura di eventi morbosi, la riabilitazione delle invalidità, la salvaguardia della salubrità sui posti di lavoro, l'igiene degli alimenti e delle bevande, l'informazione scientifica sulla efficacia terapeutica dei farmaci, la tutela della procreazione e maternità ovvero dell'infanzia, la tutela sanitaria delle attività sportive, la tutela della salute degli anziani, il superamento degli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie della nazione<sup>7</sup>.

In Italia, il cittadino ha facoltà di scelta nella cura tra sanità pubblica e sanità privata accreditata. Attraverso la sanità pubblica, lo Stato si prende interamente carico dell'assistenza, finanziata con il prelievo fiscale.

Il sistema sanitario nazionale italiano è improntato a tre principi fondamentali: equità, uguaglianza, universalità. Questi tre principi costituiscono il nucleo essenziale del diritto alla salute inteso come elemento essenziale della personalità umana, ovvero come condizione di completo benessere fisico, mentale e sociale<sup>8</sup>.

Prova di questo orientamento fu la razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale avvenuta alla fine del secolo scorso<sup>9</sup>, che pose comunque come limiti inderogabili <<*principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze nonché della economicità nell'impiego delle risorse*>>.

Inoltre, si evidenzia come - per la giurisprudenza costituzionale<sup>10</sup> - le esigenze della finanza pubblica non possano assumere, nel bilanciamento del Legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana.

Il contributo reso dal Servizio Sanitario Nazionale è apprezzato dalla cittadinanza attraverso l'attività, le prestazioni e la performance del suo personale dipendente, che si suddivide in quattro ruoli: amministrativo, professionale, sanitario, tecnico.

L'attenzione di questo elaborato si focalizzerà sul personale di ruolo sanitario del SSN e in particolare la figura del medico di struttura ospedaliera pubblica.

Nel primo capitolo dell'elaborato si analizzeranno le responsabilità del medico di struttura ospedaliera pubblica, la sua qualificazione giuridica e i principali delitti legati all'esercizio della professione. Inoltre, si approfondirà il tema del contratto di assistenza sanitaria tra le Aziende sanitario-ospedaliere e l'utente del servizio, nonché la prestazione medica nel Servizio Sanitario Nazionale italiano. Sempre nel primo capitolo si evidenzieranno le novità legislative introdotte dalla Legge Gelli-Bianco nell'ambito della responsabilità professionale del sanitario, con particolare attenzione ai nuovi limiti introdotti e alle principali pronunce giurisprudenziali.

La competenza giurisdizionale del danno per malasanità sarà trattata nel secondo capitolo dell'elaborato. Si definirà l'istituto dell'azione di rivalsa e la sua applicazione nel sistema sanitario pubblico, si affronterà l'argomento della malasanità e la sua integrazione nel danno erariale per i casi avvenuti all'interno delle strutture sanitarie pubbliche. Particolare interesse sarà rimarcato per la diatriba tra la Corte dei Conti e la Suprema Corte di Cassazione in

---

<sup>7</sup> C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Giappichelli, Torino, 2018

<sup>8</sup> Definizione fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) a partire dagli anni Sessanta del '900

<sup>9</sup> Si veda il D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 "Norme per la razionalizzazione del S.S.N., a norma dell'art. 1 della Legge 30 novembre 1998, n. 419"

<sup>10</sup> cfr. Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309

merito alla competenza giurisdizionale per la definizione e liquidazione del danno derivante dalla malasanità nonché il riconoscimento di responsabilità per la condotta del professionista sanitario pubblico. Si fornirà pertanto un ampio approfondimento con commento per il recentissimo approdo giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Cassazione accaduto nell'ottobre 2020 in questa materia.

Questo elaborato ha l'obiettivo di condurre l'attenzione dei Lettori su un tema quantomai attuale e in continua definizione.

Negli ultimi anni, il mondo della medicina e il mondo della legge interagiscono infatti sempre più tra di loro. L'evolversi della ricerca scientifica, l'ampliamento delle conoscenze mediche, il progresso scientifico, contestualmente al susseguirsi delle pronunce della giurisprudenza, le repentine modifiche della legislazione e la difficile – nonché a volte discorda – interpretazione della stessa, pongono sempre più facilmente l'attività medica sotto il filtro dell'operatore del diritto. Ultimamente, i comportamenti del professionista sanitario sono sempre più censurabili dal punto di vista legale e questa situazione sembrerebbe protrarsi anche nel prossimo futuro. Per contro, si assiste a un costante e veloce progredire della medicina difensiva positiva e negativa, ovvero tutte quelle attività messe in atto od omesse dal medico con lo scopo di difendere e tutelare sé stesso da eventuali danni lesivi al paziente che potrebbero derivare da negligenze mediche, con un indubbio aumento di spesa per la gestione sanitaria pubblica e una probabilmente incerta efficacia curativa per l'individuo assistito<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> N. AICARDI, «La sanità», in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, «Diritto amministrativo speciale», Giuffrè, Milano, 2000, tomo I, pagg. 377-452

## Capitolo 1.

### Le responsabilità del medico di struttura ospedaliera pubblica

*1. Premesse introduttive, 2. La qualificazione giuridica del medico e i delitti legati alla professione, 3. Il contratto di assistenza sanitaria tra l'Azienda e l'utente del servizio, 4. La prestazione medica nel Servizio Sanitario Nazionale, 5. La responsabilità professionale e i suoi limiti nella nuova Legge Gelli-Bianco*

#### 1. Premesse introduttive

Nel 1953, lo studioso Ernesto Battaglini scrisse, in un suo lavoro, una frase emblematica: <<il problema della colpa professionale in generale e in ispecie della colpa professionale dei sanitari costituisce una delle questioni più tormentate e controverse in tema di colpa punibile.>><sup>12</sup>

Il tema della responsabilità dei professionisti sanitari è infatti stato sempre molto dibattuto, sia in ambito legislativo che dottrinale. Da sempre, si cerca di raggiungere un limite alla responsabilità del sanitario, limitazione che allo stesso tempo possa soddisfare il principio costituzionale sancito dall'articolo 32 della Costituzione, ossia la tutela della salute dell'individuo.

Questa ricerca di un limite cominciò ad affermarsi nei primi anni '70 del secolo scorso, quando la giurisprudenza emise le prime sentenze riguardanti la colpa del professionista sanitario, in particolare del medico.

In quei tempi, il rapporto tra medico e paziente era di carattere paternalistico: il paziente si affidava, per curarsi, al medico come un figlio ricorre generalmente all'aiuto del padre per la risoluzione di un problema. Questa condizione si trasponesse anche nel giudizio sull'operato del medico, il quale rispondeva soltanto nei casi di gravissima entità, equiparabili all'odierno dolo.

La giurisprudenza penale della metà del secolo scorso riteneva infatti, anche in base al principio di unità dell'ordinamento giuridico - per il quale uno stesso comportamento non può essere considerato civilmente lecito e penalmente illecito -, la colpa grave imputabile soltanto nei casi di inescusabilità dell'errore o di ignoranza nei principi elementari attinenti all'attività sanitaria<sup>13</sup>, con un chiaro riferimento all'articolo 2236 del codice civile.

Quest'interpretazione della colpa grave fu avallata anche da una pronuncia della Corte costituzionale datata 28 novembre 1973, la numero 166, che prevedeva la gravità in <<ipotesi di speciale difficoltà tecnica>>. Il limite della colpa grave era riferito alla sola colpa per imperizia, mentre nei casi di colpa per negligenza o imprudenza si riteneva di dover improntare la valutazione dell'attività del medico ai criteri di normale severità.

Negli anni successivi, questo orientamento mutò profondamente. Per evitare disparità di trattamento, la giurisprudenza penale optò per un apprezzamento del caso concreto, eliminando i privilegi che avevano caratterizzato fino ad allora la categoria dei medici.

In una sentenza della Cassazione risalente al 1997 si può infatti leggere che <<in tema di colpa professionale medica l'accertamento va effettuato in base non alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali; ciò in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni

---

<sup>12</sup> E. BATTAGLINI, *La colpa professionale dei sanitari*, in Giust. Pen. 1953

<sup>13</sup> Cass. Penale: 7 luglio 1977 e 25 maggio 1987

primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali-economici.>><sup>14</sup>

Anche nel 2007 i giudici della Cassazione si espressero per una valutazione del comportamento del medico in base alle peculiarità del caso; molto interessante un passaggio della sentenza che chiarisce <<per qualificare una prestazione professionale come atto implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, rileva sia la novità e speciale complessità dei problemi tecnici, sia il grado di abilità necessaria per affrontarli, sia il margine di rischio che l'esecuzione dell'atto medico comporta, mentre costituisce certamente circostanza di significato univoco l'alto tasso di esiti negativi di un certo intervento su una certa patologia.>><sup>15</sup>

L'atteggiamento che caratterizzò gran parte del secolo scorso, apparentemente molto benevolo nei confronti dei medici, fu condannato persino da una sentenza degli Ermellini, i quali affermarono che l'<<orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza ed ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina>><sup>16</sup>.

Questo clima di incertezza sulla responsabilità, e sulla effettiva punibilità in sede penale, del medico causò un aumento del contenzioso giudiziario nella materia sanitaria, seguito di pari passo da un significativo incremento delle pratiche di medicina difensiva. Tutto ciò indusse il Legislatore a intervenire con un tentativo di arginare questi fenomeni.

Nel 2012 venne promossa una riforma legislativa che modificò la disciplina della responsabilità medica, o più precisamente iniziò a disciplinarla, con l'auspicio di un miglioramento del livello di tutela della salute. Tale riforma, che prese il nome dell'allora Ministro Balduzzi, fu introdotta con un decreto-legge, poi successivamente convertito in legge dal Parlamento.

All'articolo 3 di questa legge era emblematica la norma <<L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve>> che dava spazio a molti dubbi sull'interpretazione del significato testuale e delle intenzioni del Legislatore.

Uno dei principali dubbi verteva sull'autorevolezza delle linee-guida considerate dal decreto Balduzzi, con particolare attenzione agli autori delle stesse. Non esisteva infatti un criterio univoco di ammissione delle linee guida, né un sistema per valutare l'affidabilità dei redattori. Altrettanta incertezza si riscontrava in merito alla locuzione buone pratiche (le good practices), le quali potevano essere individuate allo stesso tempo come sinonimo di linee-guida oppure come veri e propri protocolli.

La giurisprudenza della Cassazione cercò di delineare i limiti di questa situazione con una pronuncia del 2014<sup>17</sup>, nella quale si introduceva l'obbligo di allegazione delle linee-guida alle quali si sarebbe conformata la condotta medica, ai fini di esonerare la responsabilità di cui all'articolo 3 del decreto Balduzzi, norma precedentemente analizzata. Tale obbligo fu motivato come una possibilità per il giudice di verificare la correttezza delle linee-guida e il loro accreditamento presso la comunità scientifica, nonché l'effettiva compatibilità delle stesse con la condotta tenuta dal medico nel caso in esame.

---

<sup>14</sup> Cass. Penale, 29 settembre 1997, n. 1693

<sup>15</sup> Cass. Penale, 21 giugno 2007, n.39592

<sup>16</sup> Cass. Penale, 29 gennaio 2013, n. 16237

<sup>17</sup> Cass. Penale, 18 dicembre 2014, n. 21243