



Articolo 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

nessuno trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Il sistema sanitario si fonda sul rispetto della persona umana.

diritto **e** salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 3 del 2019 - 30 Luglio 2019
Autorizzazione Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862

Direttore Scientifico:

Giuseppe Morbidelli

Direttore Responsabile:

Luigi Principato

Comitato di Direzione:

Sara Landini - Dott.ssa Patrizia Pompei - Dott.ssa Valentina Manuali - Marta Mengozzi - Luigi Principato - Albina Candian - Diana Cerini

Comitato Scientifico:

Ferdinando Albisinni - Paolo Auriemma - Andrea Maria Azzaro - Guido Carpani - Edoardo Chiti - Stefano Cognetti - Nicola Corbo - Mario Esposito - Antonio Fici - Massimo Luciani - Luca Marafioti - Donatella Morana - Anna Moscarini - Anna Carla Nazzaro - Ida Nicotra - Ilaria Pagni - Gino Scaccia - Oberdan Tommaso Scozzafava - Giulio Vesperini - Maurizio Benincasa - Cristiano Cupelli - Amalia Diurni - Federico Ghera - Andrea Longo - Mario Savino - Carlo Sotis - Gianni Baldini -

Consiglio di Redazione:

Domenico Porraro - Gianluca Cosmelli - Giuliano Sereno - Vincenzo Antonelli - Valentina Tamburrini - Marco Di Folco - Marco Nicolai - Francesca Carocchia - Edoardo Carlo Raffiotta - Massimo Togna - Marco Rizzuti - Antonio Nicodemo

DIRITTO E SALUTE

Fascicolo 3/ 2019

INDICE SOMMARIO

1. I. GIANNECCHINI, [Commento all'art. 12 della legge 194/1978, interruzione volontaria della gravidanza della minorenne](#) 2
2. C. CIARDO, [Le normative nazionali e le scelte regionali all'origine ruolo \(mancato\) dell'assistenza territoriale davanti alla pandemia del COVID-19](#) 36
3. E. GUARNIERI, [La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione alla luce delle 10 sentenze "San Martino" in materia di responsabilità sanitaria](#) 61
4. E. GUARNIERI, [Nota a sentenza "Il nesso causale nella responsabilità medica"](#)...68
5. S. LANDINI, [Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile](#) 76

COMMENTO ALL'ART. 12 DELLA LEGGE 194/1978, INTERRUZIONE VOLONTARIA DELLA GRAVIDANZA DELLA MINORENNE.

Introduzione

L'art.1 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza esordisce con una importante incipit: *“Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che lo aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite.”*

Si attribuisce dunque allo Stato il dovere *di tutelare la vita umana dal suo inizio*, dovere che affianca però a quello di garantire, sottointeso alla madre, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile.

Due principi che come è intuibile sono solo apparentemente conciliabili, ed anzi, come vedremo, il secondo “dovere” si pone come filtro per l'esercizio del diritto di autodeterminarsi della gestante in ordine alla sua salute e alla sua vita.

Come emerge già dal primo articolo, la volontà di tutelare la vita del nascituro è stata esplicitamente affiancata alla necessità di rispettare, non solo la salute della donna, ma anche il suo diritto di autodeterminarsi. Un valore, questo, di cui è imbevuta la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, precorrendo in ciò un'evoluzione giurisprudenziale costante che lo ha sempre più rafforzato.

Come noto, l'autodeterminazione del singolo trova la sua diretta tutela nell'art.13 della Carta, laddove si sancisce l'inviolabilità della libertà personale, comprimibile, solo in casi limite, con atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi predeterminati dalla legge.

La disposizione costituzionale, nata per garantire una difesa al singolo dagli abusi del potere centrale, con il tempo ha visto ampliato il proprio ambito di operatività.

Infatti, l'art. 13 Cost. non solo “assicura” la libertà di gestire le proprie decisioni personali, purchè lecite, ma soprattutto garantisce il diritto di rifiutare ingiustificate invasioni nella propria sfera

personale e, dunque, la *libertà* di disporre del proprio corpo, legittimando il più ampio diritto di scelta in ordine a tutte quelle situazioni che vedono coinvolto il proprio essere. La tutela riconosciuta dall'ordinamento è oggettiva, ovvero prescinde da valutazioni nel merito, privando lo Stato del potere di sindacare la finalità o la ragionevolezza delle decisioni dell'individuo.

Tale principio è stato ribadito anche dalla Consulta con la sentenza n. 471 del 1990, nella quale si è sancito “il valore costituzionale della inviolabilità della persona”, fondato sull'articolo 13 Cost. ed interpretato come *libertà* “nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo” (Corte Costituzionale 22 ottobre 1990 n. 471 in *F.I.*, 1991, I, 20).

E, nell'impostazione assolutamente dominante in dottrina, proprio in ambito medico, tale norma si affianca all'art. 32 Cost., rafforzandolo e rendendo, così, incostituzionale e illegale l'imposizione di trattamenti sanitari, eseguiti fuori dai casi previsti dalla legge e senza il rispetto dei valori della persona che deve riceverli.

Già alla fine degli anni settanta, epoca della promulgazione della legge n. 194/1978, il diritto di rifiutare gli interventi medici veniva considerato il naturale corollario “del *più ampio principio della libertà personale*, che si sostanzia nell'esclusività sul proprio essere fisico e psichico ed in virtù del quale la persona non può essere sottoposta a coercizione nel corpo e nella mente, a violazioni della sua sfera di libertà corporale e *anche soltanto morale*”¹.

E, proprio con riferimento alla legge sull'interruzione della gravidanza, il concetto di inviolabilità della persona, inteso in senso lato ed espressione del diritto di autodeterminarsi, ha trovato la sua esasperazione. Infatti, l'orientamento oramai consolidato nella giurisprudenza italiana riconosce il diritto della madre al risarcimento del danno allorquando il medico, per una errata diagnosi sulla malformazione del feto, non le abbia consentito di abortire, violando così il suo diritto di ricorrere ad una procreazione che si vuole cosciente e responsabile. Ed è per tale ragione che si afferma: [l]a nascita indesiderata, invero, determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovano esposti a dover misurare (non i propri specifici "valori costituzionalmente protetti", ma) la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze della figlia, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono” (Corte d'Appello di Perugia civile, [Sentenza 25.01.2005, n. 21](#); tra le altre Corte di Cassazione - Sezioni Unite - sent. 25767/2015; Corte di Cassazione 2 ottobre 2012 n. 16574

¹ F. Mantovani - *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero* Padova Cedam 1974, pp. 201 e

Parallelamente, però, sempre la Corte di Legittimità non ha mai smesso di ribadire che la tutela predisposta da parte dell'ordinamento è dal momento del concepimento (Corte di Cassazione, sez.III, 29 luglio 2004 n. 14488 in *D&G* 2004, f.33, 12).

Il valore della vita prenatale troverebbe invero conferma proprio nel capoverso dello stesso articolo 1 della legge n. 194/1978. Infatti, il divieto di far ricorso all'aborto come ad uno strumento per il controllo delle nascite sembrerebbe significare, seppur indirettamente, che l'obiettivo della legge non sia quello di garantire alla madre "il diritto" di interrompere la gravidanza, bensì quello di regolare quelle situazioni in cui le necessità della donna si contrappongano all'esigenza di tutelare il "diritto alla vita" del concepito.

E tale è stata anche l'interpretazione della Corte Costituzionale. Nella pronuncia n. 35 del 1997, i giudici delle leggi hanno sostenuto che *"(...) in dette proposizioni (i.e. articolo 1, comma II, legge 194 del 1978) (...) è ribadito il diritto del concepito alla vita. La limitazione programmata delle nascite è infatti proprio l'antitesi di tale diritto, che può essere sacrificato solo nel confronto con quello, pure costituzionalmente tutelato e da iscriversi tra i diritti inviolabili, della madre alla salute e alla vita"* (Corte Costituzionale 10 febbraio 1997 (ud. 30 gennaio 1997) n.35 in *Giur Cost.* 1997, 290).

Impostazione, questa, confermata anche dalla Corte di Cassazione a sezione unite, per la quale "Il diniego, in linea di principio, dell'interruzione di gravidanza come strumento di programmazione familiare, o mezzo di controllo delle nascite, e "a fortiori" in funzione eugenica, emerge, infatti, inequivoco già dall'art. 1, contenente l'enunciazione solenne della gerarchia dei valori presupposta dal legislatore, rivelatrice della natura eccezionale delle ipotesi permissive; fuori delle quali l'aborto resta un delitto (Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili 22 dicembre 2015, n. 25767)

Alla luce di tali premesse, devono essere letti gli articoli 4, 5, 6, 7 e 12 della legge 194/1978

1. Il potere della minorenni di interrompere la gravidanza nei primi novanta giorni: un diritto-limite o un limite al diritto?

Il legislatore del 1978 ha concentrato nell'unico articolo 12 della legge 194/1978 la disciplina relativa all'interruzione volontaria della gravidanza della minorenni, ove, attraverso il richiamo più o meno esplicito ai presupposti e alle modalità di cui alle disposizioni 4, 5, 6 e 7 del

medesimo testo, si condensano le soluzioni normative di quattro distinte ipotesi, riferite alle due fasi gestazionali (prima dei 90 giorni e dopo i 90 giorni).

L'art. 12 nella sua complessa ricerca di sintesi è alquanto caotico: *“La richiesta di interruzione della gravidanza secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna. Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto lo assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera. Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza. Qualora il medico accerti l'urgenza dell'intervento a causa di un grave pericolo per la salute della minore di diciotto anni, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela e senza adire il giudice tutelare, certifica l'esistenza delle condizioni che giustificano l'interruzione della gravidanza. Tale certificazione costituisce titolo per ottenere in via d'urgenza l'intervento e, se necessario, il ricovero. Ai fini dell'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano anche alla minore di diciotto anni le procedure di cui all'articolo 7, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela.*

Come è evidente, oltre ai due momenti, connessi alla bipartizione temporale della gravidanza, ricalcati sul modello degli articoli 4, 5, 6 e 7 della legge (primi novanta giorni e successivo periodo), il legislatore ha disciplinato ulteriori circostanze e variabili, riconducibili, più propriamente, alla condizione della minore, intesa come persona priva della capacità d'agire e soggetta alla potestà (*rectius* responsabilità genitoriale ex art. 316, come modificato dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. n. 154,) dei genitori o del tutore (*infra*).

In ogni caso, proprio in considerazione dello *status* della minore, colpisce l'incipit dell'articolo 12, poiché *“si apre con la formulazione del principio di personalità della richiesta”*².

² F. Giardina - *Sub art. 12 in Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194, norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* a cura di Bianca e Busnelli in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1978; vedi anche stesso autore *L'interruzione della gravidanza di donna minore: quale incostituzionalità?* in G.I., 1981, I, sez. II, 37; *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'articolo 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza* in *G.Civ.*, 1997, 42

Si puntualizza infatti: *“La richiesta di interruzione della gravidanza, secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna”*.

Tale prescrizione sottende due scelte legislative distinte. Da un lato, come suggerisce chiaramente la formulazione, si esclude *a priori*, anche se forse ingenuamente, che i genitori possano costringere la figlia ad abortire, soluzione suggerita proprio dalla necessità della richiesta personale della minore che garantisce, *in teoria*, la libertà di quest'ultima di non abortire³.

Dall'altro, deve trattarsi di una minore capace di intendere e volere, perchè altrimenti troverebbe applicazione l'art. 13 della medesima legge, relativo alla donna interdotta per infermità di mente.

Anche la minore emancipata sfugge alla complessa procedura dell'art. 12 e per orientamento oramai pacifico in giurisprudenza *“l'emancipazione comporta l'acquisto da parte della minore di una piena capacità nei rapporti personali; pertanto la richiesta di autorizzazione all'interruzione della gravidanza (...) non è necessaria, dovendosi ritenere che tale ipotesi sia pienamente assimilata al caso della richiesta formulata dalla donna maggiorenne”* (Pretura di Monza, 9 maggio 1987, in F.I.,1987, I, 2875; in tal senso anche Pretura Cosenza, 20 dicembre 1994- Dir. famiglia 1995, 250).

Sulla base di quanto previsto dal dettato normativo, soprattutto *nei primi novanta giorni* della gestazione, la richiesta della minore, sebbene personalmente avanzata, deve essere comunque accompagnata dall'assenso di chi esercita sulla stessa o la tutela o ciò che la norma, ancora non aggiornata, definisce *potestà*, ma che deve essere letta come responsabilità genitoriale.

Una situazione complessa, dunque, poiché, come rilevato all'indomani dell'entrata in vigore della legge, *“la previsione dell'assenso (..) sembra realizzare una sorta di soluzione intermedia tra libertà della minore ed autorità dei genitori o del tutore, tra autonomia e sottoposizione a potestà”*⁴.

Dal testo dell'art. 12 si capisce però che l'ingerenza e la valutazione dei rappresentanti legali è limitato ai casi in cui non vi sia urgenza di intervenire, ovvero quando ricorrano le ipotesi disciplinate dall'art. 4 della stessa legge.

1.1. L'elastica disciplina dell'art. 4 della legge 194/1978 e l'incoerenza dell'art. 5 l.194/1978

L'art. 4 della l. 194/1978 indica le condizioni in cui, entro i primi novanta giorni, sia possibile interrompere la gravidanza. Le ipotesi vengono individuate secondo un duplice sistema:

³ F.Giardina, 1978, 1663

⁴ F. Giardina, 1978, 1665-1666

tassativo ed elastico. Il presupposto principale si identifica nel *serio pericolo per la salute fisica o psichica* della madre, che potrebbe rimanere compromessa dalla gravidanza, dal parto o dalla maternità. Il legislatore ha chiaramente optato per un concetto ampio di salute, nell'ottica della valorizzazione unitaria della persona.

È noto, però, che proprio la giurisprudenza di merito, strumentalizzando il termine *serio*, abbia agevolato un'interpretazione molto estensiva della disposizione, ricomprendendo, sin dall'entrata in vigore della legge, anche i casi in cui non ricorra una vera e propria malattia⁵. Per contro, un'impostazione più rigida è stata offerta dalla Suprema Corte, secondo la quale dovrebbe ricorrere *una rilevante possibilità di turbamento o di alterazione dell'equilibrio psichico della donna*⁶, sottolineandosi la necessità che ricorra il reale pericolo per la salute psichica della gestante.

In realtà, poi, proseguendo nella lettura della norma, si scopre che “*quel serio pericolo*” deve sussistere in relazione *o al suo (della donna) stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito*⁷.

Così, quello che dovrebbe rappresentare un elenco tassativo con funzione di sbarramento, in realtà finisce per divenire l'elenco di una serie di circostanze idonee a dilatare in maniera indefinita le possibilità di abortire. In particolare, il riferimento alle condizioni economiche, sociali e familiari introduce un criterio dai contorni decisamente incerti. Le critiche, particolarmente decise sin dal 1978 e rivolte a tale previsione, hanno accusato il legislatore di aver redatto una norma “*tecnicamente mal fatta, caotica e piena di inutili riferimenti demagogici e in certo senso moralmente non accettabili*”⁸. Ed è altresì condivisibile la tesi di chi ha rilevato come l'art. 4 non indichi di fatto precisi motivi, ma anzi “*lasci alla donna la facoltà di formulare circostanze specifiche elaborate in relazione alle categorie indicate*”⁹.

⁵ Tribunale di Firenze 6 giugno 1978 in *Giur. Mer.* 1981, 160

⁶ Corte di Cassazione, sez. pen. 19 ottobre 1981 in *Cass. Pen. Mass.* 1982, II, 1151; nel 2004 la Corte di Cassazione ha affermato che “la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute. La sola esistenza di malformazioni del feto che non incidano sulla sua salute o sulla vita della donna non permettono alla gestante l'aborto”, Corte di Cassazione sez. III. civ., 6 maggio 2004- 29 luglio 2004, n. 14488 in *D e G* 2004, f. 33, 15.

⁷ E' stato definito anche aborto *economico-sociale* in contrapposizione a quello eugenetico e a quello terapeutico. Si veda Ufficio Istruzione Tribunale di Salerno, 17 giugno 1978, *Giordano ed altri* in *Giust. Pen.*, 1979, I, 315

⁸ Pretura di Città di Castello I dicembre 1978 (ord.) *Ignoti* in *Giur. Merito*, 1980, 122

⁹ E. Robiola *Punibilità dell'aborto autoprocuratosi dalla donna: ieri, oggi e domani.* in *G.I.*, 1979, II, 419; R. Diddi *Riflessioni in tema di aborto e giurisprudenza della Corte Costituzionale* in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1983, 1576

L'interprete, alla luce dell'enfasi propria dell'articolo 1 della legge in esame, può solo rimanere perplesso di fronte all'uso del condizionale in ordine a quelle situazioni *accusate* dalla madre tali che *comporterebbero* un serio pericolo. In tal modo, infatti, escludendo l'esigenza di un reale accertamento, si legittima un processo di soggettivazione della necessità dell'aborto¹⁰, tradendo palesemente i principi proclamati nel primo articolo della legge.

Ed ancor meno accettabile è il riferimento alla situazione economica, poiché consente un'incivile abdicazione da parte dello Stato, ai doveri costituzionalmente previsti. Infatti, in base agli artt. 3 e 31 della Carta Costituzionale, la Repubblica *avrebbe* l'obbligo di rimuovere ogni ostacolo di natura economica per garantire lo sviluppo della persona, anche nelle formazioni sociali e quindi all'interno della famiglia, contesto in cui, si crede, debba includersi anche il concepito¹¹.

Presenta una certa incoerenza anche la procedura prevista per l'aborto, regolata dall'art. 5¹². La norma, come noto, consente alla gestante di rivolgersi al proprio medico di fiducia, oppure ad un consultorio o ad una struttura socio-sanitaria, per ottenere un documento attestante la gravidanza e la sua richiesta di interruzione, senza dover assolutamente provare alcuna delle circostanze di cui all'art. 4. Dopo sette giorni tale documento diviene titolo per ottenere l'intervento abortivo.

Proprio dalla lettura degli articoli 4 e 5 sembrerebbe emergere, allora, un diritto assoluto e insindacabile della donna di abortire nei primi novanta giorni di gravidanza. Tale rilievo ha suscitato le critiche di alcuni autori che hanno accusato la legge di aver scardinato il principio

¹⁰ In tal senso anche E. Robiola: "l'uso del condizionale viene così a vanificare anche quella che avrebbe costituito la condizione oggettiva per l'applicabilità dell'intero disposto dell'art.4" in *Punibilità dell'aborto autoprocuratosi dalla donna: ieri, oggi e domani*.op.cit. 419; C. Albergiani *Aspetti problematici in tema di interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni* in *FI*, 1988, II, 467; F. Palazzo V. *Persona (Delitti contro)* in *Enc. Dir.*, XXXIII, Giuffè,1983, 294, 315;

¹¹ E. Giacobbe ravvisa, criticamente, nella scelta del legislatore un'agevolazione alla "rimozione del discriminato", op.cit., 74. In tal senso anche R. Diddi, op.cit. 1570; C.M.Bianca criticando la legge, commentava "l'assenza di un aiuto solidaristico per rendere affettivamente libera la scelta della maternità non è coerente con la solenne affermazione costituzionale del dovere dello Stato di agevolare con misure economiche e altre provvidenziali la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi (art.31 I.co) Non è neppure coerente con l'impegno dello Stato di rimuovere le cause di ordine economico e sociale che limitano di fatto l'uguaglianza dei cittadini" in *Note introduttive alla legge 22 maggio 1978 n.194*,cit., 1594.

¹² E proprio gli artt. 4 e 5 sono stati oggetto di numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale. In tali disposizioni di legge sono state ravvisate le maggiori violazioni della Carta, e in particolare degli articoli 2, 30, 29, 31 e 32. Tra le tante ricordiamo Tribunale di Caltanissetta ord. del 17 giugno 1978 in *Giust.Pen.* 1979, I 311; Giudice Istruttore Tribunale di Salerno, 17 giugno 1978, *Giordano ed altri* in *Giur. Cost.*, 1979, I, 253; Tribunale di Chieti ord. del 10 luglio 1978 in *Riv. Pen.* 1979, 224; Tribunale di Trento ord. del 16 agosto 1978 in *Dir.Fam.* 1979, 503; Corte d'Appello di Firenze ord. del 5 ottobre 1978 in *Dir.Fam.* 1979, 530; Tribunale di Firenze ord. del 5 ottobre 1978 in *Giur. Cost.* 1980, II, 503; Pretura di Città di Castello I dicembre 1978 (ord.) *Ignoti* in *Giur.Merito*, 1980,120; Pretura di Genova ord. del 23 gennaio 1979 in *Dir. Fam.* 1979, 574; Tribunale di Salerno ord. del 13 febbraio 1979 in *Dir. Fam.* 1979, 579; Corte d'Appello di Cagliari ord. del 12 maggio 1979 in *Giur.Cost.* 1979, II, 1420; Pretura di Galatina ord. del 14 gennaio 1980 in *Giur. Cost.* 1981, II, 447; Pretura di Padova ord. del 25 maggio 1981 in *Giur. Cost.* 1981, II, 1565.

dell'uguaglianza dei coniugi, del distinto diritto di entrambi i genitori di mantenere i figli e del valore della famiglia¹³. Ma anche la giurisprudenza di merito, all'indomani della promulgazione della legge, si lasciava andare ad aspri giudizi contro quelle formalità burocratiche che avrebbero tradito, di fatto, “*il valore sociale della maternità (...) esposto al prevalere di esigenze egoistiche che hanno modo di realizzarsi senza limite alcuno*”¹⁴, criticando il potere incontrollato della madre sulla vita del nascituro¹⁵. L'accento, posto indubbiamente sull'autodeterminazione della donna, è stato, inoltre, giudicato *anomalo e esasperato*¹⁶, in ragione del fatto che si risolve in un contrasto vittorioso sulla salute e sulla vita umana, sulla formazione e sullo sviluppo della famiglia.

La dottrina, però, non è oggi compatta nei suoi giudizi.

Per altri, infatti, la scelta normativa sarebbe coerente con l'impianto di una legge plasmata sul diverso ruolo della madre durante la gravidanza e pertanto rappresenterebbe l'ovvia conseguenza pratica del principio di autodeterminazione del paziente garantito dagli articoli 13 e 32 Cost¹⁷. Non ci si avvede, però, che in tal modo si annulla il disegno individuato dall'articolo 1, ponendo al centro della scena giuridica solo la madre.

Un terzo filone interpretativo cerca, invece, di rafforzare il valore normativo dei principi espressi nell'articolo 1 della legge, smussando le possibili incongruenze¹⁸. Così, proponendo una lettura coordinata degli articoli 4 e 5 e “contenuta” nel limite indicato dall'art. 1, si ritiene che le *circostanze* addotte dalla donna debbano essere sempre valutate dal medico e non semplicemente

¹³ Tra le altre R. Diddi op.cit. 1577; All'indomani della promulgazione della legge vari autori contestarono la scelta del legislatore di pretermettere il padre e marito dalla decisione abortiva poiché ritenevano “non solo è evidente la sproporzione fra l'interesse a non subire questo condizionamento e interesse dell'uomo alla paternità, coinvolgente la sua vita intera, ma il sacrificio di questo secondo interesse è precluso dalla norma contenuta nell'art.2 Cost., che imponendo un dovere di solidarietà non consente un esercizio in chiave puramente individualistica dei diritti inviolabili che esse stessa riconosce e garantisce”, G.Galli – V.Italia – F.Realmonte – M.Spina – C.E.Traverso *L'interruzione volontaria della gravidanza* Milano, 1978, 160.

¹⁴ Giudice Istruttore Tribunale di Salerno, 17 giugno 1978, *Giordano ed altri* in *Giur. Cost.*, 1979, I, 256.

¹⁵ Corte d'Appello di Firenze 05.10.1978 ord. *Branca Ricci ed altri* in *Giur. Cost.*, 1979, II, 263

¹⁶ R. Diddi, op.cit. 1575.

¹⁷ G.Ferrando *L'interruzione della gravidanza tra autonomia della donna e accordo dei coniugi* in *Fam. Dir.*, 1999, 131. L'autrice giustifica soprattutto la scelta legislativa di subordinare la partecipazione del padre al consenso della madre. U. Scarpelli nel 1987 difendeva la scelta del legislatore sostenendo che: “nessuno abbia il diritto di sovrapporre i suoi valori e la sua volontà all'autonomia della donna che nutre il nuovo corpo e può ancora considerarlo se stessa” in *Bioetica: prospettive e principi fondamentali* riportato in *La Bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo* a cura di Maurizio Mori, Biblioteche, Milano, 1999, 25. In tal senso anche M.Dogliotti *Diritto a non nascere e responsabilità civile* in *Dir.Fam.Pers.*1995, II, 1481; Corte Costituzionale 31.03.1988 n.389 in *G.I.*, 1988I, I, 1073 che ha ritenuto che “l'assenza” del padre dalla procedura non infici assolutamente il rispetto dell'art. 29 Cost. *Contra* in passato A. De Cupis “...è assurdo che la prevalenza giunga al punto di considerare la moglie come arbitra assoluta delle modalità di esercizio del proprio diritto, compresa la non audizione del marito...l'esclusione della necessità dell'espressione dell'opinione e dei propositi del marito costituisce gravissima violazione dell'art. 29, II co., della Costituzione” in *L'aborto di donna coniugata* in *G.I.*, 1988 I, I, 1073-1074.

¹⁸ F.D.Busnelli *sub art. 1* in *Legge 22 maggio 1978 n.194* op.cit., 1603 e 1605; M.Bianca scriveva “L'interesse del nascituro alla propria esistenza cede di fronte a quello della tutela della salute della madre” in *sub art. 1* in *Legge 22 maggio 1978 n.194,op.cit.* 1608.

“attestate”¹⁹. Pertanto, dovrebbero essere sempre operati i cosiddetti *necessari accertamenti* per verificare la sussistenza di reali problematiche inerenti alla salute o all’incidenza, sulla salute psicofisica della donna, degli altri presupposti indicati dal legislatore, imponendo al medico il diritto-dovere di non rilasciare alcun documento, se non diagnostica le condizioni per l’aborto²⁰. E, giustamente, è stato messo in rilievo che accedere all’interpretazione suggerita dalla lettera dell’art. 5 significherebbe ammettere la tutela, non della salute della donna, ma del mero diritto di autodeterminarsi²¹. Si finisce, allora, per restringere il raggio di azione della legge solo ai casi in cui ricorra “quantomeno il rischio” per la salute della gestante, come affermato dalla Corte Costituzionale nel 1975 e ribadito nel 1997²².

Tale interpretazione, però, sebbene si concili con quanto “proclamato” nel primo articolo della legge 194/1978, si discosta molto dalla lettera delle norme 4 e 5.

Dunque, pur non volendo sostenere che per i primi novanta giorni, la legge, consapevolmente e volontariamente, abbia riconosciuto alla donna il diritto di abortire, si deve prendere atto della difficoltà di evitare i casi di strumentalizzazione della normativa per interrompere “sempre e comunque” la gravidanza.

La lettura necessariamente coordinata e sistematica dell’art. 12 con l’art. 4 e 5 della legge in esame impone che per *l’assenso o il dissenso o per la decisione di abortire*, con riferimento al caso della minorenni, il giudizio e le conclusioni *dovrebbero* parametrarsi sulle condizioni individuate *ex lege* negli articoli 4 e 5.

Trova così conferma l’assoluta uguaglianza, quanto alle condizioni per l’interruzione, tra la donna maggiorenne e la minorenni, poiché “ *in presenza (...), entro i primi novanta giorni, di serio pericolo (art.4) maggiore o minore di età che la donna sia, secondo parametri ben individuati e circoscritti nella legge (stato di salute, condizioni economiche, o sociali o familiari, circostanze del concepimento, ovvero previsione di anomalie nel concepimento) viene accordata facoltà alla richiesta di adire le esistenti strutture socio-sanitarie (art.5)*” (Corte Costituzionale, 25 maggio

¹⁹ M. Zanchetti *cit.*, 95; F.D.Busnelli in particolare sottolineava che il principio espresso nell’art. 1, per ragioni logico sistematiche, avrebbe dovuto condizionare anche l’interpretazione degli articoli 4 e 5 della legge, da intendersi, rigorosamente come disposizioni eccezionali, inibendo dunque ogni tesi contraria volta a riconoscere un diritto assoluto della donna ad abortire in *sub art. 1 op.cit.*, 1595.

²⁰ Andrini *Sub art. 5 in Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194, norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza a cura di Bianca e Busnelli in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 1978, 1634*

²¹ F.D.Busnelli *Bioetica e diritto privato* Giappichelli Torino, 2001, 146.

²² F.D.Busnelli *ult.op.cit.*, 142.

1987, n. 196 in *F.I.* I, 762; Corte Costituzionale ordinanza, 12.11.1985, n.297 in *Gir. Cost.* 1985, 2259).

2. Il ruolo e il significato dell'assenso dei genitori, che hanno la responsabilità genitoriale, o del tutore

Sulla base dell'art. 12, *Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto lo assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela.*

In realtà, una lettura rigorosa e sistematica dell'art. 12 confina l'operatività dell'assenso dei genitori o del tutore solo alla fase immediatamente prodromica all'operazione d'interruzione della gravidanza, restando dunque esclusa in quella ancor precedente.

La minore, pertanto, ha diritto di rivolgersi autonomamente al consultorio, alla struttura socio-sanitaria o al medico di fiducia, ha diritto di richiedere da sola sia l'assistenza professionale sia di abortire e sempre e solo alla minore sarà rilasciato il certificato previsto dall'art. 5, comma IV (ex art. 12, comma II).

Ma, proprio nella fase successiva all'accesso al consultorio o alla richiesta di una consulenza medica per abortire, si ramificano le diverse soluzioni contenute nel II comma della norma in esame.

Si legge infatti *“Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera.”*

Queste ultime sono state elaborate tenendo conto della peculiare condizione giuridica della minore e sono state predisposte al fine di contemperare il rispetto dell'autodeterminazione e della salute della giovane, con il dovere di preordinare meccanismi di tutela della stessa, in quanto ritenuta soggetto più debole, tendenzialmente incapace di assumere coscientemente decisioni radicali.

Di conseguenza, come chiarisce la seconda parte del secondo comma dell'art. 12, il potere decisionale di chi esercita sulla minore la responsabilità genitoriale (*ex potestà*) o la tutela, nei primi novanta giorni, non è stato inteso come assoluto.

Se in teoria, i genitori esercenti la responsabilità genitoriale o il tutore dovrebbero essere immediatamente informati della volontà della ragazza, in pratica, per *seri motivi* - non meglio qualificati e precisati - *che impediscano o sconsiglino la consultazione*, i rappresentanti legali possono non essere messi al corrente della richiesta.

Tali seri motivi sono, però, meramente segnalati dalla minore, alla quale, in ultima analisi, si riconosce così il potere di estromettere dalla scena proprio chi ha la responsabilità o la tutela su di lei.

Sovente, nella prassi, a tale astratta previsione normativa, si riconduce l'ipotesi in cui i genitori abbiano convinimenti religiosi o morali, che renderebbero difficile una valutazione serena della situazione, inducendoli ad escludere a priori il consenso all'interruzione della gravidanza.

E proprio in considerazione di tale consuetudine applicativa sono state evidenziate difficoltà di coordinamento e di interpretazione tra l'articolo 12, comma II, e l'articolo 30 della Costituzione. Quest'ultimo, come noto, prevede un intervento suppletivo dello Stato, solo ed esclusivamente in caso di incapacità dei genitori ad adempiere ai loro doveri o ad esercitare i loro diritti in merito al mantenimento, all'educazione e istruzione dei figli, non considerando altre ipotesi di "invasione" *ab externo*.

Così sull'erroneo presupposto che i diritti e doveri attribuiti ai genitori ex art. 30 Cost. fossero da intendersi "*quali espressioni della patria potestà*" (Pretura di Ivrea, 16 novembre 1979 in G.I., 1981, I, 2, 46),

l'aver riconosciuto il potere della minore di non informare il padre e la madre è stato considerato, in passato, un "*attentato compiuto all'istituto della patria potestà, riconosciuto nell'art. 30 della Costituzione (...), senza precedenti*" (Pretura di Ivrea, 16 novembre 1979 in G.I., 1981, I, 2, 47).

La Corte Costituzionale ha, però, giudicato infondata la questione sollevata anche dal Pretore di Verona, il quale, peraltro, ravvisava un conflitto non solo con l'art. 30 Cost., nei termini già indicati, ma anche con l'art. 3 Cost. nella misura in cui l'art.12 della legge consente – di fatto- la discriminazione di quei genitori che per un loro convincimento religioso o morale siano contrari all'aborto (Pretura di Verona, 21 ottobre 1978, in *D.F.P.*, 1979, 541).

Le censure sollevate sono state respinte dalla Consulta, la quale ha dovuto, però, far ricorso ad una forzata interpretazione del testo. Infatti, è stato stabilito che "*se la consultazione [dei genitori] non è prescritta non è nemmeno esclusa, ma lasciata alla valutazione del consultorio, della struttura socio-sanitaria o del medico di fiducia: e in definitiva, ciò che più importa, al prudente apprezzamento del giudice*" (Corte Costituzionale 25 giugno 1981, n.109 in *DFP* 1981,

660; confermata con l'ordinanza della Corte Costituzionale, n. 14 del 18 gennaio 1989 in *Giur. Cost.* 1989, I, 51).

E, dunque, in tale prospettiva esegetica “ *il genitore della minore [può] non essere sentito: ma ciò quando, valutate le circostanze della specie e la serietà dei motivi richiesti al riguardo dalla legge, sia ragionevole presumere che il doverlo consultare aggravi il rischio, appunto, del ricorso all'aborto clandestino*” (Corte Costituzionale 25 giugno 1981, n.109 in *DFP* 1981, 660).

Pertanto, in teoria, solo il fondato timore di indurre la minore a ricorrere all'aborto clandestino potrebbe convincere il consultorio, o il medico a precludere l'intervento del genitore ossia quando non vi siano margini per sperare nell' “ *insostituibile rapporto affettivo che dovrebbe stabilmente legare i figli ai genitori, e di dedurre che questi, una volta consultati, soccorrerebbero la gestante nel frangente in cui essa versa*” (Corte Costituzionale 25 giugno 1981, n.109 in *DFP* 1981, 660).

Nell'interpretazione della Corte Costituzionale, in realtà, anche il giudice tutelare avrebbe il potere di decidere di consultare *comunque* i genitori, pur contro la volontà espressa della minore.

Il dettato normativo, però, non lascia alcun margine a tale tipo di ricostruzione critica. Infatti, quando *seri motivi impediscono o sconsigliano la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutano il loro assenso o esprimono pareri tra loro difformi*, il medico di fiducia, o il consultorio, o la struttura socio-sanitaria alla quale si è rivolta la ragazza, ex lege, esperiti i compiti indicati nell'art. 5, entro sette giorni, devono redigere ed inoltrare un parere al giudice tutelare del luogo in cui operano. Non si riconosce alcun potere di consultare i genitori al Giudice Tutelare.

Per contro, i compiti indicati nell'art. 5 ed evocati nel disposto normativo di cui all'art. 12 sono così riassumibili: “ *Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.*”

Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie.

È pacifico che l'intervento di supporto, di aiuto e l'attività medica di accertamento debbano essere comunque eseguiti, sia nel caso della maggiorenne che della minorenni. Per contro, sorgono seri dubbi sulla possibilità/legittimità di poter "interloquire" anche con il padre del concepito.

Premesso che l'esegesi costante esclude che il padre biologico possa imporre o vietare l'aborto alla gestante, il mancato esplicito richiamo nell'art.12 alla possibilità di sentire anche quest'ultimo potrebbe lasciar pensare che questi, nel caso della minorenni, non dovrebbe mai essere "chiamato". In realtà, appare più corretto il ragionamento inverso, ovvero che, se il legislatore avesse inteso escludere l'intervento, in astratto, dell'altro genitore, lo avrebbe chiaramente scritto. Ne consegue che il problema interpretativo si sposta in avanti nel senso di capire se il consenso della minorenni sia sufficiente ad autorizzare il consultorio o il medico a chiamare il padre biologico o se in questo caso sia necessario l'assenso dei genitori o del tutore della minore. La legge non contiene alcuna risposta, e, alla luce di una interpretazione storica, che tenga conto del tempo nel quale è stata formulata, si ha ragione di ritenere che solo con l'assenso dei genitori il padre biologico avrebbe potuto essere sentito. Oggi, la risposta sembrerebbe invece di senso radicalmente opposto, ovvero il coinvolgimento del padre biologico dovrebbe dipendere solo dalla volontà della minore.

3) Il ruolo del Giudice Tutelare

La legge dispone un intervento quasi automatico del Giudice Tutelare, su richiesta del Consultorio, o della struttura socio sanitaria o del medico di fiducia, *entro sette giorni dalla richiesta della ragazza*, e sulla base di una relazione degli esperti selezionati dal legislatore.

Il Giudice Tutelare, entro cinque giorni, *sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare, con atto non soggetto a reclamo, l'interruzione della gravidanza.*

Dunque, non solo il legislatore non ha previsto alcun potere del magistrato di convocare i rappresentanti legali, ma ha altresì eliminato, in questa fase, ogni forma di esercizio reale della potestà/responsabilità o della tutela sulla minorenne.

La scelta del legislatore non deve però essere drammaticamente qualificata come un "attentato", peraltro "senza precedenti" all'istituto della patria potestà, *prima*, responsabilità genitoriale, *oggi*, come lamentato dal Giudice Tutelare di Ivrea. Questi non ha considerato né l'evoluzione normativa in tema di diritto di famiglia e dei diritti personali del minore, concentrata peraltro nel 1975, né ha saputo ben coordinare i rapporti tra l'incapacità legale, la potestà/responsabilità genitoriale e la rappresentanza legale.

Quanto a questo secondo profilo appare chiaro che " *non c'è conflitto tra la capacità del minore in atti di natura personale e l'inalterata fisionomia dell'incapacità legale e della potestà dei genitori: c'è solo una divisione di sfere di operatività.*"²³.

Così da una lettura attenta delle norme del codice civile e delle leggi speciali, già in vigore all'epoca (*infra*) risulta chiaro che " *il momento personale si libera progressivamente da schemi ed istituti tipici di un settore patrimoniale del diritto delle persone, settore un tempo totalizzante e comprensivo di ogni aspetto del vincolo tra genitori e figli, ora ridimensionato al suo proprio ruolo di protezione del patrimonio del minore proprietario*" (Giardina, 1981, 40).

Il diverso ruolo evocato, come premesso, è stato dedotto da disposizioni come l'articolo 250, II comma, c.c. (sull'assenso del maggiore degli anni sedici ad essere riconosciuto come figlio naturale) e segnato, più esplicitamente dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, e, sempre nello stesso anno, dalla legge n. 405 sui consultori familiari.

Se in un ristretto ambito, il secondo intervento normativo consentiva anche ai minori di rivolgersi ai consultori per ricevere assistenza psicologica, sociale, informativa ed operativa per problemi legati alla famiglia e alla coppia, è solo con la riforma del diritto di famiglia (Legge 19 maggio 1975, n. 151 in G. U., 23 maggio, n. 135) che il rapporto tra genitori e figli, con riferimento ai diritti personali, muta la sua fisionomia, coinvolgendo la modifica di molte norme del codice civile.

²³ F. Giardina, op.cit. 1981, 40

Proprio con riferimento al complesso problema della rappresentanza legale nella sfera particolare della tutela della salute psico-fisica, già nel 1981, si spiegava come “ *mentre l’istituto dell’incapacità legale di agire e la sostituzione dell’attività dell’incapace con quella del rappresentante legale (il genitore esercente la potestà o il tutore) hanno un preciso significato di tutela dell’incapace e dei terzi nella circolazione dei beni e nella contrattazione tra privati, l’esercizio di diritti personali ed ogni atto inerente alla tutela della persona del soggetto privato non è suscettibile di limitazioni legali di capacità, ma solo di limitazioni inerenti alla effettiva incapacità d’intendere e di volere*”²⁴.

Ed invero una lettura dell’articolo 12 della legge n. 194/1978 non solo sistematica, ma condizionata anche dal principio che impone il rispetto della personalità, ivi inclusa quella del minore, conduce a riconoscere il diritto al riserbo della minorenni, poiché si ravvisa “*nella prospettiva del pieno rispetto della personalità del minore(...) e specialmente in una materia così delicata e intima, la sussistenza di un diritto alla riservatezza, come protezione della propria sfera privata (...) e che talora è stato riconosciuto anche a favore del minore nei confronti dei genitori (per esempio nel diritto a talune condizioni, alla segretezza della propria corrispondenza)*” (Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L. in G.I.*,1980, I, sez.II, 126).

Conclusione, quest’ultima, che troverebbe un’ulteriore conferma nella lettura combinata dell’art. 5 e 12 della legge in esame. E ciò in quanto “*di tutela della riservatezza si parla più volte nella legge, a favore della donna maggiorenne (art.5), e il richiamo fatto a tale articolo dalla norma dell’art. 12 suggerisce, anche secondo un’interpretazione meramente letterale, l’estensione di tale tutela, almeno in taluni casi, alla minorenni*” (Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L. in G.I.*,1980, I, sez.II, 126).

Tale interpretazione ben si concilia con i principi e gli obiettivi segnati da quella che rappresentava, all’epoca dell’entrata in vigore della legge sull’interruzione della gravidanza, la riforma del diritto di famiglia e che guardava “ *al minore non più come oggetto passivo delle scelte degli adulti o, nella migliore delle ipotesi, destinatario di un generico favor concesso dall’alto, ma come titolare ad ogni effetto di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili*” (Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L. in G.I.*,1980, I, sez.II, 125).

Si segnala di recente, la sentenza del Giudice Tutelare del Tribunale di Mantova, del 29/02/2016,

²⁴ F. Giardina, op-cit. 1981, 40

che, dopo aver ribadito che *“il compito del Giudice Tutelare, nel procedimento previsto dall'art. 12 l. 194/78, in tutti i casi in cui l'assenso dei genitori o degli esercenti la tutela non sia o non possa essere espresso, è unicamente quello di autorizzare la minore a decidere in merito all'interruzione di gravidanza”* e che tale *“compito non puo' configurarsi come potestà co-decisionale, la decisione essendo rimessa - alle condizioni ivi previste -soltanto alla responsabilità della donna”* (v. ordinanza n. 76 del 1996 Corte Cost.), rispondendo il provvedimento del giudice tutelare *“ad una funzione di verifica in ordine alla esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale”* (ordinanza n. 514 del 2002 Corte Cost.), ha invero negato l'autorizzazione poiché la ragazza non si era presentata davanti al Giudice nel giorno e nell'orario concordato per essere sentita.

Si legge invero nella motivazione *“la mancata comparizione della minore al fine di essere “sentita” non consente a questo Giudice di operare alcuna verifica in ordine alla effettiva consapevolezza, in capo alla stessa, della scelta alla quale si è determinata, e in particolare di verificare se la stessa sia in grado di comprenderne il significato e le conseguenze;*
(...) in assenza di tale necessaria verifica la richiesta allo stato non puo' essere accolta, con conseguente rigetto della stessa, fermo restando la possibilità per la minore di presentare eventualmente nuova istanza, qualora ne sussistano i presupposti;“

Emerge peraltro un lato oscuro dell'articolo 12, comunque, colto dal Pretore di Urbino (ordinanza del 25 gennaio 1982, in G. U. n. 206 del 1982), il quale ha sollevato questione di illegittimità costituzionale relativamente all'art.12, comma II, per violazione dell'articolo 25, I comma, Cost., in quanto tale norma consentirebbe addirittura alla minore di *scegliere* il magistrato, evitando il giudice naturale competente.

Ed in effetti l'art. 12 non impone alla minore di rivolgersi al consultorio, alla struttura socio-sanitaria o al medico di fiducia del suo luogo di residenza. Ma proprio questa scelta radica la competenza del Giudice Tutelare, poiché questi invieranno la relazione con il loro parere al magistrato del luogo in cui operano.

La Corte Costituzionale, però, rispettosa della scelta legislativa, ancora una volta ha dichiarato manifestamente infondata la questione, in quanto *“il legislatore ha appunto precostituito in termini generali il Giudice tutelare competente, indicandolo secondo criteri non arbitrari in quello del luogo dove sono situate le strutture o risiede il medico di fiducia cui la minore ha*

ritenuto di rivolgersi: e così sottraendolo ad ogni determinazione discrezionale da parte di pubbliche autorità, condizioni sufficienti, secondo la giurisprudenza di questa Corte, a rispettare il principio invocato (Corte Cost. sentenze n. 1 del 1965 e n. 6 del 1975).” (Corte Costituzionale, ordinanza, 14 aprile 1988, n. 463 in F.I. 1988,2117; confermata da Corte Costituzionale, ordinanza, n. 133 del 1990 in Giur. Cost., 1990, II, 749).

Il legislatore ha previsto anche una seconda ipotesi in cui diviene necessario l'intervento del magistrato, il quale si andrà a sostituire ai genitori o al tutore.

Infatti, se questi ultimi, regolarmente sentiti, si oppongono o esprimono pareri discordi, scatta la medesima procedura prevista nell'ipotesi in cui gli stessi, per “seri motivi”, non vengono nemmeno sentiti.

Come sintetizza la dottrina, “*nei sette giorni successivi alla richiesta o viene dato l'assenso e quindi può essere praticata l'interruzione o si provoca l'intervento del giudice sotto forma di atto di autorizzazione*”²⁵.

Dunque, come ben precisa la legge, *il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia*, ai quali si è rivolta la minore, di fronte all'inopportunità di sentire i genitori o il tutore, oppure di fronte al loro rifiuto di autorizzare l'interruzione della gravidanza, voluta dalla ragazza, oppure, infine, se esprimono pareri tra loro difformi, devono espletare comunque i compiti e le procedure di cui all'articolo 5, ma poi devono rimettere entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui operano.

4. L'autorizzazione del giudice tutelare: ruolo e funzioni ai limiti della Carta Costituzionale nel conflitto con la volontà della minore e il dovere del medico

Il giudice tutelare, entro cinque giorni, dopo aver ricevuto la richiesta del Consultorio o del medico di fiducia o della struttura socio sanitaria, deve obbligatoriamente sentire la ragazza e *tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza.*

Il ruolo del giudice tutelare ruota intorno a quell'impreciso e confuso “*può autorizzare*”, la cui dimensione, i cui limiti e i cui riferimenti, che il testo non rivela nemmeno tra le righe, sono stati individuati da un'attenta esegesi giurisprudenziale.

²⁵ F. Giardina, 1978, 1667; Pretura di Torino, Giud. Tutelare, ord. 12 settembre 1984 in DFP, 1985,9

In via preliminare, si rileva che la natura di tale “intervento” non è chiara. E’ evidente infatti che l’ipotesi normativa in esame è ben distinta da quelle disciplinate agli artt. 333 c.c. (*condotta del genitore pregiudizievole ai figli*) e 316 (*esercizio della potestà dei genitori*, dopo il *D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. n. 154, responsabilità genitoriale*) c.c., che operano in un contesto conflittuale consimile.

Non è assimilabile a quella prevista dall’art. 333 c.c. in quanto per “attivare” l’intervento del Giudice non si richiede affatto che la condotta del genitore sia stata pregiudizievole per la figlia e, soprattutto, non si giudica tale il rifiuto per autorizzare l’interruzione della gravidanza.

Tuttavia, senza alcuna valutazione sulla condotta del legale rappresentante, il rifiuto di prestare l’assenso sembrerebbe da solo sufficiente a giustificare l’intervento del Giudice Tutelare²⁶.

La funzione di quest’ultimo non si muove nemmeno negli stessi binari tracciati dal 316 c.c. in quanto ex art. 12 legge 194/1978, in caso di contrasto, non sono i genitori a ricorrere al giudice, non è riconosciuto loro alcun potere-diritto di indicare al magistrato “i provvedimenti che ritengono più idonei”, ma soprattutto quest’ultimo non sceglie tra le soluzioni proposte dai genitori, ma piuttosto liberamente valuta l’opportunità di dar corso alla volontà della figlia.

E’ chiaro dunque il netto divario tra l’art. 12 e i principi che operano nell’ambito della responsabilità genitoriale.

E così, in questi termini, la legge n. 194 del 1978, anche ad una prima lettura, chiarisce che l’intervento dei genitori assume un valore di opportunità e non di necessità e, “*lungi dal costituire un atto di esercizio della potestà, si giustifica come elemento di valutazione delle circostanze*”²⁷.

Come premesso, però, il Giudice Tutelare, chiamato a decidere, ha scarni elementi di giudizio: da un lato, quanto dichiarato dalla minore e, dall’altro, la relazione medica o del consultorio o della struttura socio sanitaria. Singolarmente, la legge non ha previsto, per un così delicato ruolo, il potere del magistrato di consultare un diverso medico o uno psicologo o di nominare un consulente.

Correlativamente, poi, il Giudice Tutelare non esercita alcun giudizio sulle ragioni addotte dalla minore e certificate dal medico, anzi come in più occasioni ha chiarito la Corte Costituzionale, questi “*rimane esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all’interruzione gravidica.*” (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I. I,765*).

²⁶ F. Giardina, 1978, 1668).

²⁷ F. Giardina, 1978,1666

E per tale motivo la Consulta ha qualificato tale autorizzazione giudiziale come *“provvedimento esterno”* al riscontro in concreto delle condizioni di fatto previste dal legislatore per consentire l'interruzione della gravidanza, in quanto l'accertamento e la valutazione di quelle condizioni, nei limiti previsti dall'art. 5 della legge, sono espletati ai sensi dell'articolo impugnato, dal consultorio, dalla struttura socio-sanitaria, o dal medico di fiducia (...)” (Corte Costituzionale, 14 aprile 1988, n.463 in *F.I.* 1988,2117).

E sempre nel 1987 i Giudici della Consulta hanno chiarito che *“una volta che i disposti accertamenti siansi identificati quale antecedente specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene; intervenendo egli (...) nella sola generica sfera della capacità del soggetto”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,758, 766).

Il suo intervento quindi viene definito esclusivamente come pertinente alla sfera della capacità della donna minorenni, poiché *“il diniego o il consenso all'integrazione della volontà della minore è in relazione al giudizio che il magistrato si forma in ordine alla capacità della giovane di dare adeguata valutazione alla gravità e all'importanza dell'atto che si accinge a compiere, anche con riferimento ai motivi di rifiuto eventualmente adottati dai genitori”* (Corte Costituzionale, 14 aprile 1988, n.463 in *F.I.* 1988,2117).

La funzione del magistrato è stata dunque ricondotta nell'ambito dell'**“autorizzazione a decidere”**, specificando, da un lato *“che il provvedimento [...] non decisivo [...] rientra pur sempre nell'ambito degli schemi autorizzatori adversus volentem: unicamente di integrazione della volontà della minorenne, per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,765) ossia *“non decisivo, ma meramente attributivo della facoltà di decidere”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,764).

Qualche anno più tardi, nel 1996, sempre la Consulta ha escluso espressamente *“che [possa] configurarsi come potestà co-decisionale”* poiché *“la decisione [è] rimessa - alle condizioni previste - soltanto alla responsabilità della donna”* (Corte Costituzionale Ordinanza 15.03.1996, n. 76, in *Giustizia Civile*, 1997, I, 41) .

Ed è per tale ragione che è stata respinta la questione di legittimità costituzionale, sollevata con ordinanza del 25 maggio 1995 dal Pretore di La Spezia, in funzione di giudice tutelare (Pretura La Spezia, 25 maggio 1995, in *Riv. Pen.*, 1995, 1425). Questi aveva giudicato gli articoli 4, 5 e 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194 in contrasto con gli articoli 2 e 31, secondo comma, della Costituzione, nella misura in cui proteggono la vita del concepito e la maternità, ritenendo il provvedimento autorizzatorio in realtà integrativo della volontà della minore, risolvendosi *in una*

manifestazione di volontà, convergente con quella della donna, espressivo, peraltro di valutazione intrinseca del contenuto della decisione che la minore intende prendere.

La Consulta ha avuto così l'occasione di spiegare come *“in senso diverso, deve ribadirsi che il potere autorizzatorio del giudice tutelare è previsto (quando si verificano le condizioni di cui al secondo comma dell'articolo 12 della legge n. 194 del 1978) a garanzia della consapevolezza circa i beni di rilievo costituzionale consistenti nella tutela della vita del concepito e della vita e della salute della donna (sentenza n. 27 del 1975) e della serietà della loro valutazione e ponderazione (ordinanza n. 293 del 1993; sentenza n. 109 del 1981), e quindi anche a garanzia del rispetto delle procedure che la legge ha previsto a tale scopo, in un sistema che prefigura interventi di sostegno e di solidarietà da parte dei servizi sociali per superare le cause che potrebbero portare all'interruzione della gravidanza (art. 2, primo comma, e art. 5, primo e secondo comma, della legge n. 194 del 1978);”* (Corte Costituzionale Ordinanza 15.03.1996, n. 76, in Giustizia Civile, 1997, I, 41; Corte Costituzionale Ordinanza, 24 giugno 1993, n. 293 in *Giur. Cost.* 1993, II, 2096) .

Non solo. Sempre con diretto riferimento allo status del concepito, si cerca di trovare una giustificazione a tale autorizzazione, spiegando come *“nell'ambito della procedura autorizzatoria di cui all'art. 12 impugnato, non viene direttamente in causa l'interesse del concepito (ordinanza n. 463 del 1988) e ciò non nel senso dell'indifferenza dell'ordinamento rispetto a esso - come erroneamente affermato dal giudice rimettente - ma nel senso che a tale interesse sono preordinati gli accertamenti, le valutazioni e le attività previste a tutela della maternità e della vita del concepito, cui sono chiamati i soggetti indicati dall'art. 5 della legge”*²⁸.

E proprio la rilettura del Giudice delle Leggi ha posto in evidenza come, in tale ambito, proprio

“la funzione del giudice tutelare costituisce strumento di garanzia circa la effettiva consapevolezza della scelta della minore nella valutazione dei beni in gioco, in un sistema che vede coinvolti tutti gli interventi di carattere sociale a tutela della maternità e della vita del concepito, potendo il giudice negare l'autorizzazione quando escluda, nel suo prudente apprezzamento, tale consapevolezza” (Corte Costituzionale Ordinanza, 24 giugno 1993, n. 293 in *Giur. Cost.* 1993, II, 2098).

Dunque, la tutela del nascituro si esaurisce nella fase esperita davanti al Giudice Tutelare.

Anche nel 2007 la Consulta, sotto il diverso profilo della natura discrezionale o meno del provvedimento richiesto al Giudice Tutelare, ha comunque confermato la propria interpretazione.

²⁸ Corte Costituzionale Ordinanza 15.03.1996, n. 76, in Giustizia Civile, 1997, I, 41

Infatti, l'ordinanza del 5 dicembre 2007, n. 416 ha avuto ad oggetto proprio la legittimità costituzionale dell'art. 12 con riferimento all'art. 111 Cost.

Secondo il Giudice tutelare di Treviso, ogni volta in cui v'è urgenza per l'approssimarsi del termine ultimo utile per l'interruzione della gravidanza e la minore non voglia informare i genitori, il magistrato, contrariamente a quanto previsto al II comma, ultima parte, dell'articolo 12, sarebbe di fatto chiamato ad emanare un mero provvedimento autorizzativo non motivato, svincolato da qualsiasi potere discrezionale (ord. del 12 dicembre 2006 in *G. U.* n. 18, I serie speciale, 2007).

Come ben riassume la motivazione *“apparirebbe evidente l'estrema contraddittorietà di una norma che, da un lato, richiede un provvedimento giurisdizionale discrezionale (che, alla stregua dell'invocato art. 111, sesto comma, della Costituzione, deve essere sempre motivato) e, dall'altro, impone un mero provvedimento autorizzatorio svincolato da qualsiasi potere discrezionale del Giudice”*.

Come prevedibile, la Consulta ha aggirato ogni elaborazione concettuale e, schivando il rischio di una argomentazione capziosa, ha contestato il difetto di rilevanza, in quanto il Giudice *a quo* aveva in concreto già autorizzato la minore. Ciononostante, contestualmente e incidentalmente, ha ribadito: *“il giudice deve motivare soltanto sull'accertamento della volontà della donna stessa, senza entrare nel merito di quanto da lei affermato”* (Corte Costituzionale, 5 dicembre 2007, n. 416).

Proprio questo ruolo di comprimario attribuito al magistrato ha sollevato un ulteriore dubbio di incostituzionalità della legge, con riferimento all' art. 3 Cost., nella misura in cui la legge non riconosce, come al medico ex art. 9 l. 194/1978, anche al Giudice tutelare il diritto di opporre il suo rifiuto di *judicare* per obiezione di coscienza, con diretto riferimento agli artt., 2, 19 e 21, medesima legge; e ciò sul presupposto che l'obbligo di pronunciarsi sull'autorizzazione all'aborto della minorenne si scontrerebbe con il diritto di libertà di coscienza, di manifestazione del pensiero e di libertà religiosa.

Numerose sono state le argomentazioni addotte, quanto complesse e articolate le ordinanze di manifesta infondatezza.

La Consulta ha infatti sempre giudicato infondata la questione, ritenendo non solo ben diversi i ruoli del giudice e del medico, in quanto il primo, come già precisato, si limita ad attestare la capacità di decidere della minore, ma soprattutto perché ha ritenuto prevalente la doverosità di *“satisfacere officio”* (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I,767).

Doverosità che per il magistrato, nella ricostruzione della Corte, trova i suoi contenuti direttamente nell'art. 54, II comma, Cost., e –indirettamente- nelle limitazioni disposte dal terzo comma dell'art. 98 Cost. e nelle garanzie dell'art. 107 cost. che “come lo pone al riparo da qualsivoglia interferenza *ab externo* , così comporta (...) l'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia” (Corte Costituzionale, 25 maggio 1987, n. 196 in *F.I.* I, 770).

Illustre assente è invero il richiamo al principio della soggezione del giudice soltanto alla legge, previsto dall'art. 101, comma, II, Cost.²⁹ .

Se ne deduce pertanto che “ *le esigenze di coscienza del giudice devono cedere di fronte all'esigenze di giustizia dell'ordinamento* ”³⁰ .

Sulla base delle premesse considerazioni, proprio la necessità di valutare la capacità di decidere della minore e, in definitiva, la sua maturità, lascia emergere molte perplessità in ordine alla mancata previsione normativa del dovere del Giudice di disporre una consulenza tecnica psicologica sulla giovane, che aiuti il magistrato nel delicato compito attribuitogli, o meglio imposto.

4.1 La confusa natura del provvedimento emanato dal Giudice Tutelare e la sua presunta non reclamabilità

L'ultima parte del secondo comma dell'art. 12 dispone che il Giudice tutelare possa autorizzare a decidere l'interruzione della gravidanza “*con atto non soggetto a reclamo*”.

La legge, però, non specifica affatto quale sia la natura del provvedimento emanato dal Giudice Tutelare ed in passato si è sostenuta, ed affermata, la tesi secondo la quale dovrebbe trattarsi di un decreto, contro il quale sarebbe possibile esperire solo il ricorso in Cassazione³¹

Se non vi sono indicazioni contrarie in merito alla qualificazione dell'atto come decreto, per contro, il limite del divieto di proporre il “reclamo”, legislativamente disposto, è stato diversamente interpretato da un risalente intervento del Tribunale per i Minorenni dell'Emilia Romagna (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 123).

L'occasione per tale pronuncia era stato proprio il reclamo di una minore avverso la mancata autorizzazione del Giudice Tutelare all'aborto.

²⁹ E. Rossi *L'obiezione di coscienza del giudice* in *F.I.* 1988, I, 766

³⁰ E. Rossi op.cit 767

³¹ F. Giardina, 1978, 1668.

Il Tribunale per i Minorenni, individuato dalla parte reclamante come organo giurisdizionale di secondo grado, pur ritenendo che il caso in esame avrebbe meritato un maggior approfondimento e una maggior comprensione, rilevava *“l'impossibilità di procedere al riesame per la inoppugnabilità del provvedimento”* (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 124). E, interpretando la scelta legislativa, considerata costituzionalmente incensurabile, giudicava che fosse stato attribuito *“al solo giudice tutelare il potere discrezionale di autorizzare o meno l'interruzione della gravidanza (...) Di qui la ragione della non reclamabilità del provvedimento conclusivo”* (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 125).

In tal modo, il Tribunale per i Minorenni riteneva non reclamabile non solo il provvedimento autorizzatorio, ma anche quello che in definitiva finiva per vietare l'intervento.

Così, più esplicitamente, ammettere il reclamo, si spiegava, *“Snaturerebbe lo speciale procedimento, comporterebbe la totale obliterazione della competenza funzionale e non sostituibile del giudice tutelare e l'indebita interferenza nella sfera di essa da parte di altro organo giudiziario”* (decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 125).

Tale motivazione strutturata su argomentazioni di carattere procedurale ha, però, di fatto perso di vista *sia* la natura e la sostanza del problema *sia* i principi cardine dell'interpretazione delle regole.

Sebbene i principi procedurali, individuati nella motivazione, siano, in linea di massima, sempre da tutelare, ad ogni modo, tale tutela non può e non deve spingersi fino al punto di legittimare la compressione o il sacrificio di valori costituzionali come il diritto di gestire la propria vita, la propria salute, e, in definitiva, di autodeterminarsi. Da qui la difficoltà logico-giuridica di ritenere non reclamabile anche il diniego all'autorizzazione.

Pertanto, laddove si legge che il giudice tutelare *può autorizzare a decidere l'interruzione della gravidanza “con atto non soggetto a reclamo”*, il testo è chiaro nel non porre alcun limite al reclamo avverso il provvedimento che invece nega l'autorizzazione.

E tale risultato critico si raggiunge non solo ricorrendo ad un'interpretazione letterale del testo, ma anche affidandosi ad un'esegesi che rivendichi coerenza normativa. Infatti, non deve dimenticarsi che la scelta legislativa di escludere il reclamo solo avverso l'autorizzazione all'interruzione della gravidanza rappresenta la logica conseguenza di aver deciso di lasciare l'ultima parola al Giudice Tutelare, sottraendola ai rappresentanti legali, gli unici ad avere un interesse contrario all'aborto.

Per contro, per configurare il divieto al reclamo anche per il diniego all'autorizzazione dovrebbe ricorrersi ad un'interpretazione estensiva, inammissibile, poiché si porrebbe un limite, senza le procedure di controllo costituzionalmente garantite, all'esercizio di diritti della persona, nel caso concreto, la minore, sanciti nella Carta Costituzionale.

Una conclusione interpretativa che vieti il reclamo alla ragazza minore sarebbe, oggi, anche in insanabile contrasto con la normativa sovranazionale e nazionale (a seguito della riforma del 2012 e del 2013- l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013).

Infatti, l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, considera il minore titolare di diritti di protezione e della libertà di esprimere la propria opinione sulle questioni che lo riguardano. La stessa disposizione sancisce il principio secondo il quale convincimenti e pensieri dei minori degli anni 18 devono essere presi in considerazione – in funzione dell'età e del grado di maturità raggiunto – nelle decisioni destinate a ripercuotersi sulla loro esistenza. Ancor prima nel 1989 l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (New York 1989) ha stabilito il diritto di ascolto in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che possa interessare il minore. Oggi nel codice civile italiano campeggiano gli artt. 336, comma 2, e 336-bis c.c. che regolano l'ascolto del «minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove dotato di capacità di discernimento» nei procedimenti che lo riguardano. Sebbene tali disposizioni si riferiscano a procedimenti strettamente connessi al diritto di famiglia, sono comunque espressivi di una ratio generale che attribuisce valore e rilievo al consenso, all'autodeterminazione e alla volontà del minore di anni 18.

Ed ancor più rilevante è l'art. 3 della legge 219 del 2017 sul *delicato profilo dell'autodeterminazione sanitaria del minore, o comunque della persona incapace*.³²

5. Il ruolo del medico: potere e responsabilità nel delicato confronto con la vita prenatale

Nella prima fase, ossia nei primi novanta giorni, il legislatore ha previsto anche una terza ipotesi, nella quale i genitori, il tutore e il giudice tutelare escono, di fatto, di scena.

Secondo quanto disciplinato dal III comma dell'articolo 12 se il medico accerta l'urgenza dell'intervento a causa di un *grave pericolo per la salute della minore* il potere decisionale si trasferisce interamente nelle sue mani ed è sufficiente, ai fini abortivi, il certificato che attesti *“l'esistenza delle condizioni che giustificano l'interruzione della gravidanza”*.

³² Per un interessante commento si rinvia al commento del Marco Rizzuti **MINORI, INCAPACI E DAT: I PRIMI CONTENZIOSI** in *Diritto e Salute*, rivista online, 2018, pp.166 e ss.

Il parallelo con l'art.5, comma III, della stessa legge, relativo all'interruzione della gravidanza della maggiorenne entro i primi novanta giorni è immediato, ma nella formulazione di questa disposizione si apprezzano dei termini significativamente diversi, che incidono pesantemente sui limiti.

Infatti, nella sua asciutta formulazione, il comma III dell'art.12 si concentra su un'ipotesi particolare, ossia l'unico presupposto è ravvisato nel *grave pericolo per lo stato di salute della giovane che rende necessario l'intervento*.

Condizione fisica, questa, che in passato è stata interpretata in termini restrittivi ossia come “ *la presenza di processi patologici in atto (...) imminenza del probabile danno alla salute della donna*”³³ ma che oggi coinvolge sia la salute più propriamente fisica che psichica.

Per contro, sulla base di quanto disposto dall'art. 5, molto più sfumato nei toni, sarebbe sufficiente che il medico riscontrasse *l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento*.

Se è doveroso tracciare ogni possibile differenza nella disciplina di una materia tanto delicata è altresì intellettualmente onesto sottolineare che nella pratica niente cambia.

E ciò in quanto, come già precisato, l'orientamento giurisprudenziale è nel senso di ritenere contenuto nell'art. 12 un rinvio implicito all'art.5 della medesima legge, superando così ogni complicazione direttamente o indirettamente connessa ad un'interpretazione più o meno rigorosa del testo.

Deve infine e comunque considerarsi, al di là dell'elaborazione normativa, che “ *il grave pericolo per la salute della minore comporta l'esigenza di una tutela che l'interessata può sollecitare, ex art. 32 Cost., in piena autonomia dagli schemi incapacità-rappresentanza, trattandosi di una evidente ipotesi di esercizio di un diritto personale non di abortire, bensì di tutelare la propria salute fisica o psichica*”³⁴.

Si capisce, così, *quale e quanto* potere è stato conferito al medico, peraltro, generico, che attesta il grave pericolo. La norma infatti non pretende che il certificato, titolo per richiedere l'intervento con urgenza, sia stato redatto da un ginecologo, e soprattutto non prevede che il suo parere debba essere confrontato con quello di altro sanitario.

In definitiva, l'eventuale complicità tra il medico di fiducia e la minorenne consente di azzerare l'operatività dei controlli e dei limiti predisposti, *ingenuamente*, dal legislatore.

³³ F-Giardina, 1978, 1664

³⁴ (Giardina, 1978, 1665)

6. Il parallelo con l'art. 7 della legge n. 194 del 1978: la necessità di una tutela equivalente con quella della donna maggiorenne

L'ultima fase, o se vogliamo l'ultima ipotesi, viene disciplinata dal IV comma dell'art. 12, ove si prevede che, superati i primi novanta giorni di gravidanza, debba trovare applicazione l'art.7 della stessa legge.

E proprio in considerazione del fatto che l'art. 7 richiama l'art. 6 della legge n. 194/1978 la giurisprudenza è concorde nel ritenere che *“(…), al di là della formulazione un po' contorta, in caso di interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno la disciplina è identica sia per le donne maggiorenni, sia per le minorenni”* (Tribunale di Milano, 22 giugno 1993, in F.I., 1994, II, 380; Tribunale di Catania, sez. Paternò, 7 novembre 2002 in F.I. 2003, I, 3205).

Così, nonostante vi sia la possibilità di vita autonoma del feto, come nel caso della maggiorenne, *“a fronte della preminente esigenza di tutela della salute della donna, il legislatore ha accantonato le altre esigenze, pur costituzionalmente rilevanti previste dagli artt. 30 e 31 cost. legittimando la minore ad esercitare direttamente ed in piena autonomia il proprio diritto alla salute”* (Tribunale di Milano, 22 giugno 1993, in F.I., 1994, II, 380; Tribunale di Catania, sez. Paternò, 7 novembre 2002 in F.I. 2003, I, 3205).

Si finisce così per escludere ogni possibile interferenza o ingerenza del genitore, del tutore o del Giudice Tutelare, stesso.

Dunque, il *grave pericolo per la vita, la salute fisica o psichica* della gestante annulla le distanze tra la maggiorenne e la minorenni. Per entrambe l'autodeterminazione, intesa nel più riduttivo significato di esercizio insindacabile del diritto di richiedere un intervento medico per la propria salute, anche psichica, viene tutelata con la medesima intensità e il medesimo vigore.

7. L'aborto chimico: differenze e divergenze

Negli ultimi anni, sono emerse altre questioni, molto complesse e dibattute, inerenti all'utilizzazione di alcune sostanze la cui assunzione determina l'interruzione della gravidanza (IVG). Il riferimento è alla pillola Norlevo (nota come “pillola del giorno dopo”) e alla pillola RU486. Infatti, sono sorti numerosi problemi, circa la compatibilità e la coerenza del ricorso al cosiddetto “aborto chimico” con la normativa vigente in tema di IVG, che hanno dato vita a contrapposizioni molto nette, relativamente alla possibilità di ritenere operanti, in tali casi, i principi

e i limiti sanciti dal legislatore, con la legge n. 194/ 1978, quando tali metodi non erano ancora noti o diffusi.

Come noto la Norlevo ha come principio attivo il levonorgestrel (progestinico di sintesi) e deve essere assunta non oltre 72 ore dal rapporto sessuale non protetto. Questa pillola, seguendo le indicazioni scientifiche, non interrompe la gravidanza, bensì la previene bloccando l'ovulazione o impedendo l'impianto dell'ovulo fecondato. Tale precisazione porterebbe a pensare che la Norlevo sfugga al controllo della legge n. 194/1978 poiché quest'ultima disciplina l'interruzione della gravidanza, intesa come gestazione in atto, quando cioè l'embrione si è già impiantato in utero. In teoria, solo un'arbitraria interpretazione estensiva potrebbe pretendere di applicare la disciplina della legge n. 194/1978 anche alla pratica di aborto chimico con la Norlevo.

Al riguardo deve ricordarsi la sentenza n. 8465/2001 del 12 ottobre 2001 resa dal TAR. Lazio, Sezione I bis su ricorso proposto dal Movimento per la Vita Italiano e Forum delle Associazioni Familiari che hanno impugnato il decreto del Ministero della Sanità con il quale era stata autorizzata l'immissione in commercio della pillola "NORLEVO" . Le ragioni principali addotte a sostegno del ricorso erano sostanzialmente due. In primo luogo, si lamentava l'illegittimità del provvedimento che, in violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, autorizzava un farmaco che impediva lo sviluppo del concepito, contrastando con il diritto costituzionalmente garantito all'esistenza della vita umana fin dalla fecondazione. In secondo luogo, si ravvisava la violazione delle disposizioni e delle cautele stabilite dagli artt. 4 e segg. della legge 22.5.1978, n. 194, considerando il farmaco un prodotto che, di fatto, causava l'aborto.

Secondo i ricorrenti infatti l'ovulo fecondato, ancorché non impiantato, rappresentava già un'entità nuova (definibile come pre embrione), da tutelare al pari dell'embrione e del feto.

Tale argomentazione è stata seccamente respinta dal TAR il quale non ha esitato a sottolineare che *“le norme di rango costituzionale invocate non recano una nozione certa circa il momento iniziale della vita umana e l'estensione dell'ambito di tutela nel corso del suo sviluppo.*

Lo specifico problema forma oggetto di ampio dibattito in sede scientifica, bioetica e religiosa - aspetto di cui sono ben consapevoli le parti in causa - e non ha trovato soluzione in apposita regolamentazione.

In assenza di puntuali disposizioni di diritto positivo difetta un immediato parametro di raffronto in base al quale possa dedursi avverso il decreto impugnato il vizio di violazione di legge.”

Sotto un diverso profilo, ben più incisivo e pertinente al tema di indagine, il TAR ha altresì respinto la tesi secondo la quale il Norlevo rappresentasse una pratica abortiva in contrasto con la disciplina per l'interruzione volontaria della gravidanza dettata dalla legge 22.5.1978, n. 194.

E ciò in quanto *la legge n. 194/1978, nel regolamentare i casi di interruzione volontaria della gravidanza, non enuncia una puntuale nozione clinica dell'inizio della "gravidanza", e cioè se tale momento coincida con la fecondazione dell'ovulo, ovvero con il suo annidamento nell'utero materno, evento che si verifica in un lasso temporale di circa sei giorni dalla fecondazione. L'esame sistematico della regolamentazione dettata dalla legge n. 194/1978 - che ammette l'aborto entro i primi novanta giorni di gravidanza (art. 4); prevede congrui tempi procedurali per gli accertamenti medici, estesi all'esame delle ragioni che muovono la donna a richiedere l'interruzione della gravidanza, alla ricerca di soluzioni per la rimozione delle cause che inducono alla scelta abortiva (art. 5), fino alla possibilità di assegnare alla madre un termine di sette giorni per ogni definitiva decisione (art. 5, comma quarto) - induce a ritenere che il legislatore abbia inteso quale evento interruttivo della gravidanza quello che interviene in una fase successiva all'annidamento dell'ovulo nell'utero materno. Tale conclusione è avvalorata dall'art. 8 della legge n. 194/1978 che in dettaglio prende in considerazione le modalità interruttrive della gravidanza e ne impone l'effettuazione con l'intervento di un medico specialista ed all'interno di strutture ospedaliere o case di cura autorizzate, circostanze non peculiari alle metodiche anticoncezionali i cui effetti si esplicano in una fase anteriore all'annidamento dell'ovulo.*

Il Tar è giunto così alla conclusione per cui *"Il decreto che autorizza la commercializzazione del "NORLEVO" non contrasta con la legge n. 194/1978, poiché il farmaco autorizzato agisce con effetti contraccettivi in un momento anteriore all'innesto dell'ovulo fecondato nell'utero materno. Detta evenienza resta sottratta alla regolamentazione dettata dalla legge richiamata che, come in precedenza esposto, assume a riferimento una condizione fisiologica della donna di stabile aspettativa di maternità cui soccorrono, in presenza di una volontaria e consapevole scelta interruttiva, specifici interventi di assistenza sul piano sanitario e psicologico".*

Così ragionando, però, si pone allora il problema di considerare quale comportamento dovrebbero assumere i medici di fronte alla richiesta della minorenne.

In realtà v'è ragione di ritenere che, in prima battuta, considerato il Norlevo un contraccettivo, nel caso di una minorenne sarebbe comunque necessario il consenso dei genitori o del tutore .

Qualora però costoro non dovessero prestare il proprio consenso, dovrebbe e potrebbe trovare applicazione, a rigore, solo il terzo comma del medesimo articolo, in quanto si richiede la somministrazione con urgenza.

Si consentirebbe così un intervento “soccorritore” del medico, ravvisando *il grave pericolo per la salute della* minore nelle conseguenze fisiche e psichiche di una gravidanza non voluta che, altrimenti, determinerebbe il verificarsi del più grave e traumatico intervento abortivo.

Quanto alla pillola RU486, diversamente dalla Norlevo, ha di sicuro un effetto abortivo.

Infatti, il mifepristone, dal quale è composta, è in grado di interrompere la gravidanza già iniziata, a seguito dell’attecchimento dell’ovulo fecondato. Deve essere assunto però anche un altro farmaco, una prostaglandina che provoca le contrazioni uterine e l’espulsione dei tessuti embrionali.

E’ chiaro dunque che la Ru 486, da assumere entro il 49° giorno dall’inizio della gravidanza, si presenta come un’alternativa all’aborto per aspirazione. Tale farmaco è legale in Italia dal 10 dicembre 2009 con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’autorizzazione alla sua immissione in commercio. Oggi, dunque, è possibile ricorrere all’interruzione volontaria di gravidanza ricorrendo a tale metodo farmacologico dietro richiesta della persona interessata, in regime di ricovero ordinario, nel rispetto della legge n.194 del 1978.

Non solo. Il 20 luglio 2010, la commissione del Ministero della Salute ha emanato le linee di indirizzo elaborate sul metodo farmacologico RU 486, precisando che si sconsiglia di procedere all’aborto farmacologico per le minorenni senza il consenso dei genitori, “*valutando difficile l’adesione al percorso terapeutico in tale situazione.*”. Date le motivazioni di tale “suggerimento”, viene da chiedersi come tale limite si possa conciliare con l’art. 12 della legge n. 194 del 1978. Inoltre, ci si interroga, soprattutto, su quale sia il senso di tale limite in un ordinamento che ha già disciplinato le ipotesi di conflitto tra i genitori-tutori e le minorenni che richiedono di interrompere la gravidanza. Ancor più complesso è, poi, comprendere perché non si sia considerato che *l’adesione al percorso terapeutico* sarebbe ancor più necessario in caso di aborto chirurgico, mentre questo non è stato affatto individuato dalla legge come vincolo.

Per contro v’è chi plaude alla somministrazione del farmaco alle minori poiché “La RU486 (...) ridurrebbe il trauma alle minorenni”³⁵.

³⁵ E.Pellecchia *Aborto farmacologico e disciplina dell’interruzione volontaria della gravidanza* in NGCC 2010, II, 31

*

Al di là delle differenze di opinione che si riscontrano, in materia, e delle ragioni sottese alle tesi contrapposte, riflesso di una marcata distinzione, più in generale, nei confronti dell'ammissibilità o meno di limiti alla scelta della donna di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, è indubbio che si debba dar applicazione, nella sua interezza e poliedricità, all'art. 12 della legge n. 194/1978. E' nell'alveo di tale norma che, oggi, si deve ricondurre non solo il diritto di scegliere di abortire, ma anche la decisione relativa a *come* procedere ad un pratica così dolorosa, lasciando alla minore, purché adeguatamente informata, piena autonomia, nel prendere una scelta in tal senso. Per questa ragione, le linee guida non paiono affatto modificare il modo in cui si deve dar attuazione alle previsioni in vigore, non incidendo in alcun modo sull'attuale quadro normativo.

6. Conclusioni

Nel tortuoso articolo 12, il diritto di autodeterminazione della minorenni, nella sua forma assoluta, viene consacrato solo in un senso, ossia come diritto di non abortire.

Per contro, il diritto di richiedere un trattamento sanitario, quale libero esercizio della libertà di operare una scelta autonoma sul proprio corpo, almeno nell'intenzione del legislatore, è stato in parte ridimensionato dall'operare della volontà e dei principi di chi, su di lei, esercita la responsabilità genitoriale o la tutela.

E proprio, la necessità dell'assenso o in alternativa dell'autorizzazione del Giudice Tutelare venivano considerate, in passato, come prova "dell'inesistenza di un diritto di interrompere la gravidanza (...) per la minore"³⁶.

Questa affermazione, però, non pare condivisibile.

Si rileva, infatti, come la contestuale predisposizione, interna alla legge (art.12), di meccanismi correttivi alla rigida impostazione codicistica del rapporto tra genitori (o tutore) e minorenni ha, in concreto, condotto, da un lato, alla ragionevole frantumazione del chiuso nucleo familiare e, dall'altro, all'invasione di campo dell'ambiente domestico da parte di vari soggetti, dal medico, agli assistenti sociali, al magistrato, con la conseguente dilatazione del potere decisionale della minore.

³⁶ F. Giardina, 1978,1666

Non solo. Come prevedibile, il riconoscimento della *possibilità* di abortire per la minorenne, ancorché entro limiti specifici, nel tempo, si è mosso sulla scia dell'ampliamento del corrispettivo *diritto* della maggiorenne, acquisendo nella propria disciplina l'intera evoluzione estensiva relativa all'interpretazione degli articoli 4,5,6 e 7 della legge.

La legge n. 194 del 1978, con riferimento alla minorenne, si è allora solo formalmente allineata alla regola per cui il consenso informato richiede la piena capacità d'agire, che nell'ordinamento italiano si acquisisce con la maggiore età.

Ed, anzi l'articolo 12 può, a ragione, essere definito come il precursore del principio, oggi affermato, che consente al minore di decidere o quantomeno di concorrere alla decisione finale in tutti quei casi in cui siano in gioco sue scelte personali. Il criterio discretivo è rappresentato appunto dalla sua maturità psichica, abbandonando l'astratto riferimento alla capacità d'agire.

In questo senso, proprio l'evoluzione interpretativa operata dalla Consulta dimostra la volontà di

“escludere l'esercizio dei diritti personali e che si appoggiano queo casi in no di conciorre dell'nella propria disciplina l'anno condotto alla ragionevole frandalla sua maturità psichica da ed ogni atto inerente alla protezione della persona dalla sfera dell'incapacità e della rappresentanza legale per affidarli a diversi strumenti di protezione dell'incapace regolatio da principi di verifica concreta della capacità reale del soggetto³⁷”

La valorizzazione della volontà e dell'opinione del minore è stata peraltro segnata con sempre maggior decisione da atti internazionali e da interventi normativi a livello europeo. Si ricordano in particolare la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del bambino del 1924, la Dichiarazione dei diritti dei bambini adottata dalle Nazioni Unite nel 1959, la Convenzione sui diritti del fanciullo (approvata dall'ONU il 20 novembre del 1989, ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991 n. 176) e più di recente si ricorda la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, (la legge italiana di esecuzione è la legge n. 77 del 20 marzo 2003) tutte accomunate dall'obiettivo di perseguire il "superiore interesse del minore", (art. 3, l. 27 maggio 1991 n. 176).

Proprio con la legge n. 77 del 20 marzo 2003, si sono espressamente disciplinati i *diritti procedurali di un fanciullo* (art. 3) per il concreto esercizio dei diritti che la Convenzione ONU del 1989 aveva riconosciuto formalmente ai minori allorquando aveva disposto che questi "*possono*

³⁷ F.Giardina, op. cit 1997, 46

esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e maturità".

Con specifico riferimento, poi, ai trattamenti sanitari, quale deve intendersi l'interruzione della gravidanza, la legge n. 145 del 28 marzo 2001 (Gazzetta Ufficiale 24 aprile 2001, n. 95) che ha ratificato la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, stipulata ad Oviedo il 4 aprile 1997, all'articolo 6, prevede che il consenso espresso dal legale rappresentante deve, ove è possibile, essere integrato dalla volontà del minore. Quest'ultima, se espressa, deve sempre essere tenuta in particolare considerazione in funzione della maturità del bambino: *L'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité.*

Ed in tal senso, più in generale, all'articolo 84 della II parte del Trattato che adotta la Costituzione per l'Europa, del 29 ottobre 2004 (in G.U. dell'U.E. del 16.12.2004 n.310) si statuisce: i bambini

"possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione nelle questioni che li riguardano in funzione della loro età e maturità" (art.12).

Dunque, l'intera disciplina normativa sull'interruzione volontaria della gravidanza, in una diversa prospettiva, che tenga conto di una rilettura condizionata dall'evoluzione normativa europea e internazionale, si rivela in grado di scongiurare il rischio di tradurre la maggior tutela dell'interesse della minore, concepita come soggetto debole, in una violenza sulla sua personalità e volontà, in un annullamento della sua autodeterminazione.

SENTENZE

Corte Costituzionale 18.02.1975 n. 27 in *G.I.*, 1975, I, 1, 1416; *DFP* 1975, 375

Corte Costituzionale 25.6.1981 n. 108 in *Giur. Cost.* 1981, I, 909

Corte Costituzionale 25.6.1981 n. 109 in *D.F.P.* 1981, 649

Corte Costituzionale 16.2.1982 n. 44-45, ordinanze, in *Giur. Cost.* 1982, I, 377

Corte Costituzionale, ordinanza del 15.11.1985, n. 297

Corte Costituzionale n. 196 del 25.5.1987, in *Giur. Cost.* 1987, I, 2, 1460

Corte Costituzionale n. 561 del 1987 in *Sent. Ord. Corte Cost.* 1987, vol. 79, 450

Corte Costituzionale 31.03.1988 n. 389 in *G.I.*, 1988, I, 1073

Corte Costituzionale 7.4.1988 n. 404, in *Giur. Cost.* 1988, I, 2, 1789

Corte Costituzionale 14.04.1988 n. n. 462 in *FI* 1998, I, 2110

Corte Costituzionale, ordinanza, n. 463 del 14.4.1988, in *Giur. Cost.* 1988 I, 2, 2098

Corte Costituzionale, ordinanza del 18.1.1989 n. 14, in *Giur. Cost.* 1989 I, 1, 51

Corte Costituzionale 22 ottobre 1990 n. 471 in *F.I.*, 1991, I, 14

Corte Costituzionale, ordinanza 16.3.1990 n. 133, in *Giur. Cost.* 1990 II, 749

Corte Costituzionale, ordinanza 24.6.1993 n. 293 in *Giur. Cost.* 1993 II, 2096

Corte Costituzionale, ordinanza del 15.3.1996 n. 76, in *Giust. Civ.* 1997, I, 41

Corte Costituzionale 10.02.1997 n. 35 in *G.I.* 1997, I, 1, 348; *Giur. Cost.* 1997, I, 281

Corte Costituzionale 26.01.1998-29.01.1998 n. 3 in *Giur. Cost.* 1998, I, 8

Corte Costituzionale 12.07.2000- 26.07.2000 n. 360 in *Giur. Cost.* 2000, 2596

Corte Costituzionale 12.07.2000- 26.07.2000 n. 361 in *Giur. Cost.* 2000, 2603

Corte Costituzionale 11.5.2001 n. 120 in *Giur. Cost.* 2001 II, 973

Corte Costituzionale 3.12.2001 – 14.12.2001 n. 405 in *Giur. Cost.* 2001, 3916

Corte Costituzionale 26.11.2004 n. 366 in *Giur. Cost.* 2004, IV, 3989

Corte Costituzionale, ordinanza del 12.12.2006 in *G.U.* n. 18, I serie speciale 2007

Corte Costituzionale, ordinanza del 5.12.2007 n. 416 in www.altalex.it

Corte di Cassazione Sezione 3 civile, Sentenza 24.03.1999, n. 2793 in *G.I.* 2000, 44

Corte di Cassazione sez. III. civ., 6 maggio 2004-29 luglio 2004, n. 14488 in *D e G* 2004, f.33, 12.

Corte di Cassazione sez. 1 pen. 2.12.2004 n. 46945 IN CD ROM IL SOLE 24 ORE

Corte di Cassazione, sez. 3 civ., sent 14.07.2006 n. 16123 in CD ROM IL SOLE 24 ORE

Corte di Cassazione, sez. III civile, 4 gennaio 2010 n.13 in *Juris Data*

Corte d'Appello di Firenze 05.10.1978 ord. *Branca Ricci ed altri* in *Giur. Cost.*, 1979, II, 257

Corte d'Appello Perugia, civile, 25.1.2005 n. 21 in CD ROM IL SOLE 24 ORE

T.A.R. per il Lazio sez. I *bis*, 12.10.2001, n.8465 in *G. C.* 2002, I, 2977

TAR Lombardia sez. III 4 novembre-29 dicembre 2010 n. 7735 in *Guida al Diritto, Famiglia e Minori*, 2011, f. 2, 68

Tribunale di Milano (ord.) 2.10.1972, in *Gazz. Uff.* n. 21 del 21.01.1973

Tribunale di Firenze, Ufficio Istruzione, 06.06.1978, *Branca Bicci ed altri* in in *Giur. Mer.*, II, 1981, 160

Tribunale di Salerno, Giudice Istruttore, 17.06.1978, *Giordano e altri* in *Giur. Cost.* 1979, II, 256 e in *Giust. Pen.* 1979, I, 315

Trib. Firenze, ord., 5.10.1978 in *G.U.* n. 57 del 27.2.80

Tribunale per i Minorenni dell'Emilia Romagna decreto 25 settembre 1978, in *DFP*, 1979, 123

Tribunale di Milano, 22.6.1993, *Buscaglia e altri* in *F.I.* 1994, II, 377

Tribunale di Monza 08.05.1998, *Danoodarry e figli v. Ass.ni Generali s.p.a. e Fondo di Granaria per le vittime della strada* in *D. e R.*, 1998, 927; *G.I.* 1999, I, 42

Trib. Palermo 8 gennaio 1999 in *NGCC* 1999, I, 223

Tribunale di Catania sez. Paternò, 7 novembre 2002 in *F.I.* 2003, I, 3203

Tribunale di Catania sez. I, civile, decreto 3 maggio 2004 n.40, *M.A. e altro c. G.A.* in *NGCC* 2004, I, 416 con nota Villani

Tribunale di Cagliari, ord. 29 giugno 2004, Pres. Cugusi, in *DFP*, 2005, 938

Pretura di Città di Castello 01.12.1978, *Ignoti*, in *Giur. Merito* 1980, 120

Pretura di Genova 27.06.1978, *B.L.* in *G.I.*, 1980, I, sez. II, 124

Pretura di Verona, 21.10.1978, in *D.F.P.* 1979, 541

Pretura di Ivrea, 16 novembre 1979 in *G.I.*, 1981, I, 2, 38
Pretura di Galatina ord. del 14.01.80 in *Giur. Cost.* 1981, II, 447
Pretura di Urbino, ord. 25.1.1982, in *G.U.* n. 206 del 1982
Pretura di Torino, Giud. Tutelare, ord. 12.9.1984, in *DFP* 1985, 9
Pretura di San Donà di Piave, ord. del 16.11.1984, in *G.U.* n. 101 bis del 1985
Pretura Cosenza 20.12.1994 in *Dir. Fam. Pers.* 1995, 250
Pretura di La Spezia, ord. del 25.5.1995, in *Riv. Pen.* 1995, 1425

Dott. Carlo Ciardo
Dottore di ricerca in diritto dell'Economia e del Mercato
Università del Salento

LE NORMATIVE NAZIONALI E LE SCELTE REGIONALI ALL'ORIGINE RUOLO (MANCATO) DELL'ASSISTENZA TERRITORIALE DAVANTI ALLA PANDEMIA DEL COVID-19

1. La sanità italiana alla prova del Covid-19 oltre l'assistenza ospedaliera. – 2. L'assistenza primaria in Italia con l'istituzione del SSN. – 3. La riorganizzazione dell'assistenza territoriale con le riforme degli anni '90. – 3.1. L'Assistenza territoriale nei LEA e nei Piani Sanitari Nazionali. I D.P.C.M. 29.11.2001 e 12.01.2017. – 3.2. L'assistenza territoriale nei Piani Sanitari Nazionali. – 4. Le scelte delle Regioni nell'organizzazione della sanità territoriale. Alcuni esempi. – 4.1. Emilia Romagna – 4.2. Lombardia. – 4.3. Veneto. – 4.4. Il *patchwork* delle scelte regionali. – 5. Le lacune dell'assistenza territoriale messe a nudo dal Covid-19.

1. La sanità italiana alla prova del Covid-19 oltre l'assistenza ospedaliera.

L'emergenza pandemica dettata dal Covid-19 ha messo a dura prova un Servizio Sanitario Nazionale già reduce da oltre un decennio di sottofinanziamento³⁸.

La comunicazione pubblica, specie nel periodo di maggiore picco del contagio e di acme del ricovero presso le strutture ospedaliere (specie in alcune regioni del Nord, *in primis* la Lombardia), ha focalizzato l'attenzione sulle criticità dell'assistenza ospedaliera, con riferimento alla penuria di posti letto in particolar modo nei reparti di terapia intensiva. Tale ottica visuale ha, però, trascurato l'ulteriore lato della medaglia legato all'assistenza territoriale, alle cure primarie, cioè a tutto un reticolo socio assistenziale che è stato fortemente attaccato dall'emergenza Covid-19, ma che, in larga misura, si è trovato impreparato rispetto all'impatto che il virus ha avuto sul territorio.

³⁸ Una sintesi in tal senso si evince dal Rapporto GIMBE 2019: *“Il finanziamento pubblico è stato decurtato di oltre € 37 miliardi, di cui circa 25 miliardi nel 2010-2015 per tagli conseguenti a varie manovre finanziarie ed oltre 12 miliardi nel 2015-2019, quando alla Sanità sono state destinate meno risorse di quelle programmate per esigenze di finanza pubblica. In termini assoluti il finanziamento pubblico in 10 anni è aumentato di 8,8 miliardi, crescendo in media dello 0,9% annuo, tasso inferiore a quello dell'inflazione media annua (1,07%). I dati OCSE aggiornati al luglio 2019 dimostrano che l'Italia si attesta sotto la media sia per la spesa sanitaria totale (3.428 dollari contro 3.980), sia per quella pubblica (2.545 contro 3.038), precedendo solo i Paesi dell'Europa orientale oltre a Spagna, Portogallo e Grecia. Nel periodo 2009-2018 l'incremento percentuale della spesa sanitaria pubblica si è attestato al 10%, rispetto a una media del 37%”*
https://www.gimbe.org/osservatorio/Report_Osservatorio_GIMBE_2019.07_Definanziamento_SSN.pdf

Vi è stata una larga fascia della popolazione, composta per lo più da pazienti contagiati dal coronavirus ma per i quali non è stata prescritta l'ospedalizzazione, che hanno avuto molteplici difficoltà a ricevere un'assistenza continuativa, efficiente, efficace ed adeguata. Ciò non è stato dettato solo dalla diffusione inaspettata e impattante del virus, ma è stato provocato anche da un riassetto del sistema delle cure territoriali che nel corso degli anni ha subito numerose modificazioni senza, però, colmare le carenze organizzative esistenti.

2. L'assistenza primaria in Italia con l'istituzione del SSN.

L'assistenza sanitaria territoriale ha avuto un primo riconoscimento nella L. 833/1978 che all'art. 10 ha sancito la creazione di una rete territoriale articolata in Distretti sanitari di base individuati strutture tecnico-amministrative interne dell'Unità Sanitaria Locale³⁹.

Il successivo art. 11 ha demandato alle Regioni la potestà di organizzare gli ospedali sulla base del principio di integrazione tra divisione ospedaliera e servizi territoriali⁴⁰. In particolare il legislatore ha posto in capo alle Regioni il compito di *“unificare l'organizzazione sanitaria su base territoriale e funzionale adeguando la normativa alle esigenze delle singole situazioni regionali”*.

Le disposizioni sull'assistenza territoriale contenute nella Legge 833/1978 rappresentano il primo esempio di creazione organica di una rete assistenziale capillare di prossimità e recepiscono nel

³⁹ Art. 10 *“Alla gestione unitaria della tutela della salute si provvede in modo uniforme sull'intero territorio nazionale mediante una rete completa di unità sanitarie locali. L'unità sanitaria locale è il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni, singoli o associati e delle comunità montane i quali in un ambito territoriale determinato assolvono ai compiti del servizio sanitario nazionale di cui alla presente legge. Sulla base dei criteri stabiliti con legge regionale i comuni, singoli o associati, o le comunità montane articolano le unità sanitarie locali in distretti sanitari di base, quali strutture tecnico-funzionali per l'erogazione dei servizi di primo livello e di pronto intervento”*.

⁴⁰ Art. 11 *“Le regioni esercitano le funzioni legislative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato ed esercitano le funzioni amministrative proprie o loro delegate. Le leggi regionali devono in particolare conformarsi ai seguenti principi:*

a) coordinare l'intervento sanitario con gli interventi negli altri settori economici, sociali e di organizzazione del territorio di competenza delle regioni;

b) unificare l'organizzazione sanitaria su base territoriale e funzionale adeguando la normativa alle esigenze delle singole situazioni regionali;

c) assicurare la corrispondenza tra costi dei servizi e relativi benefici. Le regioni svolgono la loro attività secondo il metodo della programmazione pluriennale e della più ampia partecipazione democratica, in armonia con le rispettive norme statutarie. A tal fine, nell'ambito dei programmi regionali di sviluppo, predispongono piani sanitari regionali, previa consultazione degli enti locali, delle università presenti nel territorio regionale, delle organizzazioni maggiormente rappresentative delle forze sociali e degli operatori della sanità, nonché degli organi della sanità militare territoriale competenti. Con questi ultimi le regioni possono concordare:

d) l'uso delle strutture ospedaliere militari in favore delle popolazioni civili nei casi di calamità, epidemie e per altri scopi che si ritengono necessari;

e) l'uso dei servizi di prevenzione delle unità sanitarie locali al fine di contribuire al miglioramento delle condizioni igienico-sanitarie dei militari. Le regioni, sentiti i comuni interessati, determinano gli ambiti territoriali delle unità sanitarie locali, che debbono coincidere con gli ambiti territoriali di gestione dei servizi sociali. All'atto della determinazione degli ambiti di cui al comma precedente, le regioni provvedono altresì ad adeguare la delimitazione dei distretti scolastici e di altre unità di servizio in modo che essi, di regola, coincidano”.

nostro ordinamento le indicazioni provenienti dalla Conferenza internazionale sull'assistenza sanitaria primaria svoltasi ad Alma Ata il 12 settembre 1978, dalla quale emerse la necessità di sollecitare la comunità internazionale e i singoli Paesi ad attivare dei modelli di sviluppo dell'assistenza primaria della salute: *“Tutti i governi dovrebbero formulare a livello nazionale politiche, strategie e piani d'azione per diffondere e sostenere l'assistenza sanitaria primaria come parte dell'intero sistema sanitario nazionale e in modo coordinato con gli altri settori.”*⁴¹. Sul punto sono di esemplare chiarezza le conclusioni del documento scaturito dalla predetta conferenza: *“La Conferenza Internazionale sull'Assistenza Sanitaria Primaria richiede un'urgente ed efficace azione nazionale e internazionale per sviluppare e implementare l'assistenza sanitaria primaria in ogni parte del mondo e in particolare nei paesi in via di sviluppo, secondo uno spirito di cooperazione tecnica e in accordo con un Nuovo Ordine Economico Internazionale. La Conferenza esorta i governi, l'OMS, l'UNICEF e le altre organizzazioni internazionali, le agenzie multilaterali o bilaterali, le organizzazioni non governative, le agenzie di finanziamento, tutti gli operatori sanitari e l'intera comunità mondiale a supportare l'impegno nazionale e internazionale a favore dell'assistenza sanitaria primaria e a dedicarle un crescente supporto tecnico e finanziario, particolarmente nei paesi in via di sviluppo. La Conferenza si appella a tutti gli organismi appena citati perché collaborino a introdurre, sviluppare e mantenere l'assistenza sanitaria primaria in maniera coerente con lo spirito e il contenuto di questa Dichiarazione”*.

L'esito della conferenza ha trovato una prima risposta nella legislazione italiana istitutiva del SSN ed è rimasta per quasi 15 anni una solida ossatura per la strutturazione dell'assistenza territoriale.

3. La riorganizzazione dell'assistenza territoriale con le riforme degli anni '90.

La sanità italiana ha subito un processo riformatore all'inizio degli anni '90 con un susseguirsi di norme che per circa un decennio hanno ridisegnato l'intero assetto coinvolgendo anche l'assistenza territoriale.

Nel 1992 con il Decreto Legislativo n. 502 (attuativo della Legge delega n. 421/1992), successivamente modificato dal Decreto Legislativo n. 517/1992⁴², è stata realizzata la c.d.

⁴¹ Cfr. punto VIII della dichiarazione della Conferenza internazionale di Alma Ata. Nel successivo punto IX si prevedeva che: *“Tutte le nazioni dovrebbero agire in uno spirito di stretta cooperazione e di servizio per garantire a ciascuno l'assistenza sanitaria primaria, dal momento che il raggiungimento della salute da parte delle persone di un qualsiasi paese interessa direttamente e rappresenta un beneficio per tutti le altre nazioni. In questo contesto il rapporto congiunto sull'assistenza sanitaria primaria curato dall'OMS e dall'UNICEF costituisce una solida base per lo sviluppo e le attività ulteriori dell'assistenza sanitaria primaria in ogni parte del mondo”*.

⁴² Gli interventi legislativi in campo sanitario posti in essere all'inizio degli anni '90 non sono stati dettati

aziendalizzazione della sanità, con la trasformazione delle USL in Aziende Sanitarie Locali, la creazione delle Aziende Ospedaliere e l'introduzione di una nuova modalità di finanziamento delle prestazioni assistenziali tramite l'introduzione dei *Diseas Related Groups*⁴³ in virtù dei quali si riconosce alla struttura che ha erogato la prestazione una quota di finanziamento rapportata a seconda del tipo di assistenza prestata⁴⁴.

L'intervento legislativo ha toccato anche l'organizzazione dell'assistenza territoriale attraverso il ripensamento del Distretto che non è stato più inteso come una struttura tecnico-funzionale per l'erogazione dei servizi di primo livello e di pronto intervento (art. 10 L. n. 833/1978), ma è divenuto un'articolazione della ASL.

Il D.Lgs. n. 502/1992 ha attribuito alla Regione la competenza circa l'organizzazione del Distretto, assegnando a questa struttura il compito di assicurare l'assistenza territoriale per una popolazione di almeno 60.000 abitanti. È stato assegnato alla struttura distrettuale il compito di assicurare *“i servizi di assistenza primaria relativi alle attività sanitarie e sociosanitarie [...] nonché il coordinamento delle proprie attività con quella dei dipartimenti e dei servizi aziendali, inclusi i presidi ospedalieri, inserendole organicamente nel Programma delle attività territoriali”*⁴⁵.

Una ulteriore conferma della centralità del Distretto nel panorama assistenziale territoriale tracciato dal legislatore del 1992 discende dalla disamina del novero delle competenze definite dall'art. 3 quater: a) assistenza specialistica ambulatoriale; b) attività o servizi per la prevenzione e la cura delle tossicodipendenze; c) attività o servizi consultoriali per la tutela della salute dell'infanzia, della donna e della famiglia; d) attività o servizi rivolti a disabili e anziani; e) attività o servizi di assistenza domiciliare integrata; f) attività o servizi per le patologie da HIV e per le patologie in fase terminale. Per di più, l'organizzazione distrettuale, demandata ad ogni Regione, avrebbe dovuto garantire l'assistenza primaria attraverso il coordinamento tra medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, servizi di guardi medica e presidi specialistici ambulatoriali. Si è,

esclusivamente da una volontà riformatrice al fine di riorganizzare l'intero SSN, ma anche (e soprattutto) dalla necessità di contenere la spesa pubblica entro i parametri europei e dalla urgenza di riduzione del debito pubblico.

⁴³ Un meccanismo di finanziamento introdotto negli Stati Uniti sin dal 1983 ed ideato nell'Università di Yale nel 1967. La Finanziaria del 1995 (Legge n. 724/1994) ha stabilito che a partire dal 01.01.1995 tutti gli ospedali pubblici, ed i privati già convenzionati con il SSN, dovessero essere finanziati per le loro attività di degenza mediante tariffe predeterminate che remuneravano il ricovero differenziandolo in relazione alla complessità.

⁴⁴ I D.G.R. sono una scala di classificazione utilizzata come riferimento ai fini della remunerazione dell'attività ospedaliera. Ad ogni prestazioni di ricovero sono, quindi, attribuite tariffe predeterminate specifiche. Ogni tariffa ha carattere di remunerazione omnicomprensiva e, ovviamente, in base alla sua quantificazione, riflette una specifica scelta di politica di programmazione sanitaria mirata ad incentivare le modalità terapeutiche e/o organizzative ritenute più efficaci ed appropriate, di converso, a disincentivare quelle ritenute inappropriate.

⁴⁵ Art. 3 quater, D.Lgs. n. 502/1992.

quindi, in presenza di un centro nevralgico nella organizzazione e gestione dell'assistenza di base. A ciò si aggiunga che un ulteriore aspetto cruciale dell'attività del Distretto è stato previsto dall'art. 8 nel quale ha trovato ingresso, per la prima volta, il concetto di continuità assistenziale, cioè l'assicurazione di una risposta assistenziale territoriale per l'intera giornata anche attraverso l'incentivazione di forme di associazionismo tra medici di medicina generale⁴⁶.

Il nuovo contesto normativo scaturito dai Decreti Legislativi nn. 502 e 517 del 1992 ha impresso una svolta dirimente per l'assistenza sanitaria territoriale attribuendo al Distretto funzioni e competenze (specie di coordinamento) fino a quel momento sconosciuti.

Una ulteriore riprova di quanto esposto la si ritrova nella configurazione della struttura stessa del Distretto che è stato dotato di autonomia tecnico-gestionale ed economico finanziaria⁴⁷, ha il compito di definire il Programma delle attività territoriali⁴⁸, è assegnatario di funzioni e risorse⁴⁹, ha come figura apicale di Diretto di Distretto⁵⁰ e deve garantire la piena integrazione socio-sanitaria⁵¹.

Nel successivo D.Lgs. 229/1999 è stato previsto che il Distretto avesse la notevole responsabilità di governare la domanda di assistenza e, nel contempo, di assicurare la gestione dei servizi sanitari territoriali. Due elementi che hanno ripercussioni fondamentali per l'intera assistenza sanitaria, siccome si riverberano sulla rete ospedaliera e sul complessivo fabbisogno economico della sanità.

Il contesto relativo all'assistenza territoriale deve essere, però, integrato dalla disamina di almeno due ulteriori tasselli, quali la definizione dei Livelli Essenziali di Assistenza e la stesura dei Piani Sanitari Nazionali il cui contenuto rappresenta uno snodo essenziale per l'organizzazione sanitaria e per l'assegnazione delle risorse economiche all'uopo previste.

3.1. L'Assistenza territoriale nei LEA. I D.P.C.M. 29.11.2001 e 12.01.2017.

L'assistenza primaria è inserita all'interno dei Livelli Essenziali di Assistenza previsti dall'art. 117, co. 2, lett. m), Cost.⁵². I LEA rappresentano l'insieme delle prestazioni ed i servizi garantiti dal

⁴⁶ Art. 8 “*Il rapporto tra il Servizio sanitario nazionale, i medici di medicina generale e i pediatri di libera scelta è disciplinato da apposite convenzioni di durata triennale[...] Detti accordi devono: [...] garantire l'attività assistenziale per l'intero arco della giornata e per tutti i giorni della settimana attraverso il coordinamento operativo e l'integrazione professionale, nel rispetto degli obblighi individuali derivanti dalle specifiche convenzioni, fra l'attività dei medici di medicina generale, dei pediatri di libera scelta, della guardia medica e della medicina dei servizi, attraverso lo sviluppo di forme di associazionismo professionale e la organizzazione distrettuale del servizio*”.

⁴⁷ Art. 3 quater, co. 2 “*con contabilità separata all'interno del bilancio dell'unità sanitaria locale*”.

⁴⁸ Art. 3 quater, co. 3.

⁴⁹ Art. 3 quinquies.

⁵⁰ Art. 3 sexies.

⁵¹ Art. 3 septies.

⁵² Per un approfondimento sui LEA cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali di assistenza delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRIN FERONI, M. c. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute*

Servizio Sanitario Nazionale a titolo gratuito o con una quota di compartecipazione alla spesa da parte dei pazienti (c.d. ticket) e vengono finanziati attraverso la fiscalità generale. Le Regioni hanno l'onere di assicurare l'effettiva erogazione delle prestazioni ricomprese nel novero dei LEA sulla base delle esigenze del territorio di riferimento, avendo cura di predisporre tutte le misure organizzative necessarie perchè l'assistenza avvenga con modalità appropriate ed efficaci.

I Livelli Essenziali di Assistenza sono stati definiti per la prima volta dal D.P.C.M. 29.11.2001 che ha inserito l'assistenza territoriale nella voce "Assistenza distrettuale", cioè all'interno di una delle tre macro aree⁵³ dell'offerta sanitaria. A sua volta tale livello assistenziale è stato articolato in molteplici sottolivelli che vanno dalle attività e i servizi sanitari e sociosanitari diffusi capillarmente sul territorio alla medicina di base ed all'assistenza farmaceutica, dalla specialistica e diagnostica ambulatoriale alla fornitura di protesi ai disabili, dai servizi domiciliari agli anziani e ai malati gravi ai servizi territoriali consultoriali (consultori familiari, SERT, servizi per la salute mentale, servizi di riabilitazione per i disabili, ecc.), sino alle strutture semiresidenziali e residenziali (residenze per gli anziani e i disabili, centri diurni, case famiglia e comunità terapeutiche).

Dalla disamina della suesposta normativa si evince, una volta di più, il compito determinante riconosciuto al Distretto nel quale si assomma il doppio ruolo, da un lato di committente, atteso che è il livello organizzativo preposto alla valutazione di quali servizi siano necessari in relazione ai bisogni espressi dalla popolazione di riferimento (un elemento cruciale anche per la pianificazione sanitaria), dall'altro lato di erogatore dell'assistenza sanitaria primaria, attraverso le strutture ed i professionisti presenti sul territorio di competenza.

Tale doppio volto individuato dal D.P.C.M. 29.11.2001 era pienamente in linea con la nuova configurazione del Distretto disegnata dal legislatore con la riforma del D.Lgs. 229/1999 con la quale è stata individuata la doppia competenza di governo della domanda (committenza) e di gestione dei servizi territoriali (produzione/erogazione).

tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 9 – 24; F. S. FLORIO, *L'evoluzione dei LEA tra i recenti interventi normativi e le prospettive di riforma*, in C. BOTTARI (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 53 – 62; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2002, pp. 345 ss.; C. L. PRINCIPATO, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, pp. 1170 ss.; M. BELLETTI, *"I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, pp. 613 ss.; E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 1183 ss.; R. BIFULCO, *"Livelli essenziali", diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 137 ss.; G.U. RESCIGNO, *I diritti civili e sociali tra legislazione esclusiva dello Stato e delle Regioni*, in S. GAMBINO (a cura di), *Il nuovo ordinamento regionale. Competenze e Diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 107 ss..

⁵³ Assistenza sanitaria collettiva, assistenza distrettuale ed assistenza ospedaliera.

Il Livelli Essenziali di Assistenza sono stati successivamente aggiornati con il D.P.C.M. 12.01.2017 in virtù del quale sono state introdotte alcune modifiche al nomenclatore della specialistica ambulatoriale, è stato innovato il nomenclatore dell'assistenza protesica, è stato rivisto l'elenco delle malattie rare e quello delle malattie croniche e sono stati introdotti nuovi vaccini per alcune patologie neonatali.

Il predetto Decreto ha previsto 4 macro livelli di assistenza: prevenzione collettiva e sanità pubblica (capitolo II), assistenza sociosanitaria (capitolo IV), assistenza ospedaliera (capitolo V), assistenza specifica a particolari categorie (capitolo VI), assistenza distrettuale (capitolo III), e proprio con riferimento a quest'ultima è stata ribadita la diversificazione nelle 9 aree in cui si articola l'assistenza territoriale.

In particolare, per quanto riguarda l'assistenza sanitaria di base, la continuità assistenziale e l'assistenza ai turisti (artt. 4 – 6) sono individuate le principali attività, le prestazioni garantite agli assistiti dai medici di medicina generale e dai pediatri convenzionati, nonché le modalità organizzative e la tempistica di erogazione dell'assistenza, riprendendo, di fatto, i contenuti del D.P.C.M. 29.11.2001 e negli Accordi Collettivi Nazionali siglati con le diverse categorie interessate. Nel medesimo Decreto è stata normata anche l'emergenza sanitaria territoriale (art. 7), nonché l'assistenza farmaceutica (artt. 8 e 9) per la quale sono state previste alcune innovazioni: l'introduzione della farmacia dei servizi, la fornitura dei generici, la distribuzione diretta dei farmaci attraverso i servizi territoriali (oltre a quelli ospedalieri).

3.2. L'assistenza territoriale nei Piani Sanitari Nazionali.

L'assistenza sanitaria territoriale è specificamente prevista all'interno dei Piani Sanitari nazionali che nel corso degli anni sono stati approvati e che rappresentano il principale strumento di programmazione sanitaria pluriennale.

Il PSN, adottato con D.P.R., viene predisposto dal Governo su proposta del Ministro della Salute, d'intesa con la Conferenza Stato – Regioni⁵⁴.

⁵⁴ Il PSN, ai sensi dell'art. 1, co. 10, del D.Lgs. n. 502/1992 ss.mm.ii., indica: “a) le aree prioritarie di intervento, anche ai fini di una progressiva riduzione delle diseguaglianze sociali e territoriali nei confronti della salute; b) i livelli essenziali di assistenza sanitaria da assicurare per il triennio di validità del Piano; c) la quota capitaria di finanziamento per ciascun anno di validità del Piano e la sua disaggregazione per livelli di assistenza; d) gli indirizzi finalizzati a orientare il Servizio sanitario nazionale verso il miglioramento continuo della qualità dell'assistenza, anche attraverso la realizzazione di progetti di interesse sovra regionale; e) i progetti-obiettivo, da realizzare anche mediante l'integrazione funzionale e operativa dei servizi sanitari e dei servizi socio-assistenziali degli enti locali; f) le finalità generali e i settori principali della ricerca biomedica e sanitaria, prevedendo altresì il relativo programma di ricerca; g) le esigenze relative alla formazione di base e gli indirizzi relativi alla formazione continua del personale, nonché al fabbisogno e alla valorizzazione delle risorse umane; h) le linee guida e i relativi percorsi diagnostico-terapeutici allo scopo di favorire, all'interno di ciascuna struttura sanitaria, lo sviluppo di modalità

Dalla disamina dei singoli strumenti di pianificazione si evince la trasformazione dell'assistenza sanitaria di base.

Il PSN 1994-1996 definisce il Distretto quale luogo dell'integrazione tra i servizi che erogano le prestazioni sanitarie di primo livello e quelli socio-assistenziali. Il Piano definisce il Distretto sanitario di base come *“indispensabile”* per la strutturazione dell'intera assistenza, siccome consente *“un elevato livello di integrazione tra i diversi servizi che erogano le prestazioni sanitarie e tra questi e i servizi socio-assistenziali, in modo da consentire una risposta coordinata e continuativa ai bisogni sanitari della popolazione”* (art. 4.A).

In quest'ottica la programmazione sanitaria del 1994 ha messo al centro la realizzazione di un *continuum* assistenziale, tanto da affermare che l'obiettivo dell'organizzazione delle cure dovesse essere il *“perseguimento di una efficace integrazione fra le attività distrettuali, l'attività del medico di famiglia, le attività poli-ambulatoriali e specialistiche, e l'attività ospedaliera”*.

In particolare, secondo il primo Piano Sanitario Nazionale il Distretto è visto come il luogo *“ideale”* per l'erogazione di molteplici servizi, quali: il supporto all'attività del medico di famiglia; l'assistenza domiciliare integrata, per l'erogazione coordinata e continuativa di prestazioni sanitarie e socio-assistenziali da parte di diverse figure professionali fra loro funzionalmente integrate; le attività di ospedalizzazione domiciliare, per consentire l'erogazione di trattamenti che richiedano la disponibilità di competenze professionali di livello ospedaliero, ma che siano tecnicamente erogabili al domicilio del paziente; la gestione coordinata degli accessi ai servizi, attraverso la disponibilità presso la sede del Distretto del Centro Unificato di Prenotazione, la possibilità per di espletare le procedure amministrative a livello decentrato da parte degli utenti, la disponibilità decentrata di punti di prelievo per indagini chimico-cliniche ed, infine, la disponibilità di sportelli informativi.

Dal PSN 1994-1996 emerge, quindi, la volontà di far assurgere il Distretto come il fulcro di tutte le attività amministrative (comprese il supporto alle prenotazioni e l'assistenza informativa), ma anche dei servizi assistenziali, come dimostra il riferimento ai medici di medicina generale, alle analisi chimico-cliniche e alle cure extraospedaliere.

La suesposta impostazione programmatica delle cure territoriali da parte del legislatore del 1994 aveva molteplici aspetti innovativi che saranno ripresi anche nei successivi PSN.

Per un verso la centralizzazione nel Distretto di servizi come il supporto al CUP e gli uffici di

sistematiche di revisione e valutazione della pratica clinica e assistenziale e di assicurare l'applicazione dei livelli essenziali di assistenza; i) i criteri e gli indicatori per la verifica dei livelli di assistenza assicurati in rapporto a quelli previsti”.

assistenza al pubblico avevano come obiettivo quello della semplificazione burocratica, dell'orientamento del cittadino e del supporto. Per altro verso, la volontà di pianificare l'assistenza e la cura per molte patologie attraverso l'intervento del medico di famiglia o per il tramite dei servizi territoriali, ha avuto come obiettivo quello di consentire al paziente di fruire di un'assistenza efficace, efficiente, appropriata e di prossimità. Parimenti, in quest'ottica, si inserisce anche la decisione di far svolgere le indagini chimico-cliniche in sede territoriale (appunto presso il Distretto), evitando un accesso ospedaliero con un vantaggio sia per l'ospedale (riducendo gli ingressi presso la struttura ospedaliera), sia per i pazienti (evitando spostamenti).

Ad ulteriore corollario del complessivo impianto programmatico vi è una riflessione concernente il chiaro obiettivo, che è evincibile dalle statuizioni contenute nel PSN 1994-1996, volto al defaticamento che può determinare l'attività posta in essere dal Distretto, siccome era chiaro al legislatore del 1994, che il corretto funzionamento dell'assistenza territoriale avrebbe alleviato la pressione nei confronti delle strutture ospedaliere che avrebbero visto diminuire l'afflusso di pazienti e avrebbero beneficiato del decongestionamento dei vari reparti ed avrebbero. Il tutto avrebbe creato anche un risparmio finanziario non secondario, visto che l'ospedalizzazione di un paziente è molto più economicamente dispendiosa e, per di più, dal lato dell'assistenza, non è sempre appropriata per alcune patologie che possono trovare una risposta assistenziale più efficace a livello territoriale.

Il successivo PSN 1998-2000 ha avuto il merito di aver meglio definito la struttura del Distretto esplicitando le funzioni a quest'ultimo attribuite. Tale specifica scelta pianificatoria è stata esplicitata già nella parte iniziale illustrativa del Piano Sanitario: *“L'esplicitazione del livello distrettuale è coerente con l'obiettivo di conferire al distretto una precisa identità all'interno dell'azienda sanitaria locale per il coordinamento e l'integrazione di tutte le attività di assistenza sanitaria di carattere extra-ospedaliero”*.

Nell'apposito capitolo dedicato alla struttura distrettuale, il PSN 1998-2000 ha ribadito la centralità del Distretto tanto da collocare al suo interno tutti i percorsi che il cittadino può intraprendere per accedere alle prestazioni di cui necessita, siano esse ambulatoriali oppure orientate verso il ricovero ospedaliero.

L'innovazione principale è, rappresentata, quindi, da un'azione di indirizzo da parte del Distretto stesso e non solo di coordinamento ed erogazione dell'assistenza di base, per lo svolgimento della quale può avvalersi dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta quali referenti diretti delle persone e delle famiglie. Il ruolo di queste figure mediche è essenziale non solo con

riferimento all'erogazione dell'assistenza territoriale, ma anche per la strutturazione della filiera assistenziale, in ragione del fatto che proprio ai medici di base e i pediatri è stato assegnato il compito di valutare i bisogni dei singoli pazienti *“al fine di orientare e regolare l'accesso al Servizio sanitario nazionale”*. E' di tutta evidenza il “filtro” di appropriatezza allocato a livello distrettuale dal PSN 1998-2000 (tramite i medici di base e i pediatri) aveva come finalità quella di effettuare uno *screening* a monte volto a eliminare esami diagnostici o servizi superflui ed, inoltre, di veicolare il paziente verso l'assistenza territoriale oppure verso l'ospedalizzazione.

Il successivo PSN 2003-2005 ha indicato tra gli obiettivi della pianificazione sanitaria la realizzazione di un'assistenza territoriale incentrata sulla medicina generale⁵⁵. Il Piano Sanitario ha previsto un progressivo spostamento a livello territoriale di risorse e servizi prima allocati a livello ospedaliero abbandonando la *“logica di sanità ospedalocentrica che oggi non è più sostenibile”*⁵⁶ e pensando all'assistenza di base non solo come centro di erogazione di servizi extraospedalieri, ma anche come il punto di incontro dei percorsi sanitari e sociali. Con parole chiare la pianificazione sanitaria del 2003-2005 ha previsto *“una nuova e razionale offerta di prestazioni sul territorio, che configuri l'intervento ospedaliero come assistenza extra territoriale sempre più riservato alle patologie acute. È una linea che inverte il tradizionale sistema di offerta sanitaria fondata prioritariamente sull'ospedale che attende i cittadini ai servizi, a favore di una linea che identifica il territorio quale soggetto attivo che intercetta il bisogno sanitario e si fa carico in modo unitario delle necessità sanitarie e socio-assistenziali dei cittadini”*⁵⁷.

Il successivo PSN 2006-2008 ha sancito la riorganizzazione delle cure primarie con un maggiore coinvolgimento dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta, attraverso l'incentivazione di forme di associazionismo e di aggregazione tra medici per consentire una copertura assistenziale continuativa⁵⁸. Tale disegno programmatico ha trovato un ulteriore

⁵⁵ Il PSN all'art. 2.7. prevede che *“l'attenzione si sposta sui MMG e pediatri di libera scelta, ai quali si deve però chiedere di giocare un ruolo maggiore che in passato”*.

⁵⁶ Art. 2.7. del PSN 2003-2005.

⁵⁷ La programmazione del PSN 2003-2005 deve essere letta anche alla luce del contenuto delle intese Stato-Regioni del 29.07.2004 e del 09.02.2006 che hanno previsto la creazione delle Unità di Assistenza Primaria, forme di medicina associativa tra medici di medicina generale attraverso le quali dare continuità assistenziale sul territorio.

⁵⁸ Art. 3.5. *“occorre determinare le condizioni per completare il percorso che conduca al graduale superamento dell'assistenza primaria basata sullo studio individuale del medico, in favore di forme sempre più aggregate ed integrate di organizzazione, rivolte anche ai medici di continuità assistenziale ed agli specialisti ambulatoriali, che consentano, in sedi uniche, la risposta ai bisogni di salute dei cittadini per 24 ore, 7 giorni la settimana. Questa articolazione delle cure primarie consentirà una più appropriata erogazione dei servizi, l'efficace continuità assistenziale e la presa in carico dei pazienti, una più incisiva attività di promozione e di educazione alla salute per i cittadini, la fornitura di attività specialistiche, la riduzione delle liste d'attesa, l'attivazione dei percorsi assistenziali e una più efficace integrazione socio sanitaria. Questo modello organizzativo avrà inoltre importanti ricadute sull'accesso improprio al P.S. grazie anche alla valorizzazione di tutte le componenti sanitarie del sistema territoriale”*.

importante corollario nell'approvazione della L. n. 296/2006 (Legge Finanziaria 2007) nella quale è stata prevista la creazione di un fondo per il *“cofinanziamento dei progetti attuativi del PSN tra i quali anche la sperimentazione del modello assistenziale – Case della salute”*.

L'assistenza primaria è stata posta al centro anche della pianificazione del PSN 2011-2013⁵⁹ nel quale sono state riprese le conclusioni della già citata Conferenza internazionale di Alma Ata del 1978, tanto da prevedere che le cure primarie *“costituiscono un hub attraverso il quale gli individui vengono guidati nell’intero servizio sanitario e garantiscono la continuità longitudinale delle cure”*⁶⁰.

Il PSN 2011-2013 ha, quindi, sancito che la continuità assistenziale a livello territoriale fosse garantita attraverso molteplici strumenti: l’attivazione di posti letto territoriali gestiti dai medici di medicina generale e dal personale infermieristico; la possibilità di gestione della fase acuta a domicilio mediante un'assistenza domiciliare integrata garantita da gruppi multidisciplinari; disponibilità di posti letto in strutture intermedie intraospedaliere; predisposizione di programmi di dimissione assistita dall'ospedale; la creazione di un albergo sanitario gestito completamente da infermieri all'interno di apposite unità di tipo ambulatoriale; la strutturazione di programmi di ospedalizzazione domiciliare; la realizzazione di strutture intermedie di riabilitazione post acuzie; la creazione di centri di comunità/poliambulatori specialistici in cui sono presenti medici specialisti, MMG ed infermieri; la formazione di team infermieristici di comunità che si recano al domicilio dei pazienti⁶¹.

Il PSN 2014-2016 ha imposto un’accelerazione della costituzione delle Aggregazioni Funzionali Territoriali e dalle Unità Complesse di Cure Primarie, ritenute come necessarie forme di aggregazione dei medici di medicina generale e pediatri di libera scelta utili alla continuità assistenziale.

Nel contempo il Piano Sanitario ha ridefinito gli standard organizzativi del Distretto per *“orientare il suo ruolo strategico nella costituzione di reti assistenziali a baricentro territoriale e di facilitatore dei processi di integrazione e di tutela della salute dei cittadini”*, anche al fine di contenere i ricoveri inappropriati.

Da ultimo è necessario evidenziare che a dicembre 2019 è stato sottoscritto il Patto per la Salute 2019-2021 nel quale, oltre all'accordo tra lo Stato e le Regioni per la ripartizione del Fondo Sanitario Nazionale, è stata indicata la necessità di una riorganizzazione dell'assistenza territoriale

⁵⁹ L'art. 2.7. del PSN 2011-2013 è, infatti, intitolato *“Centralità delle cure primarie e delle strutture territoriali”*.

⁶⁰ Art. 2.7.1.

⁶¹ Art. 2.7.3.

in ragione delle modificazioni demografiche ed epidemiologiche della popolazione, con la previsione di un riassetto che preveda “*un forte impulso e un investimento prioritario sull'assistenza socio-sanitaria e sanitaria domiciliare, lo sviluppo e l'innovazione dell'assistenza semiresidenziale e residenziale in particolare per i soggetti non autosufficienti*”⁶².

La susseguente successione degli atti programmatici in campo sanitario evidenzia una crescente attenzione per la strutturazione ed il potenziamento dell'assistenza territoriale che abbia al centro i medici di medicina generale e che consenta - come già si è avuto modo di argomentare - un effetto benefico sia dal lato dell'appropriatezza delle cure (con la riduzione dell'ospedalizzazione), sia dal versante del contenimento della spesa inefficiente.

4. La riorganizzazione dell'assistenza territoriale da parte del Decreto Balduzzi.

Un significativo cambio dell'organizzazione assistenziale, anche con riferimento all'assistenza territoriale, è intervenuto con l'approvazione del Decreto Legge n. 158/2012 (c.d. Decreto Balduzzi), convertito nella Legge n. 189/2012, che ha modificato il D.Lgs. 502/1992.

Già con l'art. 15, co. 13, lettera c) del Decreto Legge n. 95/2012, convertito nella Legge n. 135/2012 (c.d. Decreto sulla *spending review*) era stata fissata in 3,7 posti letto per 1000 abitanti la soglia che ogni ospedale avrebbe dovuto rispettare. Tale limite ha avuto una ripercussione sull'intero Servizio Sanitario Nazionale, siccome, al fine di dare attuazione al predetto limite organizzativo è stato emanato il D.L. n. 158/2012 che ha ridisegnato - con un evidente effetto *dòmino* - non solo la rete ospedaliera (lasciando alle Regioni la fase attuativa), ma anche, l'assistenza territoriale. Per di più ciò è avvenuto anche in attuazione dell'ulteriore principio, sempre contenuto nel D.L. 95/2012, secondo il quale si sarebbe dovuti passare, in molti casi, dal ricovero ospedaliero ordinario diurno a quello in regime ambulatoriale, con una netta preferenza per l'assistenza residenziale e domiciliare in luogo di quella ospedaliera considerata più dispendiosa ed inappropriata, specie per le malattie croniche⁶³.

In merito all'assistenza territoriale il D.L. n. 158/2012 ha dato mandato alle Regioni perchè provvedessero ad una complessiva riorganizzazione promuovendo l'integrazione delle cure primarie con il sociale ed implementando la presa in carico del paziente nel percorso tra servizi ospedalieri

⁶² Scheda 3 del Patto per la Salute.

⁶³ La conferma dell'abbandono della concezione nosocomio-centrica senza però recidere il rapporto fiduciario medico-paziente, ma al contrario, cercando di rinsaldarlo attraverso una nuova centralità della medicina di base. Sul punto cfr. G. FARES, *Le novità del D.M. Salute 18 novembre 2012*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2014*, Treccani, Roma, 2015, p. 284; E. JORIO, *L'assistenza primaria, relazione al Convegno “A 40 anni dalla legge 833 del 1978. Le sfide per la sanità e la salute”*, Roma, 9.11.2018, p. 4 della relazione.

ed assistenza domiciliare.

Il legislatore ha avuto ben chiaro che una riduzione della disponibilità di posti letto ospedalieri dovesse essere compensata da un riassetto dell'assistenza territoriale anche attraverso forme aggregative tra medici che permettesse di assicurare la, più volte ripetuta, continuità assistenziale. Sul punto, infatti, l'art. 1, co. 1, del Decreto Balduzzi ha posto in capo alle Regioni il compito di creare *“forme organizzative monoprofessionali, denominate aggregazioni funzionali territoriali, che condividono, in forma strutturata, obiettivi e percorsi assistenziali, strumenti di valutazione della qualità assistenziale, linee guida, audit e strumenti analoghi, nonché forme organizzative multiprofessionali, denominate unità complesse di cure primarie, che erogano, in coerenza con la programmazione regionale, prestazioni assistenziali tramite il coordinamento e l'integrazione dei medici, delle altre professionalità convenzionate con il Servizio sanitario nazionale, degli infermieri, delle professionalità ostetrica, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione e del sociale a rilevanza sanitaria. In particolare, le regioni disciplinano le unità complesse di cure primarie privilegiando la costituzione di reti di poliambulatori territoriali dotati di strumentazione di base, aperti al pubblico per tutto l'arco della giornata, nonché nei giorni prefestivi e festivi con idonea turnazione, che operano in coordinamento e in collegamento telematico con le strutture ospedaliere”*.

In particolare, in uno sforzo di incentivazione delle forme aggregative, il D.L. n. 158/2012 ha previsto due principali modalità associative a disposizione delle Regioni, entrambe aventi come comune denominatore la medicina generale: a) le Aggregazioni Funzionali Territoriali (AFT), consistenti in reti mono-professionali di medici di medicina generale che condividono, in forma strutturata, obiettivi e percorsi assistenziali, strumenti di valutazione della qualità assistenziale, linee guida, audit e strumenti analoghi; b) le Unità Complesse di Cure Primarie (UCCP), rappresentate da reti di poliambulatori territoriali dotati di strumentazione di base, che operano in coordinamento e in collegamento telematico con le strutture ospedaliere e che erogano prestazioni assistenziali tramite *“il coordinamento e l'integrazione dei professionisti delle cure primarie e del sociale a rilevanza sanitaria [...] tenuto conto della peculiarità delle aree territoriali quali aree metropolitane, aree a popolazione sparsa e isole minori”*⁶⁴.

L'approccio metodologico è stato, quindi, quello di operare un *“sollecito riassetto dei fondamentali elementi organizzativi del SSN che tenga conto sia dei tagli già imposti, soprattutto all'offerta ospedaliera, sia della necessità di una adeguata riqualificazione della rete di assistenza sanitaria e*

⁶⁴ Art. 1, co. 4, lett. b).

farmaceutica”⁶⁵.

Dalla complessiva evoluzione normativa si possono evincere tre differenti tipi di aggregazione: a) forme associative; a) forme aggregative funzionali (AFT); 3) forme aggregative strutturali (UCCP). Le “forme associative” tra medici di medicina generale⁶⁶ sono volontarie e sono state promosse per facilitare il rapporto tra il cittadino e il medico, snellendo le procedure di accesso ai servizi, nonché allo scopo di aumentare la qualità e l’appropriatezza delle prestazioni, tramite il coordinamento funzionale dell’attività dei MMG con i servizi e con le attività del distretto⁶⁷. Le “Aggregazioni Funzionali Territoriali” sono modalità organizzative monoprofessionali⁶⁸ che condividono obiettivi e percorsi assistenziali, strumenti di valutazione della qualità assistenziale, linee guida, audit e strumenti analoghi⁶⁹. Le “forme aggregative strutturali” rappresentate dalle UCCP (originariamente UTAP)⁷⁰ operano nell’ambito dell’organizzazione distrettuale, sono costituite da medici convenzionati, oltre a potersi avvalere di altri operatori amministrativi, sanitari e sociali, e rappresentano la forma organizzativa ideale per assicurare l’erogazione dei LEA, erogare servizi sanitari di base e diagnostica di primo livello, sviluppare la medicina di iniziativa e realizzare l’integrazione tra assistenza sociale e sanitaria in raccordo con i distretti. Le UCCP appaiono quindi come uno strumento di concentrazione fisica di servizi e di professionisti di diversa natura.

⁶⁵ G. FARES, *Le novità del D.M. Salute 18 novembre 2012*, in Il libro dell’anno del diritto Treccani 2014, Treccani, Roma, 2015, p. 284.

⁶⁶ Di cui vi è originaria traccia nell’Accordo Collettivo Nazionale del 2000 che all’art. 40 ha sancito la nascita delle “*Forme associative dell’assistenza primaria*”.

⁶⁷ All’interno della prima fattispecie generale delle forme associative si può individuare una tripartizione: 1) la medicina in associazione semplice, composta da 3 a 10 MMG che condividono e implementano linee guida diagnostico terapeutiche ma i cui studi non sono vincolati ad una sede unica e sono distribuiti su tutto il territorio del distretto. 2) La medicina in rete, composta da 3 a 10 MMG, è un’evoluzione della medicina in associazione semplice. In aggiunta alle caratteristiche dell’associazione semplice, i medici in rete possono individuare degli studi dove svolgere a rotazione attività concordate e gestire la scheda sanitaria individuale su supporto informatico mediante software tra loro compatibili. Inoltre, i medici di medicina generale in rete possono collegare i propri studi medici tra di loro con sistemi informatici al fine di consentire l’accesso alle informazioni relative agli assistiti dei componenti dell’associazione. 3) La medicina di gruppo, composta da minimo 3 e massimo 8 medici, si differenzia siccome è prevista l’identificazione di una sede unica del gruppo con un numero di studi pari ad almeno la metà dei medici componenti del gruppo. E’ previsto, altresì, l’utilizzo di supporti tecnologici comuni per l’attività assistenziale, come per la medicina in rete, e l’utilizzo di personale di segreteria o infermieristico comune, secondo accordo interno.

⁶⁸ Le aggregazioni funzionali sono individuate nell’Accordo Collettivo Nazionale del 2000 che nell’Art. 15 prevede le “*Equipages territoriali*”, poi riprese dall’art. 25 dell’ACN 2005 intitolato “*Equipages territoriali e UTAP*” e sono formate da figure professionali deputate a garantire assistenza primaria, continuità assistenziale, PLS, assistenza specialistica ambulatoriale, medicina dei servizi e prestazioni sociali a rilevanza sanitaria. In verità si inizia a parlare per la prima volta, in maniera espressa, di AFT nell’ACN del 2009 che all’art. 12 prevede la creazione di una “*Aggregazione funzionale territoriale della medicina generale*”.

⁶⁹ Invero il Patto per la Salute 2014-2016 da un lato prevede l’interazione tra le AFT e le Unità Complesse di Cure Primarie (UCCP), all’altro lato, sancisce che le AFT diventino le “*uniche forme di aggregazione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta, sostituendo le diverse tipologie di forme associative della medicina generale e le altre tipologie di aggregazioni funzionali e/o strutturali realizzate nelle varie regioni*”.

⁷⁰ Le Unità di Assistenza Primaria previste anche nell’art. 26 dell’Accordo Collettivo Nazionale del 2005 evolvono in UCCP anche in ragione della previsione contenuta nell’art. 13 dell’ACN del 2009 “*Requisiti e funzioni minime dell’UCCP*”.

Il disegno complessivo ha avuto come obiettivo intellegibile la creazione di un Servizio Sanitario integrato nel quale al decremento dell'ospedalizzazione deve corrispondere un miglioramento significativo della rete territoriale di assistenza. Dal dettato legislativo si evince che tale finalità, però, non dovesse essere raggiunta solo attraverso il semplice coordinamento di modalità assistenziali differenti, ma anche attraverso un collegamento funzionale volto alla presa in carico del paziente. In tal modo la “continuità assistenziale” è stata slegata da una semplice logica di carattere temporale, intesa come una disponibilità di assistenza del paziente nell'arco dell'intera giornata, ma si è spostata anche sul versante dei servizi socio-assistenziali offerti sul territorio (sia di tipo diagnostico che curativo) senza la necessità di accesso ad una struttura ospedaliera, che è lasciata come una *extrema ratio*⁷¹.

Il fine del legislatore era quello creare una fattiva integrazione tra servizi. Nel contempo la struttura creata dal legislatore sembra, però, basarsi su una doppia debolezza del sistema: dal lato ospedaliero tale debolezza era rappresentata dalla drastica riduzione delle possibilità di ricovero, in ragione della diminuzione dei posti letto disponibili; mentre sul versante territoriale tale deficit era dettato dall'assenza reale delle aggregazioni tra medici, dall'utilizzo di locali, di apparecchiature e di data base condivisi. Tali fragilità hanno creato più di qualche perplessità circa l'efficacia del disegno riformatore che aveva in radice la volontà di compensare la repentina riduzione dei posti letto ospedalieri con un sistema territoriale ancora non riorganizzato ed il cui riassetto avrebbe richiesto tempi ben più lunghi.

4. Le scelte delle Regioni nell'organizzazione della sanità territoriale. Alcuni esempi.

La suesposta normativa statale ha demandato alle singole Regioni il compito di riorganizzare l'assistenza territoriale attraverso la previsione di forme associative tra medici di medicina generale di modalità di integrazione socio-assistenziali.

Ebbene il panorama regionale che ne è seguito è molto frastagliato, come si può evincere analizzando alcuni degli esempi maggiormente significativi alla luce dei quali le scelte regionali sono state o tardive ovvero tra loro ben distanti (se non opposte).

Una riprova dei ritardi attuativi la si ha in Basilicata, visto che la Lucania non ha attuato né le AFT né le UCCP, mentre sono presenti sul territorio regionale le UTAP quale forma organizzativa strutturale. Un caso differente è quello dell'Abruzzo che vede l'attivazione di 24 AFT su un totale di 75 e 6 UCCP su 25, ma in tal caso il ritardo è dipeso dal lungo commissariamento della sanità

⁷¹A. FILIPPI, E. IOVERNO, P. RONCHINI, *La riforma delle cure primarie*, in Quaderni di Farmacoeconomia, 2014, 23, pp. 40 – 47.

abruzzese.

Con riferimento, invece, a scelte organizzative diverse ed emblematiche si possono annoverare i casi dell'Emilia Romagna, della Lombardia e del Veneto.

4.1. Emilia Romagna.

L'Emilia Romagna, dopo il Decreto Balduzzi ed il successivo Patto per la Salute 2014-2016, ha previsto la costituzione dei Nuclei di Cure Primarie (NCP)⁷², cioè unità che, anche per la presenza di multidisciplinarietà, hanno molti punti di contatto con le AFT. La Regione ha inoltre previsto la creazione delle UCCP attraverso l'“Atto di Programmazione per le nuove forme organizzative” nel quale tali unità sono state identificate con le, già operanti, Case della Salute⁷³, veri fulcri dell'assistenza territoriale emiliano romagnola⁷⁴.

A conferma di ciò si evidenzia che l'istituzione delle Case della Salute era già stata prevista nel Piano Sociale e Sanitario Regionale 2008 – 2010⁷⁵ al fine di realizzare “*un modello di assistenza territoriale in grado di garantire risposte integrate ai problemi di salute delle persone e di coinvolgere le comunità nell'individuazione dei bisogni e delle priorità*”⁷⁶.

A ciò si aggiunga che nel predetto Piano Sociale e Sanitario Regionale l'Emilia Romagna ha statuito che il Dipartimento di Cure Primarie (DCP) fosse il punto di riferimento dell'assistenza del paziente⁷⁷ in senso totalizzate, cioè a dire non solo con riferimento alla cura, ma anche agli aspetti della prevenzione e della riabilitazione. Tali elementi hanno proprio nella Casa della Salute il luogo ideale per la loro concretizzazione.

Dall'intero panorama regionale si evince che l'Emilia Romagna ha inteso creare un modello

⁷² I NCP erano già stati inseriti nell'Accordo Integrato Regionale del 2006.

⁷³ “*In Regione Emilia-Romagna le UCCP, ferme restando le caratteristiche individuate dalla normativa nazionale e dall'ACN, possono avere come riferimento: una Casa della Salute, più Case della Salute, la sede di uno o più NCP*”, Atto di Programmazione per le nuove forme organizzative, Regione Emilia Romagna, 28.04.2017, p. 6.

⁷⁴ Per un approfondimento sulle Case della Salute in Emilia Romagna cfr. A. BRAMBILLA, *La programmazione delle “Case della Salute” nella Regione Emilia Romagna*, Regione Emilia Romagna, Report 2011. A. BRAMBILLA, G. MACIOCCO, *Le Case della salute*, in *Recenti Progressi della Medicina*, 105, 2014, http://www.recentiprogressi.it/articoli.php?archivio=yes&vol_id=1459&id=16123.

⁷⁵ Sono state formalmente istituite con la Deliberazione di Giunta Regionale n. 291/2010.

⁷⁶ A conferma di quanto esposto si evidenzia che il 05.12.2016 la Regione Emilia Romagna ha approvato il documento “*Case della Salute: indicazioni regionali per il coordinamento e lo sviluppo delle comunità di professionisti e della medicina d'iniziativa*” nel quale viene statuito che: “*con le Case della Salute la Regione intende realizzare, in modo omogeneo su tutto il territorio regionale, strutture che possano essere un punto di riferimento certo per i cittadini, dove trovare risposta alla maggior parte dei bisogni, attraverso la garanzia dell'accesso e della presa in carico, in integrazione con i professionisti del sociale. In particolare, le Case della Salute intendono qualificarsi come strutture facilmente riconoscibili e raggiungibili dalla popolazione di riferimento, per l'accesso, l'accoglienza e l'orientamento del cittadino. In esse operano comunità di professionisti (équipe multiprofessionali e interdisciplinari), secondo uno stile di lavoro orientato a programmi e percorsi integrati, tra servizi sanitari (territorio-ospedale), e tra servizi sanitari e sociali*”.

⁷⁷ Come si evince dalle Deliberazioni di Giunta Regionale n. 86/2006 e n. 2011/2007.

integrato nel quale resta centrale il ruolo delle ASL, vere titolari tanto della gestione delle cure primarie quanto dell'assistenza ospedaliera. Si è, quindi, all'interno di un'organizzazione che prevede (e necessita) della cooperazione tra le diverse realtà assistenziali e che ha nelle Case della Salute e nei Nuclei di Cure Primarie i presidi territoriali atti alla presa in carico della domanda di salute⁷⁸.

4.2. Lombardia.

Le scelte organizzative della Regione Lombardia possono essere lette soltanto partendo avendo piena cognizione delle peculiarità del Servizio Sanitario Regionale lombardo. Il modello meneghino dell'assistenza sanitaria ha incentivato la parificazione tra strutture pubbliche e private nella loro veste di soggetti erogatori di prestazioni, ponendo al centro il principio di libertà di scelta del cittadino ed avvicinandosi al sistema del c.d. quasi mercato⁷⁹.

Quanto esposto trova un puntuale riscontro nell'art. 10 delle *“Linee guida per la organizzazione delle Aziende Sanitarie Locali e delle Aziende Ospedaliere”* approvate dalla Lombardia nel 1998⁸⁰, con il quale si prevedeva l'introduzione del *“principio della contrattazione paritetica tra soggetti erogatori accreditati di diritto pubblico e diritto privato allo scopo di garantire le prestazioni ospedaliere, riabilitative, specialistiche ambulatoriali e socio-assistenziali”*⁸¹.

I provvedimenti regionali susseguiti nel tempo⁸² hanno di fatto creato un sistema duale nel quale l'assistenza ospedaliera (fortemente centralizzata e con elevate specializzazioni tecniche) era nettamente separata dalla dimensione territoriale che, in verità, ha avuto un carattere quasi residuale rispetto alla visione fortemente ospedalocentrica (a differenza di quanto previsto dalla pianificazione nazionale).

⁷⁸ AA.VV., *Cure primarie: esperienze regionali a confronto*, AGENAS Monitor 33, 2013, p. 11.

⁷⁹ Il “quasi mercato” prevede che il sistema pubblico finanzia ma non eroga direttamente i servizi sanitari, sicché il ruolo del potere pubblico (in questo caso della Regione) è di regolatore. Con riferimento al “quasi mercato” cfr. E. BRENNI, *Quasi-market and cost-containment in Beveridge system: The Lombardy model of Italy*, Health policy, 2011, pp. 209 – 218.

⁸⁰ Delibera di Giunta Regionale n. VI/34276 del 20.02.1998.

⁸¹ Sul punto si evidenzia quanto emerso in dottrina: *“l'impianto generale del Servizio Sanitario Regionale lombardo, da una parte, richiama l'applicazione estesa dello schema del quasi mercato, che assegna una notevole discrezionalità alle aziende sull'allocazione delle risorse in base alle indicazioni regionali, e dall'altra introduce degli strumenti propri di una Programmazione & Controllo centralizzata a livello regionale”* M. CAVAZZA, F. FERRE', A. RICCI, *Strumenti pubblici per regolare il ruolo degli attori privati accreditati: il caso della Regione Lombardia*, in AA.VV., *La sanità privata accreditata in Lombardia. Politiche regionali ed esperienze aziendali*, CERGAS – Bocconi, Egea, Milano, 2014, p. 41.

⁸² Tra questi di particolare importanza sono le *“Linee guida regionali per l'adozione del piano di organizzazione e funzionamento aziendale delle aziende sanitarie della Regione Lombardia”* approvate con Deliberazione di Giunta Regionale n. VII/14049 del 2003, e le *“Linee guida per l'attivazione di collaborazioni tra Aziende sanitarie pubbliche e soggetti privati”* adottate con Deliberazione di Giunta Regionale n. VII/18575 del 2004.

Tale organizzazione, però, ha fatto emergere in pochi anni le sue discrasie, tanto che nel PSSR 2002 – 2004 è stata prevista la creazione di Gruppi di Cure Primarie e, per la prima volta, le ASL sono state chiamate a coordinare l'assistenza territoriale ed a fungere da garanti della presa in carico del paziente⁸³. Solo attraverso questa modificazione organizzativa si è avuto un potenziamento dei Distretti sanitari e una traslazione dalla centralità del nosocomio (invero sempre vigente) ad una maggiore presenza dell'assistenza territoriale.

Una ulteriore evoluzione è individuabile nella creazione, in via sperimentale del *Chronic Related Group* a partire dal 2010. Il CREG è dedicato alla presa in carico dei pazienti cronici al fine di dar corso ad un'assistenza extraospedaliera più efficace e meno dispendiosa economicamente⁸⁴.

La cura delle cronicità è stata ulteriormente implementata a livello territoriale attraverso la sottoscrizione dell'Accordo Integrato Regionale del 2014 con il quale sono stati identificati i criteri per l'individuazione delle Aggregazioni Funzionali Territoriali⁸⁵, sino a giungere ad una complessiva ridefinizione del Servizio Sanitario Regionale.

In particolare, con l'approvazione della Legge Regionale n. 23/2015 si è inteso riorganizzare l'assistenza territoriale con il superamento delle ASL ed una maggiore integrazione tra assistenza territoriale ed assistenza ospedaliera, nonché tra sanità e sociale⁸⁶. Con la nuova legislazione di settore la Regione Lombardia ha ridisegnato l'organizzazione territoriale con l'istituzione di 8 Agenzia di Tutela della Salute (ATS)⁸⁷, in sostituzione delle ASL, a loro volta articolare in Dipartimenti⁸⁸ con funzioni di *“negoiazione/acquisto delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie delle strutture accreditate, governo dell'assistenza primaria e del convenzionamento delle cure primarie, nonché il governo del percorso di presa in carico della persona in tutta la rete dei*

⁸³ Tale forma associativa è stata adottata con la Deliberazione di Giunta Regionale n. VII/462 del 2002. Sulla evoluzione dell'assistenza territoriale in Lombardia cfr. S. DEL MISSIER, P. TEDESCHI, *Lo sviluppo organizzativo dell'assistenza territoriale: evoluzioni in corso e spunti dell'esperienza lombarda dei Gruppi di cure primarie*, in Mecosan, LXI, 2007, p. 84.

⁸⁴ Il CREG è stato avviato con la Deliberazione di Giunta Regionale n. IX/937 del 2010 e con la successiva Deliberazione n. IX/1479 del 2011, ed ha visto il coinvolgimento di 63.475 pazienti e di 448 medici di medicina generale.

⁸⁵ La cui mappatura è stata inserita nella Legge Regionale n. 23/2015. Tale decisione è scaturita dal contenuto del “Libro bianco sullo sviluppo del sistema socio-sanitario in Lombardia. Un impegno comune per la salute”, frutto della Commissione sviluppo sanità costituita con Decreto del Direttore Generale della Salute n. 6381/2013 ed è stato presentato il 01.07.2014.

⁸⁶ L'art. 1 della L.R. n. 23/2005 esordisce infatti con la seguente previsione: *“Il sistema sanitario, socio-sanitario e sociale integrato lombardo, di seguito denominato sistema socio-sanitario lombardo, promuove e tutela la salute ed è costituito dall'insieme di funzioni, risorse, servizi, attività, professionisti e prestazioni che garantiscono l'offerta sanitaria e socio-sanitaria della Regione e la sua integrazione con quella sociale di competenza delle autonomie locali”*.

⁸⁷ Art. 6, co. 1, della L.R. n. 23/2015.

⁸⁸ Art. 6, co. 6, della L.R. n. 23/2015.

*servizi*⁸⁹.

Per di più, all'interno di ogni ATS è stata prevista la creazione delle Aziende Socio-Sanitarie Territoriali (ASST)⁹⁰ quale riferimento dei pazienti a livello territoriale al fine di agevolare l'accesso alle prestazioni socio-assistenziali.

Tale strutturazione, però, pur se formalmente ha inteso creare una maggiore integrazione socio-sanitaria ed una rottura del binomio comunicabile ospedale/territorio, per altro verso ha creato un'organizzazione con un forte impulso verticistico, lasciando intatte le criticità riguardanti l'eccessiva rigidità della programmazione regionale e facendo sorgere alcune perplessità rispetto alla coerenza di tale struttura organizzativa con la legislazione nazionale, atteso che la creazione delle ASST a queste ultime sono state conferite funzioni e competenze che, invece, l'art. 3 quinquies del D.Lgs. 502/1992 ss.mm.ii. aveva assegnato ai Distretti. Di fatto da tale quadro è emerso l'isolamento della struttura distrettuale e lo svuotamento delle competenze a quest'ultima assegnata dalla legislazione nazionale.

Una riprova di quanto esposto si ha nelle numerose osservazioni formulate dal Ministero della Salute rispetto al modello previsto dalla L.R. n. 23/2015 che è apparso, sin da subito, quasi in concorrenza (se non in contrapposizione) con il SSN, tanto da indurre il Consiglio Regionale della Lombardia ad approvare la L.R. 41/2015 che, recependo parzialmente le indicazioni ministeriali, ha modificato la L.R. n. 23/2015 ed ha statuito che *“le parole << sistema sanitario, socio-sanitario e sociale integrato lombardo, di seguito denominato sistema socio-sanitario lombardo >> sono sostituite dalle seguenti: << servizio sanitario, socio sanitario e sociale regionale integrato lombardo >>”*⁹¹, oltre a prevedere che il modello previsto dal legislatore lombardo avesse carattere *“sperimentale”*⁹².

Da ultimo v'è da aggiungere che il recente Accordo Integrato Regionale del 2019 ha dato mandato alle ATS di sviluppare un modello organizzativo condiviso, anche in vista della futura individuazione delle UCCP.

4.3. Veneto.

Il sistema socio-sanitario veneto, sin dalla Legge Regionale n. 56/1994, ha aderito alla concezione

⁸⁹ Art. 6, co. 3, lettere a), b) e c) della L.R. n. 23/2015.

⁹⁰ Art. 7, co. 1, della L.R. n. 23/2015.

⁹¹ Art. 1, co. b), della L.R. n. 41/2015.

⁹² Art. 1bis della L.R. n. 41/2015.

c.d. biopsicosociale⁹³, tanto da modificare anche il nome delle ASL in Aziende Unità Locali Socio-Sanitarie e prevedendo all'interno di ogni AULSS la presenza di un direttore dei servizi sociali in aggiunta ai direttori generale, sanitario e amministrativo.

Dal 2001 al 2004 vi è stato uno sviluppo spontaneo di forme associative tra medici di base, mentre nel quadriennio 2005-2008 sono state attivate forme associative sperimentali come le UTAP nelle quali oltre ai medici è stato coinvolto anche il personale infermieristico e gli specialisti ambulatoriali.

Dal 2009 al 2012 il Veneto ha predisposto i Piani Aziendali volti al potenziamento dell'assistenza primaria ed a forme multiprofessionali composte da medici, infermieri, assistenti sociali e personale amministrativo.

Il vero punto di svolta, però, è stato rappresentato dal Piano Socio-Sanitario Regionale 2012-2016, approvato con Legge Regionale n. 23/2012, con il quale è stato introdotto il concetto di “filiera dell'assistenza”, all'interno della quale sono inserite tutte le strutture volte a collaborare per garantire la cura del paziente e necessarie a sovrintendere ad ogni fase dell'assistenza necessaria al malato⁹⁴. In attuazione di questi obiettivi il Veneto ha creato Le Medicine di Gruppo Integrate (MGI)⁹⁵, cioè forme associative maggiormente avanzate rispetto a quelle sperimentate nella precedente programmazione sanitaria regionale e pienamente in linea con il contenuto del Decreto Balduzzi.

Le MGI consistono in team multiprofessionali (con medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, specialisti, medici della continuità assistenziale, infermieri ed assistenti sociali) e sono impegnate a fornire un'assistenza complessiva, che va dalla prevenzione sino alle cure palliative⁹⁶. Le Medicine di Gruppo Integrate così strutturate rappresentano, quindi, un tassello essenziale del Distretto socio-sanitario, divenendo il perno della filiera assistenziale.

Dal complessivo quadro organizzativo si evince che la Regione Veneto ha creato un modello fortemente integrato, che ha più punti di contatto con quello dell'Emilia Romagna, mentre appare assai distante da quello lombardo⁹⁷.

⁹³ Modello teorizzato da George Libman Engel che in un articolo pubblicato su Science 1977 ha affermato che “*La crisi della medicina deriva dall'inferenza logica che porta a definire la “malattia” solo in termini somatici, cosicchè i medici non sono tenuti ad occuparsi delle istanze psicosociali in quanto queste ricadrebbero al di fuori della loro responsabilità e dell'autorità della medicina*”.

⁹⁴ M. C. GHIOTTO, *Cure primarie H24: il quadro nel Veneto*, Il Sole 24 ore sanità, febbraio 2014, p. 14.

⁹⁵ DGR n. 751/2015.

⁹⁶ I suesposti elementi caratterizzanti le MGI le rendono assimilabili alle logiche alla base delle UCCP.

⁹⁷ V'è da citare il nuovo PSSR 2019/2023 nel quale sono state previste tre possibili modalità di collaborazione tra azienda e professionisti convenzionati dell'assistenza primaria per la gestione della cronicità semplice: 1) le tradizionali forme di aggregazione; 2) team di assistenza primaria che coinvolgono medici dipendenti del SSN; 3) team di assistenza primaria la cui gestione è affidata a soggetti privati accreditati. Per quanto riguarda, invece, la presa in carico della

4.4. Il *patchwork* delle scelte regionali.

Il compito delle Regioni di riorganizzare l'assistenza territoriale alla luce delle disposizioni contenute dalla legge sulla *spending review*, dal Decreto Balduzzi e dal Decreto del Ministero della Salute n. 75/2015, è stato assolto in maniera diversa, diversificata e, per certi aspetti, contrastante da parte dei singoli Enti regionali. La disamina di alcuni casi emblematici consegna, infatti, un quadro quantomai frastagliato nel quale il modello integrato di Emilia Romagna e Veneto è abissalmente distante da quello lombardo che ha alla sua base una differente concezione tanto della programmazione regionale in campo sanitario, quanto del ruolo stesso del potere pubblico nella gestione dell'assistenza.

Invero, in alcuni casi sembra che il legislatore regionale non abbia occupato lo spazio di discrezionalità lasciategli dalla normativa nazionale, ma sia andato ben oltre.

Si è dinanzi ad una sorta di *patchwork* normativo regionale che si riverbera inevitabilmente sulla risposta socio-assistenziale territoriale. Non si è certi di essere dinanzi a sfumature diverse all'interno di un unico SSN, ma a scelte slegate tra loro, poco assonanti e che toccano l'uguaglianza e l'unità dell'assistenza sanitaria.

Tantomeno legislazione nazionale non è esente da vizi con riferimento alla fase attuativa, siccome mentre il contenuto del Decreto Balduzzi sulle AFT non poneva particolari problemi di applicazione, le maggiori criticità si sono verificate con riferimento alle UCCP per le quali il legislatore nazionale ha fatto una scelta che ha imposto alle Regioni di ridisegnare dalle fondamenta le diverse assistenze territoriali. Il legislatore statale ha demandato alle Regioni sia l'individuazione dei principi relativi agli standard per l'erogazione delle prestazioni, sia la programmazione e la creazione delle UCCP (oltre ai criteri attraverso i quali le ASL dovranno concordare le attività ed il finanziamento)⁹⁸, così lasciando dei margini decisionali tanto ampi da lasciare spazio a notevoli differenziazioni regionali che, in alcuni casi, hanno snaturato le stesse forme di aggregazione multidisciplinari finendo anche per incidere sulle modalità di erogazione dell'assistenza territoriale e sulla qualità.

cronicità complessa si fa ricorso a team multiprofessionali specificamente dedicati. Tale orientamento ha trovato riscontro in un atto regionale endoprocedimentale del luglio 2019 nel quale è stata prevista una possibile riorganizzazione delle MGI e la nascita dei Team di Assistenza Primaria, composti da almeno 4 medici e con un bacino di circa 8.000 assistiti, con la possibilità quindi di incrementare il massimale fino a duemila assistiti in carico.

⁹⁸ B. AGNETTI, *I punti deboli della Legge Balduzzi e del Patto della salute*, Quotidiano Sanità, www.quotidianosanita.it 12.08.2015.

5. Le lacune dell'assistenza territoriale messe a nudo dal Covid-19.

Il contesto dell'organizzazione dell'assistenza territoriale che rinviene dall'analisi dell'evoluzione legislativa che si è avuto modo di descrivere unitamente ai differenti approcci organizzativi su base regionale, fa emergere le pecche di un sistema che è ben lungi dall'assicurare quella “continuità assistenziale” più volte enunciata. Se la riduzione dei posti letto ospedalieri fissata dal legislatore nazionale nel 2012 era una cartina di tornasole della volontà di prevedere l'ospedalizzazione come l'*extrema ratio* a fronte della maggiore appropriatezza ed economicità della presa in cura del paziente a livello territoriale, nella realtà ha realizzato un processo riformatore a doppia velocità siccome a fronte di una riduzione repentina dei posti letto nelle strutture ospedaliere delle diverse regioni non si è avuto (e non si poteva avere) una parallela e contestuale riorganizzazione dell'assistenza territoriale.

Se tutto ciò poteva rappresentare un campanello d'allarme nella gestione ordinaria della sanità, è divenuto un grave *vulnus* all'indomani del diffondersi della pandemia del Covid-19. Il rapido contagio del virus e i suoi effetti sulla salute dei cittadini hanno avuto un impatto deflagrante sulla rete ospedaliera delle Regioni maggiormente colpite (Lombardia in primo luogo), senza che i nosocomi potessero essere alleviati o adeguatamente supportati dall'assistenza territoriale.

L'assistenza territoriale avrebbe dovuto fungere da filtro, per verificare lo stato del contagio e lo stato di salute dei cittadini, e avrebbe dovuto svolgere un'essenziale attività di cura e assistenza per tutti quei malati che non necessitavano delle cure ospedaliere, ma che, per affrontare l'evoluzione della propria patologia abbisognavano di cure da parte della sanità di base.

Il deficit e le difficoltà dell'assistenza territoriale hanno avuto come risvolto negativo, per un verso, l'impossibilità di rispondere alla domanda di cura proveniente dai cittadini malati presso i loro domicili, e, per altro verso, il sovraffollamento ospedaliero da parte di coloro i quali, non trovando riscontro nell'assistenza di base, non potevano far altro che rivolgersi alla rete ospedaliera, già fortemente provata dai numeri esorbitanti dettati dalla pandemia.

Il territorio ha rappresentato il *punctum dolens* della Lombardia e di altre Regioni, tanto da indurre alcuni analisti ad invocare la necessità di un ripensamento dell’*“integrazione tra ospedali, medicina generale e assistenza extra-ospedaliera”*⁹⁹.

La pandemia ha inciso, quindi, su un'organizzazione socio-assistenziale già deficitaria, dando concretezza alle perplessità emerse dopo le decisioni organizzative regionali ed in seguito ai

⁹⁹ S. HARARI, “Pure per la sanità una fase 2 che riparta dal territorio e coinvolga di più i medici”, Il Corriere della Sera, 01.05.2020.

provvedimenti nazionali di *spending review* succedutisi nel tempo¹⁰⁰.

E' necessario, infatti, evidenziare che la centralità delle cure primarie si è ulteriormente accentuata con l'adozione del Decreto del Ministero della Salute n. 70/2015¹⁰¹, attuativo della Legge n. 95/2012 di contenimento della spesa pubblica. Il decreto ministeriale ha previsto una riduzione della dotazione dei posti letto ospedalieri sino a giungere alla soglia, già richiamata, di 3,7 per ogni mille abitanti fissata dal D.L. n. 95/2012, ed ha, altresì, definito in maniera puntuale la limitazione dei posti letto per ogni singola specialità. Tale rimodulazione ha caricato di ancor più pregnanza la riorganizzazione dell'assistenza territoriale, perché ha di fatto spostato su quest'ultimo livello una molteplicità di domande di salute che in precedenza venivano accolte (in maniera spesso inappropriata) dai nosocomi.

A conferma di quanto argomentato si richiama il contenuto dell'art. 10 del Decreto ministeriale n. 70/2015 che ha esplicitato la necessità del potenziamento dell'organizzazione sanitaria a livello territoriale: *“La riorganizzazione della rete ospedaliera cui è finalizzato il presente provvedimento sarà insufficiente rispetto all'esigenza di garantire una copertura piena dei bisogni assistenziali che richiedono un trattamento ospedaliero, se, in una logica di continuità assistenziale, non viene affrontato il tema del potenziamento delle strutture territoriali, la cui carenza, o la mancata organizzazione in rete, ha forti ripercussioni sull'utilizzo appropriato dell'ospedale. L'integrazione/interazione funzionale tra le strutture territoriali e le strutture ospedaliere, riveste infatti un ruolo centrale nel regolamentare i flussi sia in entrata che in uscita dall'ospedale”*. Tale previsione rende evidente che l'omessa implementazione delle strutture territoriali verificatasi nella fase attuativa della normativa statale ha di fatto minato l'architettura del SSN.

Gli interventi di riorganizzazione dell'assistenza territoriale hanno portato ad una ridefinizione del rapporto con i professionisti convenzionati (in via principale con i medici di medicina generale), che sono stati chiamati, sempre più, a svolgere una funzione di *governance* sia della domanda che degli interventi erogati (spesso in modo frammentato) da soggetti diversi. Nel tempo, però, le sfide con cui le cure primarie sono state chiamate a confrontarsi sono cresciute¹⁰², nonostante a ciò non

¹⁰⁰ Sul punto sono emblematiche le affermazioni dell'On. Giacinto Urso, già Presidente della Commissione Sanità della Camera dei Deputati all'epoca dell'approvazione della L. 833/1978: *“Uno dei punti nodali [del varo legislativo del Servizio Sanitario nazionale] fu l'articolazione della essenziale assistenza sanitaria territoriale di prossimità attraverso i medici di base. Purtroppo, questa, da anni, presenta l'obbligo di profonde revisioni, anche giuridiche. I recenti eventi hanno accresciuto le disfunzioni”*, Nuovo Quotidiano di Puglia, 03.05.2020.

¹⁰¹ *“Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera”*.

¹⁰² Si pensi che dal 1997 al 2002 il numero di contatti annuali per un medico di medicina generale con 1.000 assistiti è passato da 4,737 a 7,454 con un incremento percentuale del 57%, cf.r. F. SAMANI, G. CANCIANI, *Il carico di lavoro in medicina generale*, Rivista SIMG, 2, 2003, pp.10-12.

sia sempre corrisposto pari aumento delle risorse a disposizione¹⁰³.

A ciò si deve aggiungere anche la composizione demografica dei medici di medicina generale ed il rischio di carenza assistenziale in ragione del progressivo pensionamento degli stessi senza la previsione di un pari ricambio. Dal 2007 al 2017 vi è stato un significativo decremento della presenza di medici di medicina generale, passati da 46.964 unità a 43.731, facendo registrare una contrazione pari al 6,9%¹⁰⁴. Anche la composizione demografica dei medici di base fa molto riflettere, siccome la percentuale di medici di medicina generale con oltre 27 anni di anzianità di laurea è passata dal 32,2% al 73,5%¹⁰⁵. Per di più un'analisi in base alla situazione in ogni singola Regione fa emergere rilevanti difformità, tanto è vero che in alcune Regioni del Nord il rapporto tra il numero di abitanti e la presenza di un medico di base ha superato la quota di 1.300, determinando già una crisi demografica a livello professionale e medici di medicina generale attivi e risultano quindi già in piena crisi demografica a livello professionale¹⁰⁶. Né questo trend non è stato compensato da un sufficiente numero di borse di studio per il corso di medicina generale messe a bando¹⁰⁷.

Tale contesto, già fragile, è stato ulteriormente provato dalla rimodulazione dell'assistenza territoriale imposta dal Decreto Balduzzi e dalle successive decisioni regionali. Al riguardo si evidenzia che sin dal 2016 gli esiti non sono stati incoraggianti evidenziando una debolezza strutturale (oggi acuitasi con l'arrivo del Covid-19). Il punto di caduta è stato individuato nella

¹⁰³B. BAIRD, A. CHARLES, M. HANOYMAN, D. MAGUIRE, P. DAS (2016), *Understanding pressures in general practice*, King's Fund, 2015, https://www.kingsfund.org.uk/sites/default/files/field/field_publication_file/Un-derstanding-GP-p pressures-Kings-Fund-May-2016.pdf.

¹⁰⁴ Annuario Statistico del SSN.

¹⁰⁵ Dai dati FIMMG 2019 si evince che nei prossimi 5 anni ci sarà l'uscita dal SSN per pensionamento di circa 45.000 medici di medicina generale che per larga parte non verranno sostituiti da nuove assunzioni. Se si estende l'analisi ad un arco temporale di 10 anni e si ricomprendono anche i medici ospedalieri la stima si attesta sul pensionamento di 33.392 medici di base e di 47.284 medici ospedalieri, con un riverbero facilmente intuibile tanto sull'assistenza territoriale, quanto su quella ospedaliera.

¹⁰⁶ Cfr. C. CAPPELLI, *Analisi di scenario nazionale e regionale sulle carenze in medicina generale e strategie per il superamento della gobba pensionistica attraverso la revisione del rapporto ottimale di assistenza*, 2018, <http://drclaudiocappelli.it/wp-content/uploads/2018/12/Tesi-Master-Claudio-Cappelli-Carenze-MMG.pdf>. Il trend italiano è, purtroppo, in linea con quanto emerso anche in altri contesti internazionali, come nel contesto americano, cfr. T. BODENHEIMER, H. H. PHAM, *Primary care: current problems and pro-posed solutions*, Health Aff, Millwood, 2010, 29, pp. 799-805; e come avviene anche nel National Health Service inglese cfr. B. HAYHOE, A. MAJEED, M. HAMLIN, M. SHYNA, *Primary care workfor-ce crisis: how many more GPs do we need?*, in RCGP annual conference, Harrogate, 2016, <http://www.rcgpac.org.uk/service-delivery-posters-3007-3013/>;

¹⁰⁷ Tale situazione è ulteriormente aggravata dal fatto che la medicina generale registra i più alti tassi di abbandono nel corso del processo di specializzazione. Con la Delibera n. 77/2018 il CIPE aveva previsto l'accantonamento di 40 milioni di euro addizionali per il finanziamento nel triennio 2018-2021 di ulteriori 860 borse di studio annue per i medici di medicina generale. Questo provvedimento, però, non è stato risolutivo, atteso che la situazione nel 2019 ha fatto registrare una sorta di paralisi siccome ottobre 2019 non era stato ancora pubblicato il bando di concorso per l'accesso al corso di formazione specifica in medicina generale 2019-2022.

difficoltà di far convivere il modello stabilito dal D.L. 158/2012 con le differenze (a volte a limite del consentito) dettate dalle singole Regioni: *“al di là della variegata e talora fuorviante nomenclatura utilizzata di Regione in Regione, i modelli organizzativi sinora ipotizzati in Italia (se e quando effettivamente attivati) presenteranno così tante variabili regionali e così tanti innesti con i preesistenti modelli locali di cure primarie da perdere, talvolta, essi stessi un’immediata riconoscibilità ‘esterna’ come dirette attuazioni del decreto Balduzzi e, cosa ancor più importante, da far perdere di vista l’‘uniformità assistenziale’, interregionale e intraregionale, pure raccomandata dal Patto per la salute per gli anni 2014-2016”*¹⁰⁸.

In tal senso si richiama anche una presa di posizione espressa durante il convegno *“A 40 anni dalla legge 833 del 1978. Le sfide per la sanità e la salute”* tenutosi il 9.11.2018, dal quale è emerso *“che l’attuazione delle AFT e UCCP è ferma ai blocchi di partenza, fatta eccezione per alcune fattispecie promosse da alcune regioni, peraltro sotto diverse denominazioni e di differente consistenza organizzativa, che hanno fatto sì che si venisse a formare ad oggi una mappa realizzativa così variopinta da richiedere un pronto rimedio finalizzato a coordinare ed efficientare quanto realizzato con quanto efficacemente realizzabile”*¹⁰⁹. Una riflessione (amara) che, peraltro, ha trovato anche l’ammissione dello stesso ex Ministro Balduzzi¹¹⁰.

Da quanto esposto si evince che si è in presenza di un assetto dell’organizzazione territoriale dell’assistenza che accusa scarsità di risorse, carenza di personale e disomogeneità tra Regioni a tal punto evidenti da porre in serio dubbio la tenuta complessiva del Servizio Sanitario Nazionale.

Il Covid-19 ha fatto prendere coscienza, in maniera drammatica, del fatto che una assistenza territoriale inadeguata o non opportunamente integrata e coordinata con la rete ospedaliera, rappresenta un peso per ogni Servizio Sanitario Regionale, e, dall’altro lato, ha fatto emergere i risvolti negativi dei ritardi, delle inadempienze e degli errori organizzativi statali e regionali che, oggi, impongono un momento di riflessione a livello legislativo e costituzionale.

¹⁰⁸ D. ARGENIO HUPPERTZ, *L’applicazione regionale della riforma Balduzzi in materia di cure primarie*, in C. BOTTARI - P.DE ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 217.

¹⁰⁹ E. JORIO, *L’assistenza primaria, relazione al Convegno “A 40 anni dalla legge 833 del 1978. Le sfide per la sanità e la salute”*, Roma, 9.11.2018, p. 12 della relazione.

¹¹⁰ *“La mia riforma era corretta, non è stata fatta la rivoluzione della medicina territoriale”*, Renato Balduzzi, La Stampa 17.04.2020.

La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione alla luce delle 10 sentenze “San Martino” in materia di responsabilità sanitaria

Nel novembre 2019 la Corte di Cassazione si è espressa con 10 sentenze in ambito di responsabilità sanitaria, riuscendo così ad inquadrare l'argomento, analizzandolo cioè dal punto di vista strutturale nelle sue componenti fondamentali quali onere probatorio, liquidazione del danno, responsabilità della struttura sanitaria e lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Tali 10 sentenze sono state tutte pubblicate l'11 novembre 2019. Proprio tale data è ciò che fa conoscere meglio tali pronunce con il nome di “Sentenze di San Martino”; la medesima data di pubblicazione, ovvero l'11 novembre corrisponde alla stessa in cui nel 2008 vennero pubblicate altrettante sentenze (nn. 26972-26975) da parte della Suprema Corte in ambito di responsabilità medica e che ancora oggi costituiscono un baluardo per tale argomento.

L'11 novembre è difatti la data in cui viene celebrato S.Martino.

Sostanzialmente la Corte ha espresso chiaramente la necessità di inquadrare il tema della responsabilità sanitaria in modo unitario, cercando per lo più di dettare delle regole di carattere generale o comunque di delineare un quadro di riferimento più preciso e chiaro.

I vari interessi in gioco, la delicatezza ed importanza dell'argomento oggetto delle sentenze, creano infatti un'inevitabile bisogno di unitarietà.

Dare risposte frammentate e disomogenee significherebbe limitare gli interessi ed i diritti ad esso associati.

In relazione alla materia in esame, la Corte di Cassazione ha infatti esplicitato nel senso più completo del termine la sua funzione nomofilattica, garantendo così l'osservanza della legge e la sua uniforme interpretazione.

La Suprema Corte offre infatti un ottimo terreno su cui gli operatori del diritto potranno porre in essere il loro lavoro, riflettendo sul quadro normativo di riferimento alla responsabilità medico sanitaria e al consequenziale risarcimento del danno.¹¹¹

Punto di partenza risulta essere la prima delle Sentenze emesse dalla Cassazione, ovvero la n. 28985 dell'11/11/2019, in ambito di presupposti di risarcibilità del danno da violazione del consenso informato.

¹¹¹ F.Martini e M.Hazan, 15.11.2019, Il nuovo decalogo di San Martino 2019, la Suprema Corte detta le regole della responsabilità civile sanitaria in www.ridare.it.

Fattualmente, il caso trae origine dal momento in cui viene richiesto il risarcimento del danno da parte di un paziente che ritiene di essere stato lesa a causa di eccessive radiazioni ad esso sottoposte da parte di operatori sanitari.

Un' istituto oncologico viene così condannato in secondo grado.

Adita la Suprema Corte, questa rigetta il ricorso presentato e condanna quindi al risarcimento del danno i medici.

Tale sentenza risulta di notevole importanza, in quanto la Cassazione ha sfruttato il caso per poter esprimersi in merito alla necessità del consenso informato ed alla sua importanza.

La violazione del dovere informativo può causare un danno alla salute, poiché il paziente se correttamente informato in merito alle cure ad esso applicabili, avrebbe potuto rifiutare l'intervento. Ledere il diritto al consenso informato, genera quindi una lesione al diritto all'autodeterminazione, purché tale sia di rilevante gravità.

Stabilisce la Corte che l'onere di provare che, se regolarmente informato, il paziente avrebbe rifiutato l'intervento, risulta essere proprio dello stesso e quest'ultimo potrà porlo in essere con qualunque mezzo a sua disposizione.¹¹²

La seconda sentenza, la n. 28986\2019, risulta essere quella relativa ai criteri per la determinazione del danno differenziale da lesioni concorrenti.

In tal caso, il risarcimento del danno era riferito ad un incidente stradale ove il danneggiato chiedeva un risarcimento danni per aggravamento della sua preesistente invalidità. La Corte di Appello di Milano aveva confermato la sentenza di condanna di primo grado con conseguenziale liquidazione del danno da parte della compagnia assicuratrice nei confronti del paziente.

L'assicurazione aveva però proposto ricorso per Cassazione, il quale viene rigettato.

Argomenta infatti la Suprema Corte, che deve essere fatta una differenziazione fra *causalità materiale*, quale relazione fra condotta ed evento lesivo funzionale all'imputazione della responsabilità e *causalità giuridica* dove la relazione fra l'evento lesivo e le conseguenze pregiudizievoli sono funzionali alla determinazione della misura del risarcimento del danno.

Continua poi la Cassazione argomentando la distinzione fra lesioni policrone coesistenti, che quindi erano già presenti prima dell'evento ma che non hanno collegamento con i postumi dovuti ad esso; e lesioni policrone concorrenti le quali invece risultano essere sia preesistenti sia collegate ed interferenti con i postumi dell'incidente.

¹¹² Cassazione civile –sez. III n. 28985 dell'11 novembre 2019.

In tale sentenza viene quindi sottolineato che colui che risulta essere già invalido prima dell'incidente o dell'evento dannoso che ha provocato il danno, dovrà essere risarcito per quella percentuale data dalla differenza di quanto di invalidità era presente prima dell'evento e quanto invece sarà presente a seguito dello stesso.¹¹³

La terza sentenza emessa da Suprema Corte è la n. 28987\2019 in ambito di ripartizione dell'onere risarcitorio fra struttura ospedaliera e medico.

Nello specifico, una signora dopo essersi sottoposta ad una mastectomia, non contenta dell'esito della stessa, aveva citato il medico e la struttura ospedaliera in cui aveva subito l'intervento.

In secondo grado gli operatori sanitari e l'ospedale venivano condannati in via solidale al risarcimento dei danni nei confronti della paziente. La clinica propone poi ricorso per cassazione che però viene respinto.

Argomenta la Corte che non è possibile effettuare una graduazione della colpa ma che la stessa debba avvenire per quota così come disciplinato ex art. 1298 e 2055 cc. Tali principi, così come delineati nella sopra citata sentenza, risultano applicabili sia prima che dopo l'entrata in vigore della legge Gelli.¹¹⁴

Con la quarta sentenza, la n. 28988\2019, viene trattata quella che può definirsi "la personalizzazione" del risarcimento dei danni. La vicenda trae origine dal fatto che una struttura ospedaliera e due medici erano stati condannati al risarcimento dei danni nei confronti di due pazienti e contestualmente la compagnia assicurativa veniva condannata al pagamento di tale risarcimento. Quest'ultima presenta però ricorso per Cassazione avverso la sentenza di condanna che la Suprema Corte accoglie. Argomenta la Corte che un risarcimento personalizzato ed aumentato è possibile solo in caso di danni eccezionali e straordinari sofferti dalla vittima.

In caso contrario il *quantum* risarcibile deve essere deciso esclusivamente sulla base di quanto stabilito nelle tabelle.

Tali sono le cd. tabelle di Milano che, insieme alla tabella unica nazionale sul danno biologico di lieve entità, costituiscono il principale strumento utilizzato dalle Corti Italiane per determinare il *quantum* del danno non patrimoniale.¹¹⁵

Nel testo della sentenza è inoltre possibile leggere la diversificazione fra i vari scenari realizzabili nel caso in cui un soggetto subisca una perdita della capacità lavorativa.

¹¹³ Cassazione civile –sez. III n. 28986 dell'11 novembre 2019.

¹¹⁴ Cassazione civile –sez. III n. 28987 dell'11 novembre 2019.

¹¹⁵ Danno biologico: le tabelle del tribunale di Milano 2018 del 20.03.2018 in www.altalex.it.

Se il danneggiato, dopo l'evento, riesce comunque a lavorare anche se con una lieve perdita di capacità lavorativa, siamo in presenza di un danno non patrimoniale liquidabile aumentando in modo personalizzato il quantum stabilito nelle tabelle.

Se al contrario il danneggiato ha perso appieno il proprio reddito e totalmente la propria capacità lavorativa siamo in presenza di un danno da lucro cessante da liquidarsi in base al valore di tale danno.

Infine, scrive la Corte, che se il danneggiato non aveva lavoro ed a seguito del danno non potrà più lavorare allora, oltre ad essere in presenza di un danno da lucro cessante, sarà necessario in ambito di risarcimento stabilire anche una possibile pensione o assegno per lo stesso.¹¹⁶

Nel quinto caso (Cassazione n. 28990/2019) la cassazione tratta della vicenda relativa alla morte di un paziente per infezione contratta in ospedale. L'azienda ospedaliera viene in secondo grado condannata al pagamento del danno nei confronti del coniuge e dei figli del defunto. Proposto ricorso per Cassazione, questo viene respinto.

I motivi posti a fondamento di tale respingimento, fanno riferimento solo all'*an* della responsabilità mentre vengono accolti i motivi relativi al *quantum* risarcitorio.

Per quanto riguarda il contagio dell'infezione a causa di un comportamento da parte dei medici, in tal caso si parla di "prova diabolica" ovvero è necessario che gli operatori sanitari dimostrino che l'inadempimento da cui è scaturita la malattia sia dovuto ad un comportamento inevitabile utilizzando la normale diligenza.

Continua la Corte scrivendo che, nei confronti dei parenti del deceduto, se viene liquidato un danno da perdita parentale, non sarà ad esso sommabile un danno morale poiché ci troveremo di fronte ad una duplicazione risarcitoria.

Nei confronti dei parenti più vicini, la Corte parla di prova presuntiva per dimostrare il rapporto di parentela teso a giustificare un risarcimento, fino a prova contraria.

Il *quantum* da risarcire nei confronti dei parenti deve inoltre essere deciso sulla base di quanto stabilito all'interno delle tabelle.

Con tale sentenza, conclude la Corte, viene analizzato il caso in cui fra la lesione e la morte incorra un lasso di tempo estremamente breve, tale da poter giustificare il riconoscimento del "danno terminale", inteso nell'accezione sia di danno biologico temporaneo sia di danno morale da lucida agonia.¹¹⁷

¹¹⁶ Cassazione civile –sez. III n. 28988 dell'11 novembre 2019.

¹¹⁷ Cassazione civile –sez. III n.28989 dell'11 novembre 2019.

Per quanto riguarda la sesta sentenza emessa dalla Corte di Cassazione, (Cassazione n.28990\2019), con la stessa è stata trattata l'applicazione immediata delle tabelle previste dal codice delle assicurazioni private.

La Suprema Corte ha ritenuto inammissibile per difetto di specificità, il motivo inserito nel ricorso presentato da due genitori per un'errata diagnosi nei confronti di una bambina.

Lamenta la Corte che in ricorso non sia stato sufficientemente spiegato il "danno differenziale", non sono infatti stati sufficientemente spiegati da parte ricorrente i motivi per i quali si rivendicasse la sussistenza di lesioni policrone concorrenti e non coesistenti.

Inoltre tale sentenza è rilevante in relazione all'applicazione dell'art.3 comma 3 del decreto Balduzzi confermato poi anche nell'art.7 comma 4 della legge Gelli. Quest'ultimo ha imposto di utilizzare, per liquidare il danno per *medical malpractice*, delle tabelle in materia di sinistri stradali di cui al CAP. Tali tabelle sono alquanto riduttive rispetto a quelle di Milano così come sopra meglio rammentate.¹¹⁸

Nella sentenza numero sette, la n. 28991\219, invece i giudici della Suprema Corte trattano dell'onere della prova del nesso causale nella responsabilità medica. Nella sentenza n. 28991, i giudici hanno ritenuto che in materia di responsabilità medica, l'onere della prova del nesso causale grava sul danneggiato. Nel testo di tale sentenza viene ribadita la distinzione fra obbligazione di mezzo ed obbligazione di risultato. L'attività del medico non ha in sé l'attitudine a produrre l'evento dannoso poiché l'aggravamento del paziente potrebbero sempre dipendere da altra causa non direttamente collegabile all'operato del medico.

In caso di presunta responsabilità medica, rimane ferma la necessità di provare il nesso causale fra operato del medico e evento lesivo che ha procurato danno al paziente. Tale onere incombe sul danneggiato ovvero il paziente. Il medico dovrà poi provare l'esatta esecuzione della sua prestazione. Siamo così di fronte ad un duplice ciclo causale dove medico e paziente hanno due ruoli diversi in relazione all'onere della prova.¹¹⁹

Nella sentenza numero otto, la n. 28992\2019, viene nuovamente trattato l'argomento dell'onere della prova facendo riferimento a quanto scritto nella precedente sentenza n. 28991\2019.¹²⁰

Nella penultima sentenza (Cassazione n. 28993\2019) viene nuovamente trattato l'argomento della perdita di chances terapeutiche. In tal caso il punto che viene analizzato è relativo ai vari tipi di eventi che possono causare il danno. Possiamo avere la morte del paziente ed in tal caso va risarcito

¹¹⁸ Cassazione civile –sez. III n. 28990 dell'11 novembre 2019.

¹¹⁹ Cassazione civile –sez. III n.28991 dell'11 novembre 2019.

¹²⁰ Cassazione civile –sez. III n. 28992 dell'11 novembre 2019.

anche il danno patito dai parenti del defunto ed è rilevante quanto l'operato del medico abbia inciso sull'evento morte.

Scrivono la Corte che è possibile anche una perdita significativa dell'aspettativa di vita. In tal caso va risarcita questa perdita intesa come perdita di chances, purchè però tale sia in misura apprezzabile.

¹²¹

Nell'ultima sentenza, la n. 28994\2019, viene trattata l'irretroattività della legge Gelli.¹²²

Viene affermato che le norme sostanziali contenute sia nel decreto Balduzzi sia nella legge Gelli, non hanno portata retroattiva e non possono applicarsi a fatti che sono avvenuti in epoca precedente alla loro entrata in vigore.¹²³

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, risulta evidente quale sia la funzione esplicata dalla Suprema Corte in relazione all'argomento della responsabilità medica e posta in essere con le meglio sopra descritte sentenze dell'11 novembre 2019.

Data la delicatezza ed importanza dell'oggetto delle 10 sentenze di San Martino, queste sono da considerarsi linee guida per chiunque si trovi di fronte a casi di responsabilità medica.

Sul punto la Cassazione svolge infatti, nel modo più esaustivo possibile, quella che è la sua **funzione nomofilattica**. Il termine deriva dal greco *nòmos* che significa "norma" il quale, unito al termine *fulàsso* il cui significato è "proteggere con lo sguardo", sta ad indicare la funzione svolta dalla Cassazione nel garantire l'esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge.¹²⁴

In tutto questo contesto, la legge Gelli-Bianco n.24\2017 ha inciso profondamente sulla responsabilità medica, cercando di superare le incongruenze e le varie sfaccettature presenti in tale ambito e date soprattutto dal preesistente Decreto Balduzzi.

Il legislatore è quindi andato ad incrementare la normativa di riferimento a quanto in oggetto ma, ha creato inevitabilmente un necessario riordinamento del tutto. Pertanto, in tale frammentazione e molteplicità di fonti, la nomofilachia, quale principale compito della Corte di Cassazione, è ciò che risulta più idoneo per cercare di dare un'unità al tutto.¹²⁵

In tale contesto la Cassazione, depositando tutte le sopra elencate sentenze in ambito di responsabilità medica nel medesimo giorno, ha voluto principalmente dare una generale interpretazione dell'argomento.

¹²¹ Cassazione civile –sez. III n. 28993 dell'11 novembre 2019.

¹²² Cassazione civile –sez. III n. 28994 dell'11 novembre 2019.

¹²³ G.Chiarini, La responsabilità sanitaria nel 2019: San Martino e le 10 nuove sentenze della Corte di Cassazione in www.diritto24.ilsole24ore.it.

¹²⁴ La funzione nomofilattica della Corte di cassazione in www.libertaciviliimmigrazione.it.

¹²⁵ Il decalogo di San Martino 2019: la responsabilità sanitaria ed il danno secondo la Cassazione in www.fondazioneitaliana salute.org.

La Suprema Corte ha auspicato così di prendere una posizione orientativa, chiara e precisa cercando per lo più di rispondere e risolvere i quesiti di maggior rilievo, eliminando quelle linee d'ombra interpretative sul punto.

Risulta pertanto perfettamente posta in essere da parte della Corte di Cassazione quella che è la sua funzione nomofilattica, tesa a garantire sia per gli operatori del diritto sia per i cittadini un quadro di riferimento ben rappresentato.

I diritti ed i doveri relativi alla responsabilità sanitaria appaiono così avere un'omogenea interpretazione e la loro applicazione risulterà di più facile raggiungimento.

Tale materia, essendo collegata alla salute di ogni singolo soggetto, risulta essere di così rilevante importanza, che non può essere indagata dalla Giurisprudenza in modo frammentato e con sentenze dislocate nel tempo e nel luogo.

In conclusione è possibile dedurre che l'idea della Cassazione, pubblicando 10 sentenze nella stessa data e relative al medesimo oggetto, sia stata quella di creare un decalogo ben delineato in relazione alla responsabilità medico-sanitaria ove tale tema risulterà approfondito in un'ottica di sistema nelle sue componenti fondamentali.¹²⁶

¹²⁶ R.Pardolesi, Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza in www.law-economics.net.

NOTA A SENTENZA

28 giugno 2019

Il nesso causale nella responsabilità medica

CASSAZIONE CIVILE - sez. III - n. 6593– 7 marzo 2019

Nella sentenza in esame la Corte di Cassazione si esprime in relazione alla ripartizione dell'onere della prova del nesso causale in caso di responsabilità medica ex art. 1218 cc.

La Suprema Corte, nel decidere il caso in oggetto, ha nuovamente ribadito quello che è il proprio e consolidato orientamento sul tema.

Difatti, sostiene la Corte, che quanto disciplinato dall'art. 1218 cc, esonera il creditore dall'onere di provare la colpa del debitore, ma addossa allo stesso l'onere di provare il nesso causale fra la condotta del medico ed il danno di cui viene richiesto il risarcimento.

Pertanto, il paziente o i suoi eredi che intendano essere risarciti per il cattivo operato del medico, devono sempre dimostrare che il danno da loro subito sia dipeso dalla condotta del sanitario.

In senso conforme:

Cassazione civile –sez. III n. 18392 del 26 luglio 2017

Cassazione civile –sez. III n. 3704 del 15 febbraio 2018

IL CASO:

Gli eredi di un paziente, ritenendo che la morte del *de cuius* fosse scaturita dal cattivo operato del personale sanitario, adirono al Tribunale citando la clinica ospedaliera, per ottenere la condanna degli operatori sanitari al risarcimento dei danni patrimoniali e non.

Eseguita la c.t.u medico-legale, il Tribunale respinse le richieste di parte attrice con sentenza confermata poi anche dalla Corte di Appello.

Nel primo e nel secondo grado di giudizio i giudici hanno infatti condiviso quanto contenuto nella c.t.u ovvero *"il decesso del sig. M. non può ricondursi ad un comportamento colposo del personale sanitario del (OMISSIS), ma a complicanze note in relazione all'intervento, prevedibili, ma non prevenibili, quali embolia polmonare, anuria, infarto intestinale, shock settico", con esclusione della sussistenza di "comportamenti imperiti o negligenti da parte dei sanitari, nè negli accertamenti pre-operatori, nè nel trattamento chirurgico, nè nella gestione del paziente dopo l'intervento"*.

Ritenendo di essere stati lesi nei propri diritti, contro tale decisione è stato proposto ricorso per Cassazione in cui parte ricorrente sostiene *"ingiustamente addossato al paziente-creditore, anzichè al danneggiante, la prova del nesso causale"*.

Nella pronuncia in commento la Suprema Corte continuerà però a sostenere quanto già sentenziato nei precedenti gradi di giudizio, concludendo così con il rigettare il ricorso e le richieste risarcitorie in esso contenute.

LE QUESTIONI GIURIDICHE E LA SOLUZIONE:

Si discute in merito all'affermazione di una probabile responsabilità per danni degli operatori sanitari operanti in una clinica ospedaliera, derivante dalla morte di un paziente sottoposto ad un intervento di valvuloplastica mitrale.

La Corte di Cassazione si è espressa a seguito del ricorso presentato dagli eredi del defunto paziente, nei confronti di una sentenza emanata dalla Corte di Appello di Milano ove venivano respinte le richieste risarcitorie degli stessi.

Parte attrice ha proposto ricorso per Cassazione affidandosi ad otto motivi illustrati in memoria difensiva. Essi infatti ritengono che erroneamente, sia il Tribunale sia la Corte di Appello, abbiano addossato la prova del nesso causale al creditore\paziente danneggiato, finendo così per escludere la responsabilità dei medici nel caso in esame.

Gli eredi ai quali sono state respinte le richieste risarcitorie sostengono in ricorso, la violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 4, 13, 29, 30, 31, 32, 35 e 111 Costituzione, nonché degli artt. 1218, 2697, 2727, 2043, 2056, 2059 e 2697cc, oltre che degli artt. 40 e 41 cp.

Nel decidere in relazione al caso posto alla loro attenzione, nello specifico, i giudici della Suprema Corte fanno riferimento all'art. 1218 cc relativo alla responsabilità del debitore e secondo il quale

“il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

Il ragionamento della Cassazione sull'art. 1218 cc si orienta nel sostenere che, non essendo dimostrabile una colpa dei sanitari, poiché la stessa è stata a monte esclusa dal c.t.u, risulta totalmente mancante il presupposto fondamentale per sostenere una possibile responsabilità contrattuale.

Stabilisce infatti la Corte di Cassazione che quanto richiesto dagli odierni ricorrenti *“ risulta privo di interesse, dal momento che la decisione non rinviene la sua ratio fondante nell'individuazione della spettanza dell'onere probatorio in punto di nesso causale, ma esclude - a monte - che vi sia stato un qualche inadempimento da parte dei sanitari del Policlinico, negando il presupposto stesso della responsabilità contrattuale della struttura, senza necessità - quindi - di affrontare il profilo del nesso causale fra la condotta sanitaria e il decesso del M..”.*

Facendo riferimento ad un precedente giurisprudenziale, specifica ulteriormente la Cassazione che comunque, nel caso di una responsabilità ex art. 1218 cc (non riscontrabile nel caso in esame), sarebbe onere proprio di chi ritiene di essere stato leso il provare il nesso di causalità.¹²⁷

Scrivono la Corte sul punto *“in ambito di responsabilità professionale sanitaria, la previsione dell'art. 1218 c.c. solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento (cfr., ex multis, Cass. n. 18392/2017 e Cass. n. 29315/2017).”*

La responsabilità medica dal 1 aprile 2017 (l.n. 24\2017) è regolata dalla c.d. Legge Gelli-Bianco, con cui è stata effettuata una netta distinzione fra la responsabilità del personale sanitario e la responsabilità della struttura ospedaliera. Difatti mentre il personale medico-sanitario risponde ex art. 2043 cc per responsabilità extra contrattuale, la struttura ospedaliera in caso di paziente leso risponde ex art. 1218 cc per responsabilità contrattuale.

¹²⁷ Cassazione civile, sez.III, n. 18392 del 26.07.2017 *“Grava quindi sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra l'azione o l'omissione del sanitario ed il danno di cui domanda il risarcimento. Non solo il danno ma anche la sua eziologia è parte del fatto costitutivo che incombe all'attore di provare. Ed invero se si ascrive un danno ad una condotta non può non essere provata da colui che allega tale ascrizione la riconducibilità in via causale del danno a quella condotta. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la reale causa del danno, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano quindi sull'attore.”*

Il contratto che lega il paziente all'ospedale è un contratto atipico che prende il nome di speditività e con il quale la struttura si impegna e si obbliga a fornire al paziente una prestazione di assistenza sanitaria "complessa".

Evidenzia la Suprema Corte come la richiesta di parte ricorrente di addossare l'onere probatorio a parte debitrice, risulta essere mancante dei requisiti essenziali della responsabilità contrattuale, essendo a monte escluso qualsiasi tipologia di inadempimento da parte dei sanitari della struttura.

In relazione alla morte della paziente non è infatti possibile rintracciare il collegamento causale fra condotta dei sanitari esercenti nella struttura e l'evento lesivo.

Afferma la Corte *"il Policlinico aveva contestato sotto ogni profilo gli assunti avversari, sicchè non residuava alcun ambito rispetto al quale potesse ritenersi integrata una mancata contestazione idonea a sollevare la parte attrice dall'onere di provare gli addebiti mossi alla convenuta e il giudice dal compito di procedere alla loro verifica."* ed inoltre *"l'esclusione di qualsiasi profilo di condotta colposa dei sanitari dell'ospedale non consente di "prendere in considerazione la possibilità di soluzioni alternative che avrebbero consentito un prolungamento e/o una migliore qualità della vita del sig. M. e, quindi, della sussistenza di pregiudizi in tal senso risarcibili": va rimarcato, infatti, che anche il danno da perdita di chances terapeutiche presuppone l'esistenza di una condotta colposa - commissiva od omissiva- che integri la causa del pregiudizio."*

In ricorso, parte ricorrente, lamentava ulteriormente che nei gradi di giudizio precedenti non fosse stato affermato l'aggiuntivo nesso causale fra l'inadempimento riconosciuto dagli stessi consulenti tecnici e le chance terapeutiche, ovvero le possibilità di sopravvivenza, guarigione o miglioramento in caso di tempestiva o corretta gestione, anche chirurgica delle complicanze post operatorie.

L'esclusione di qualsiasi profilo di condotta colposa da parte dei medici, non permette però di considerare possibili soluzioni alternative di cura.

Il danno da perdita di chance richiede infatti quale causa di pregiudizio l'esistenza di una condotta colposa, totalmente mancante in relazione al caso in esame.

Scrivono la Corte *"Anche questo motivo è infondato, giacchè - come correttamente osservato al punto VII della sentenza impugnata - l'esclusione di qualsiasi profilo di condotta colposa dei sanitari dell'ospedale non consente di "prendere in considerazione la possibilità di soluzioni alternative che avrebbero consentito un prolungamento e/o una migliore qualità della vita del sig. M. e, quindi, della sussistenza di pregiudizi in tal senso risarcibili": va rimarcato, infatti, che anche il danno da perdita di chances terapeutiche presuppone l'esistenza di una condotta colposa - commissiva od omissiva- che integri la causa del pregiudizio."*

Dunque, le richieste degli eredi del defunto paziente, meritano di essere totalmente respinte, mancandone il presupposto fondamentale ovvero non rintracciando nell'operato degli operatori sanitari un comportamento colposo tale per cui sia addossabile agli stessi l'onere risarcitorio.

OSSERVAZIONI:

Nella sentenza in esame il ragionamento dei giudici è finalizzato ad analizzare se sia o meno onere del debitore provare il nesso causale nel caso in cui pervenga una richiesta di risarcimento danni da parte del creditore ex art. 1218 cc.

Rilevante ai fini della decisione presa dalla Cassazione risulta essere la presenza o meno di un comportamento colposo da parte dei sanitari esercenti nella struttura ospedaliera ove il defunto signore è spirato.¹²⁸

Difatti, al fine di valutare il rapporto fra evento e danno, è indispensabile il rapporto eziologico fra l'operato dei medici in relazione all'intervento subito dall'uomo e la morte di questo.

Essendo un ambito ove è richiesta una competenza ed una conoscenza tecnica di alto livello, i giudici già nel primo grado di giudizio hanno richiesto la presenza di un consulente tecnico d'ufficio in grado di poter fornire un quadro della situazione più chiaro e preciso.

L'affermazione di una responsabilità medica è possibile nel caso in cui sussista un nesso causale fra la lesione della salute psicofisica del paziente e la condotta del sanitario, in unione con un non efficiente operato della struttura sanitaria.

Il medico e la struttura rispondono del loro mal operato nel caso in cui la loro condotta sia stata caratterizzata da illiceità ovvero sia stata posta in essere violando una norma giuridica.

Quando infatti da una loro condotta colposa è derivato un danno alla salute psico-fisica del paziente il medico è chiamato a rispondere del proprio operato risarcendo il danneggiato.

La colpa può andare a riguardare la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia dell'operatore sanitario.

L'accertamento di una condotta colposa non è autonomamente sufficiente a ricondurre l'operato del medico ad una responsabilità.

¹²⁸ Cassazione civile, sez.III, n. 18392 del 26.07.2017 “*La causalità relativa all'evento ed al danno consequenziale è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, e caratterizza negli stessi termini, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, gli oneri di allegazione e di prova del danneggiato. Il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l'eziologia immanente alla nozione di danno anche l'eziologia è parte del fatto costitutivo dedotto che l'attore deve provare. Su questo tronco comune intervengono le peculiarità delle due forme di responsabilità. La responsabilità contrattuale sorge dall'inadempimento di un obbligo, sicchè l'attore deve provare la fonte dell'obbligo. La responsabilità extracontrattuale richiede invece, stante la mancanza di un'obbligazione, un criterio di giustificazione, e tali sono il dolo e la colpa, che è pertanto onere dell'attore dimostrare.*”

Necessario per sostenere la responsabilità del medico è l'individuazione di un preciso legame, un nesso eziologico fra l'errore commesso ed il danno subito dal paziente, affinché quindi il secondo possa qualificarsi come diretta conseguenza del primo, *conditio sine qua non* il danno non si sarebbe verificato.

La responsabilità contrattuale del medico sussiste nel caso in cui vi sia un rapporto, preesistente, fra il medico ed una struttura ospedaliera, legati fra loro da un rapporto di lavoro o da un contratto d'opera intellettuale.

La responsabilità contrattuale così come disciplinata dall'art.1218 cc, fa gravare sulla parte ritenuta inadempiente, l'onere di provare e fornire la prova positiva dell'avvenuto ed esatto adempimento della prestazione dovuta. Tale onere della prova è individuato sulla base della maggiore vicinanza della prova, in base alla quale essa è posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla. (Cass. 13533\2001)

Il criterio della maggior vicinanza della prova non viene però utilizzato in relazione al nesso causale e pertanto per la responsabilità ex art. 1218 cc, si rientra nell'ambito del principio generale della prova sancito dall'art. 2697 cc, che onera colui che vuole far valere un suo diritto a provare i fatti messi a fondamento della propria richiesta.¹²⁹

Ex art. 2697 cc, è onere dell'attore provare il nesso eziologico sia sotto il profilo della causalità materiale sia della causalità giuridica.

Il nesso di causalità è infatti quel rapporto che lega l'evento dannoso ed il comportamento del soggetto autore del fatto; per causalità materiale si intende quel rapporto materiale o fisico per il quale ad ogni effetto deve corrispondere una causa mentre per quanto riguarda la causalità giuridica, essa è quel modello dettato dal legislatore che concerne la successione dei fenomeni nell'ambito della fattispecie descritta e la loro frequenza ideale.

Il legame eziologico tra la condotta e l'evento rappresenta la condizione imprescindibile per l'attribuibilità del fatto illecito (e conseguentemente del danno) al soggetto: in altre parole, la modificazione del mondo esterno (l'evento) può essere imputata ad una persona solo se la stessa sia conseguenza della sua condotta.

¹²⁹ Cassazione civile, sez. III del 7.5.2015, n. 9201 *“l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto “fatti negativi”, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo”*

Secondo il legislatore il danno è un concetto che assume tre significati diversi, indica infatti *in primis* la perdita patrimoniale da stimare e da liquidare secondo le regole della causalità giuridica desunte dall'art.1223 cc ovvero il danno patrimoniale; indica poi l'evento lesivo o il termine finale della sequela della causalità di fatto quale è l'evento di danno ed indica infine l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ossia il danno ingiusto.

La presenza di tutti questi elementi attribuisce giuridica rilevanza al danno rendendolo così risarcibile.¹³⁰

L'obbligo di risarcire il danno derivante da fatto illecito dà vita ad un debito di valore, l'obbligazione risarcitoria è infatti diretta ad attribuire al danneggiante un equivalente monetario corrispondente al valore del bene o dell'utilità di cui è stato privato.

Risulta pertanto sostenibile che la responsabilità costituisce la reazione al danno ingiusto, mentre il risarcimento costituisce la reazione al danno patrimoniale.¹³¹

Pertanto, così come anche sostenuto dalla Cassazione in una precedente sentenza, n. 18392\2017, “è onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale fra la condotta del medico ed il danno di cui viene richiesto il risarcimento onere che va assolto “dimostrando con qualsiasi mezzo di prova che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del più probabile che non, la causa del danno.”

Nel caso di specie, la c.t.u medico-legale sosteneva che il decesso del paziente non era derivato dall'operato dei medici e quindi non poteva essere ricondotto ad un'attività colposa degli operatori sanitari, ma a complicità note in relazione all'intervento, prevedibili ma non prevenibili.

Risulta pertanto escluso ogni profilo di colpa nell'attività degli operatori sanitari e conseguentemente non ravvisabile responsabilità contrattuale degli stessi.

In ricorso, chiede ulteriormente parte attrice che la Cassazione accerti che la Corte di Appello abbia insufficientemente motivato la negazione del nesso causale giuridico fra inadempimento sanitario e le chance terapeutiche di guarigione dell'uomo.

Pertanto i ricorrenti domandano che la sentenza venga cassata e che la Suprema Corte quantifichi e riconosca il ristoro del relativo danno da perdita di chance.

Come sopra meglio argomentato, essendo escluso qualsiasi profilo di colpa, conseguentemente viene esclusa qualsiasi responsabilità degli operatori sanitari in relazione alla morte dell'uomo e per tale ragione non è possibile valutare o considerare le possibili alternative terapeutiche e di miglioramento riscontrabili nella paziente deceduto.

¹³⁰ M. Franzoni, Dei fatti illeciti, in Comm. C.c. Scialoja-Branca, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 103.

¹³¹ M. Franzoni., Dei fatti illeciti, in Comm. C.c. Scialoja-Branca, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 106.

Il danno da perdita di chance presuppone infatti un comportamento colposo del soggetto agente.

Sostiene la Cassazione:” *l'esclusione di qualsiasi profilo di condotta colposa dei sanitari dell'ospedale non consente di "prendere in considerazione la possibilità di soluzioni alternative che avrebbero consentito un prolungamento e/o una migliore qualità della vita del sig. M. e, quindi, della sussistenza di pregiudizi in tal senso risarcibili": va rimarcato, infatti, che anche il danno da perdita di chances terapeutiche presuppone l'esistenza di una condotta colposa - commissiva od omissiva- che integri la causa del pregiudizio.*”

Dunque, posto che l'attore risulti essere esonerato dal provare la colpa del danneggiante ma obbligato a dimostrare l'esistenza del nesso causale fra condotta del medico e danno subito, nel caso in cui lo stesso non riesca a provarlo in modo esauriente, rendendo così la causa incerta, la sua domanda non potrà che essere rigettata.

Indi per cui, non avendo l'esercente la professione sanitaria posto in essere il proprio operato con colpa, così come ampiamente accertato, sullo stesso non sono ascrivibili profili di responsabilità ed ogni indagine relativa all'onere della prova del nesso causale risulta superflua.

La Corte pertanto, rigetta il ricorso e condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidate in Euro 3.000,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15%, al rimborso degli esborsi (liquidati in Euro 200,00) e agli accessori di legge.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI E BIBLIOGRAFICI:

Oltre alla decisione in commento, nella recente giurisprudenza di merito deve segnalarsi *Cassazione civile –sez. III* n. 18392 del 2017 e n. 3704 del 15 febbraio 2018;

In dottrina: www.studiocataldi.it, www.studiolegalevallefuoco.wordpress.com,
www.professionegiustizia.it, www.altalex.com, www.fondazionegiovannivalcavi.it e
www.avvocatirandogurrieri.it.

Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile.

Sommario: 1. Premessa; 2. Le differenti forme di risarcimento nel codice civile; 3. Risarcimento e rendita nel codice civile.

1. Premessa.

La Tribunale di Milano con la sentenza del 14 maggio 2019¹³², in ragione delle gravissime lesioni patite dalla vittima per imperizia dei sanitari che la ebbero in cura, per un importo superiore al milione di euro, ha sancito che, ai fini della liquidazione del danno, non potendosi stabilire, in modo oggettivo, la durata presumibile della vita della danneggiata cui sarebbe legato l'ammontare delle spese dovute per la sua assistenza, si debba ricorrere al criterio di cui all'art. 2057 c.c. ove si prevede che: “quando il danno alle persone ha carattere permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia”. Si tratta di una norma che prevede una particolare forma di risarcimento in caso di danni permanenti, distinti da quelli istantanei, caratterizzati per la natura permanente dell'interesse protetto e delle conseguenze dannose. Si tratta in genere di danni alla persona come un danno biologico, che porti ad una ridotta capacità lavorativa o di godimento della vita, in modo permanente o come il danno ai prossimi congiunti in caso di decesso. Non potrebbe invece la norma riferirsi a lesioni di grande entità ma di natura temporale.

La norma non richiede una iniziativa di parte, anche se è evidente che in sede negoziale le parti possono accordarsi prevedendo un risarcimento in forma di rendita. Sarà il giudice a disporre la costituzione di una rendita a seguito di una valutazione “delle condizioni delle parti e della natura del danno”. Sul punto una risalente dottrina individuava tra le condizioni delle parti rilevanti: la

¹³² La sentenza è stata pubblicata in *Danno e resp.*, 2019, 647, con note di Scarpellino e di Brizi. Sul tema si veda, ROSSETTI, *sub art. 2057*, in *Commentario E. Gabrielli, Dei fatti illeciti*, a cura di Carnevali, Torino, 2011, p. 590 ss.; FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario al cod. civ., Scialoja-Branca*, 1993; P. DONATO - P. MARIOTTI, *Il risarcimento in forma di rendita*, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 2009, pp. 914-915, il quali hanno anche compiuto un'indagine storica del fenomeno osservando come, sebbene il codice del 1865 non contenesse una disposizione analoga a quella di cui all'art. 2057, in giurisprudenza questa formula era impiegata. In alcuni casi i giudici disposero la liquidazione del danno non con un'indennità annua, come avvenuto fino ad allora, ma con il capitale corrispondente. Gli autori richiamano Cass. Milano, 18 maggio 1920, Cass. Milano, 25 maggio 1920 e Cass. Napoli, 31 luglio 1920, in *Dir. giur.*, 1920, p. 141.

scarsa attitudine del danneggiato alla prudente amministrazione del proprio patrimonio e la indigenza del responsabile. Quanto al danno si fa riferimento alla entità dello stesso e alla natura permanente che lo caratterizza¹³³.

Dal principio espresso dai giudici milanesi, in assonanza con altri precedenti risulta che il risarcimento in forma di rendita trova applicazione nei casi in cui ricorrono le seguenti condizioni: il carattere permanente del danno e anche, questo in aggiunta rispetto ai suddetti criteri, l'impossibilità di stabilire una durata presumibile della vita¹³⁴.

La funzione pare, qui, quella di commisurare il risarcimento al danno evitando compensazioni in eccesso o in difetto per la difficoltà di prevedere la durata della vita della vittima e anche per funzionalizzare il risarcimento al bisogno di assistenza e di cura della vittima nel prossimo futuro.

2. Le differenti forme di risarcimento nel codice civile

Leggendo il codice civile si avverte come il legislatore abbia individuato differenti modalità di compensazione della perdita cagionata alla vittima dal fatto illecito.

Il risarcimento potrà avvenire attraverso il pagamento di una somma di denaro corrispondente alla entità del danno cagionato.

Vi è poi il risarcimento in forma specifica. In base all'art. 2058 "Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore". I giudici hanno anche precisato la differenza rispetto al risarcimento per equivalente in denaro osservando come: "ai sensi del 2° comma dell'art. 2058 c.c., in virtù del quale, anche se il danneggiato abbia chiesto, quando possibile, la reintegrazione in forma specifica, il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente ove la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per il debitore, la differenza fra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente consiste nel fatto che, nel primo, la somma dovuta è calcolata sui costi occorrenti per la riparazione, mentre, nel secondo, è riferita alla differenza fra il bene integro (e cioè nel suo stato originario) ed il bene leso o danneggiato"¹³⁵.

¹³³ DE CUPIS, *Fatti Illeciti*, in *Commentario cod. civ. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1971, p. 130.

¹³⁴ Cfr. Cass. 20 febbraio 1958, n. 553, in *Mass. Giur. It.*, 1958, vol. XXVIII, c. 117 e in *Mass. Foro It.*, 1958, vol. XXVII, cc. 106-107, Cass. 24 maggio 1967, n. 1140, in *Mass. Foro It.*, 1967, vol. XXXVI, c. 322, Cass. 6 febbraio 1970, n. 264, in *Mass. Giur. it.*, 1970, vol. XL, c. 129 e in *Mass. Foro it.*, 1970, vol. XXXIX, c. 96, Cass., sez. III, 18 novembre 2005, n. 24451, in *Resp. civ.*, 2006, p. 637 e in *Nuova giur. civ.*, 2006, p. 1123, Cass. civ., sez. III, 23 agosto 2011, n. 17514, in CED, n. 619451 e Cass. civ., sez. lav., 27 novembre 2013, n. 26534, ined.; Trib. Milano 27 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 621, con nota Mazzanti; in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1637, con nota Chindemi; in *Riv. it. medicina legale*, 2015, 1605, con nota di Furlanetto – Macri.

¹³⁵ Così Cass. 21 novembre 2017, n. 27546, in *Mass. Foro it.*, 2017.

Ancora in caso di fatto illecito da spossessamento, in cui la restituzione del bene poteva valere a compensare la perdita del bene, la Cassazione ha accolto la domanda del danneggiato al risarcimento per equivalente considerando comunque il danno non compensabile con la mera restituzione del bene¹³⁶.

Una terza formula è appunto quella contenuta nell'art. 2057 che vede un risarcimento per equivalente corrisposto però non attraverso un pagamento una tantum, ma attraverso una rendita. La norma si chiude dicendo che in tal caso “il giudice dispone le opportune cautele”. Potrà, come vedremo ad esempio, costituire apposite garanzie a tutela del credito ad esempio ipoteche su beni del danneggiante, ecc.

La formula non risulta essere un caso italiano ma trova rispondenza anche in altri ordinamenti sia di civil law sia di common law.

Il sistema tedesco §§ 843-844, BGB, prevede il risarcimento in forma di rendita per gravi lesioni a carattere permanente; in senso analogo il Portogallo (art. 567 codice civile). Nel Regno Unito il giudice può disporre la corresponsione del danno in forma di rendita anche senza la richiesta o l'accordo delle parti (Court Act del 2003). Nello stato di New York può essere imposta la liquidazione rateale del 65% dei danni futuri quantificati complessivamente in misura superiore ai 500000 \$ (§ 5031, New York Civil Practice Law and Rules). Un esempio di particolare interesse lo troviamo in Spagna, con particolare riguardo alla prestazione indennitaria dell'assicuratore in caso di responsabilità da circolazione stradale. La recente ley 35/2015 ha riformato il sistema di calcolo dei danni derivanti dagli incidenti stradali e l'art. 41 prevede che il giudice, su richiesta delle parti, possa accordare la sostituzione totale o parziale del risarcimento previsto nella tabulazione della legge con una rendita vitalizia. L'art. 42 precisa che il giudice potrà imporre d'ufficio la costituzione di una rendita vitalizia a favore del danneggiato nel caso in cui tale soggetto sia un minore o un incapace e reputer tale tipologia di risarcimento l'opzione migliore per la tutela dei suoi interessi (). Non si hanno esempi analoghi nei paesi dell'America Latina. In Israele la suprema

¹³⁶ “Atteso il carattere assoluto dei diritti reali, la tutela degli stessi mediante reintegrazione in forma specifica non è soggetta al limite ex art. 2058, 2° comma, c.c., salvo che lo stesso titolare danneggiato chieda il risarcimento per equivalente (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che, in presenza di specifica domanda in tal senso, aveva accordato all'originario attore un risarcimento per equivalente dopo avere accertato, con giudizio non più sindacabile in sede di legittimità, che il bene di sua proprietà ed occupato abusivamente dai convenuti era stato irreversibilmente inglobato nel loro terreno, rendendone impossibile la restituzione)”: così Cass., 20 gennaio 2017, n. 1607, in *Mass. Foro it.*, 2017.

¹³⁷ La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación vino a reformular el RDLeg 8/2004 que regulaba las lesiones sufridas en accidentes de tráfico.

Artículo 41. Indemnización mediante renta vitalicia.

corte riconosce la possibilità di un risarcimento attraverso un *periodic payment* laddove vi sia un danno alla persona permanente e non sia possibile stabilire esattamente la durata della vita talché non è possibile determinare con certezza l'ammontare del danno Supreme Court ruling C.A 7375/02 Carmel Hospital and Others v. Eden Malol and others (31.3.2005).

Dalla norma risultano aperti e da risolvere i seguenti interrogativi:

-le norme sul risarcimento dei danni alla persona di cui agli artt. 138 e 139 dlgs 209/2005 – codice delle assicurazioni, le quali prevedono solo il risarcimento per equivalente, sono di ostacolo all'applicazione dell'art. 2057 in ambito di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica? Si risponde solitamente di no in quanto tali norme speciali andranno lette in combinato con tutte le norme generali sui fatti illeciti¹³⁸.

- fino a dove si spinge la discrezionalità del giudice? La norma lascia al giudice ampia discrezionalità limitandosi ad indicare i criteri di valutazione. Va detto che la indeterminatezza della durata della vita e quindi il rischio di creare condizioni di *over* o di *under compensation* ad avviso di chi scrive dovrebbe aver un ruolo importante.

3. Risarcimento e rendita nel codice civile

La lettera dell'art. 2057 sembra lasciare la scelta tra un pagamento una tantum e la corresponsione di una rendita al giudice che può stabilire una rendita per compensare il danno permanente

1.En cualquier momento las partes pueden convenir o el juez acordar, a petición de cualquiera de ellas, la sustitución total o parcial de la indemnización fijada de acuerdo con el sistema establecido en esta Ley por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado.

2. En todo caso, el juez puede acordar de oficio tal sustitución, al menos parcial, cuando se trate del resarcimiento de los perjuicios padecidos por menores o personas con capacidad modificada judicialmente y la estime necesaria para proteger más eficazmente sus intereses.

Artículo 42.Cálculo de la renta vitalicia.

1. Si la indemnización se establece en forma de renta vitalicia, su importe se calcula de modo que sea equivalente al capital de la indemnización que resulta de este sistema de acuerdo con la tabla técnica de coeficientes actuariales de conversión entre rentas y capitales (TT1) incluida en las bases técnicas actuariales a las que se refiere el artículo 48. Dicha renta se actualizará cada año de acuerdo con el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. La renta vitalicia anual equivalente a la indemnización en capital se calcula dividiéndolo por un coeficiente actuarial que tiene en cuenta:

- a) la duración vitalicia,
- b) el riesgo de fallecimiento del perjudicado o del lesionado, que se determina mediante las tablas actuariales de mortalidad utilizadas en esta Ley, y
- c) la tasa de interés de descuento, que tiene en cuenta la inflación.

3. La renta anual puede fraccionarse en periodos inferiores, dividiéndose en tal caso por meses o por el periodo temporal que corresponda.

¹³⁸

ROSSETTI, *op. cit.*, p. 592 ss.

consistente nella soppressione o nella menomazione di attività del soggetto con necessità di mezzi di sussistenza.

Stante la genericità della lettera della legge si potrà avere una costituzione di un contratto di rendita attraverso una sentenza del giudice che dovrà indicare, anche servendosi di una consulenza attuariale:

-l'importo delle rate (variabile o costante); potrebbero anche essere previsti meccanismi di adeguamento in caso di miglioramento delle condizioni della vittima attraverso *smart contracts*. Si supererebbe così uno dei problemi pratici evidenziati dalla letteratura relativi alla possibile necessità di variare gli importi nel tempo¹³⁹;

-la durata (limitata o illimitata)

-la decorrenza (immediata o differita)

-la periodicità

- la scadenza delle rate

Per tale forma di compensazione, la rendita consente di far meglio aderire la misura del risarcimento alla natura e alla durata del danno.

Siamo in presenza di un danno pro futuro che si distingue dal lucro cessante che comunque può essere quantificato *ex ante* e corrisposto attraverso un risarcimento per equivalente in un'unica soluzione. Si parla infatti di lucro cessante inteso come mancato guadagno che deve essere provato, anche solo in via presuntiva, sia nell'*an* sia nel *quantum*¹⁴⁰.

Ancora siamo in una situazione diversa dal danno da perdita di chance che pure viene liquidato *ex ante* per quanto sulla base della mera probabilità di un effetto futuro (perdita di chance).

Il danno da perdita di occasioni ha trovato ampi riconoscimenti, in particolare in materia lavoristica, come “concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non ... una

¹³⁹ ROSSETTI, *op. cit.*, p. 607.

¹⁴⁰ Si veda da ultimo Cass., 8 marzo, 2018, n. 5613: “Il danno patrimoniale da mancato guadagno, concretandosi nell'accrescimento patrimoniale effettivamente pregiudicato o impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, presuppone la prova, sia pure indiziaria, dell'utilità patrimoniale che il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta, esclusi i mancati guadagni meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte, sicché la sua liquidazione richiede un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), che può essere equitativamente svolto in presenza di elementi certi offerti dalla parte non inadempiente, dai quali il giudice possa sillogisticamente desumere l'entità del danno subito; (nella fattispecie, relativa alla revoca illegittima da parte del cliente di un incarico di mediazione immobiliare, la s.c. ha escluso, cassando sul punto la sentenza impugnata, che il danno subito dal mediatore potesse essere liquidato parametrandolo alle provvigioni che egli avrebbe incassato ove avesse portato a termine l'incarico, basandosi sulla sola circostanza che, al momento della revoca, avesse ricevuto numerose proposte di acquisto del bene oggetto del contratto)”.

mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione"¹⁴¹).

Con riferimento ad ipotesi di responsabilità per lesione del diritto di salute la Cassazione ha fatto da tempo impiego di tale figura ai fini della quantificazione del danno da risarcire precisando come la perdita di *chances* rappresenti una voce di danno distinta dal danno biologico in quanto "costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro, come tale risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il fatto e la ragionevole probabilità delle verificazione futura del danno" (¹⁴²).

Il danno da perdita di *chance*, quindi, rappresenta una voce del danno - conseguenza inteso come futuribile detrimento che trovi la propria causa determinante in una lesione certa ed attuale di una situazione giuridica soggettiva (¹⁴³).

La rendita deve essere inoltre distinta da forme di rateizzazione. L'art. 2057 non si limita ad individuare una forma di rateizzazione in caso di danni di grossa entità, ma individua una specifica funzione previdenziale della responsabilità civile che in caso di danni permanenti alla persona deve porre a riparo la vittima dai rischi conseguenti alla menomazione o alla perdita della sua capacità lavorativa a causa dell'evento dannoso. Nella plurifunzionalità della responsabilità civile accanto ad

¹⁴¹ Cfr. Cass. 11.12.2003, n. 18945, in *Giust. civ. mass.*, 2003; Cass. 21.07.2003, n.11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155 con nota di G. Faella; Cass. 12.6.2003, n. 9472, *ivi*; Cass. 20.4.2002, n. 5766, *ivi*; Cass. 23.11.1998, n. 11877, *ivi*, 1998; Cass. 19.11.1997, n. 11522, in *Giust. civ. mass.* 1997; Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Bologna 20.1.2003, in *Danno e resp.*, 2003, 878 con nota di Bitetto; Trib. Pinerolo, 14.1.2003, in *Giur. merito*, 2003, 5; Trib. Milano, 30.11.2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 109 con nota di Guariso; C. App. Venezia 24.5.2000, in *Giur. circ. e sinistri*, 2001, 477; Trib. Milano, 22.2.2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 446; Trib. Roma 20.3.1987, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 337.

In dottrina F.D. BUSNELLI, *Perdita di una <<chance>> e risarcimento del danno*, nota a App. Parigi 6.3.1964, in *Foro it.*, 1965, IV, p. 47 ss.; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una <<chance>> e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55; A. PRINCIGALLI, *Perdita di <<chances>> e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 315; A. PONTECORVO, *La responsabilità da perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 447 ss.

La figura del danno da perdita di chances ha trovato particolare impiego da parte della giurisprudenza francese. Per indicazioni v. F. CHABAS, *La perdita di Chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 227.

¹⁴² Così Cass. 27.7.2001, n. 10291, in *Giust. civ. mass.*, 2001.

¹⁴³ Le nostre ricostruzioni sono fondate sulla premessa teorica che nel sistema di responsabilità civile sarebbero distinguibili un danno evento, rappresentato dalla lesione di un interesse meritevole di tutela, e un danno conseguenza, rappresentato dalle perdite patrimoniali e non determinate dalla suddetta lesione. Per tale ricostruzione cfr. H. DEGENKOLB, *Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes*, in *AcP*, 76 (1890), p. 1ss.

In Italia più recentemente tale distinzione trova seguito in A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 26; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 390. Da ultimo M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 721. Non vi è però uniformità di orientamenti, sul punto, nella dottrina italiana. V. infatti quanto osservato da C. CASTRONOVO, "Danno biologico" senza miti, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 3 ss.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, Padova, 1987, I, p. XIX ss.; ID., *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, 1999, 2° ed., p. 373; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Alpa, vol. IV, Milano, 1999, p. 608; ID., *Diritto della responsabilità civile*, Bologna-Roma, 2003, p. 12.

una funzione compensatoria e di deterrenza rispetto agli illeciti vi è una funzione anche più propriamente previdenziale¹⁴⁴.

In questi casi l'entità del risarcimento è legata al rischio demografico della durata della vita e al fine di evitare problemi di sotto o di sovra compensazione, il legislatore ha individuato la formula della rendita che, se questa è la lettura da dare dell'art. 2057, non dipende dalla volontà del danneggiato, a differenza di quanto accade per la formula del risarcimento in forma specifica.

Il legislatore richiede inoltre che debbano essere anche previste apposite cautele per impedire che il danneggiante venga meno ai propri impegni. Si potrà pertanto imporre la costituzione di garanzie reali o personali. Con sentenza si potrà costituire ipoteca sui beni del danneggiante.

Si danno inoltre altri possibili esempi di cautele¹⁴⁵:

- 1- costituzione di una rendita mediante cessione di un capitale o alienazione di un immobile;
- 2- acquisto di titoli da parte del debitore di cui l'obbligato ha la titolarità e il danneggiato l'usufrutto.
- 3- stipulazione di una polizza vita a vita intera con premio unico versato dal responsabile. Il danneggiato verrebbe risarcito mediante le cedole che incasserebbe per tutte la propria sopravvivenza, alla di lui morte gli eredi incasserebbero il capitale. In questo caso diventa però difficile calcolare il premio unico nei casi in cui il danno è non solo permanente ma anche incerto perché legato ad un rischio demografico (la durata in vita dell'assicurato).

Laddove il danneggiante sia assicurato, la presenza della compagnia sarà garanzia del pagamento. Riterrei quindi che, quando il debitore finale, in virtù di un contratto di assicurazione contro la responsabilità civile del danneggiante, anche ove non sia prevista azione diretta del terzo danneggiato, sia una compagnia di assicurazione, la solidità patrimoniale della stessa trova specifiche garanzie nella vigilanza dell'autorità di controllo e non sono necessarie ulteriori cautele. Né il fatto che la compagnia non sia autorizzata ad operare nel ramo vita, in cui è previsto il pagamento della rendita, dovrebbe essere di ostacolo in quanto la rendita in questa ipotesi è una forma di esecuzione della prestazione indennitaria. È forse questo l'aspetto che richiede più attenta riflessione nei casi in cui non vi è una compagnia alle spalle del responsabile, si pensi alle aziende ospedaliere che operano in "autoassicurazione".

¹⁴⁴ Sulla plurifunzionalità della responsabilità civile si veda P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 2011, p. 119 ss.; S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La resp. civ.*, 2009, p. 165 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2008, 288 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 19; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.

¹⁴⁵ ROSSETTI, *op. cit.*, p. 599.



dirittoe salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 3 del 2019 - 30 Luglio 2019

Autorizzazione Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017

Codice ISSN 2532-1862