

RESPONSABILITA' DEL MEDICO

FRANCIA

La responsabilità medica, in questo Paese si articola su due binari:

- A) la responsabilità valutabile secondo il diritto privato. Essa è applicabile a studi privati, cliniche private e cure private in ospedali. La Giurisdizione appartiene al Giudice civile e la responsabilità civile sorge in virtù di un rapporto di diritto privato tra il medico – libero professionista ed il Paziente, inteso come cliente del professionista medico. Il cliente – paziente può citare dinanzi al Giudice civile personalmente il medico e/o la clinica privata in cui è avvenuto il trattamento sanitario. Ogni professionista ha una sua Assicurazione per responsabilità civile professionale. La prescrizione è di 30 anni ed i Giudici liquidano, generalmente, indennizzi maggiori di quelli che liquidano il Giudice Amministrativo in ipotesi di evento verificatosi in strutture pubbliche di cui si dirà di seguito.

I PRINCIPI : RESPONSABILITA' CONTRATTUALE quale OBLIGAZIONE DI MEZZI, in cui l'obbligazione principale è data dalle cure del malato « les soins au malade ». Obbligazioni accessorie sono quelle di sicurezza ed informazione. ERRORE, letteralmente FAUTE, consiste nello « inadempimento (lett: mancanza) all'obbligazione di mezzi la prova dell'errore è a carico del malato

ECCEZIONE. Responsabilità delittuosa (da delitto) La giurisprudenza è in evoluzione verso un aggravamento della responsabilità del medico, riconosciuta per colpa (errore) incerta, per colpa (errore) virtuale, presunzione di colpa (errore); con ampia obbligazione di informazione ed obbligazione di sicurezza di risultato (ad esempio, per le infezioni nosocomiali). Si assiste anche ad una evoluzione verso l'obbligazione di risultati e verso un rovesciamento dell'onere della prova.

- B) la responsabilità valutabile sotto il profilo del diritto pubblico. Essa è applicabile in caso di prestazioni sanitarie rese da ospedali ed altre strutture pubbliche. Molto diverso è il discorso concernente la responsabilità dei sanitari che operano in strutture pubbliche. In questo caso, la Giurisdizione appartiene al Giudice Amministrativo e la responsabilità è amministrativa e, quindi, non è modellata sulla responsabilità professionale dei privati professionisti. Il Paziente è, infatti, visto come utente di un servizio pubblico. Questi può citare in giudizio la struttura, ma non i sanitari i quali non assumono alcuna responsabilità diretta e personale verso l'utente. L'Assicurazione per le strutture pubbliche è obbligatoria. La Prescrizione è di soli 4 anni e l'indennizzo viene riconosciuto in misura minore a quanto sarebbe liquidato in sede di responsabilità civile verso un medico libero professionista. Anche qui il paziente – utente è onerato di PROVARE la "FAUTE" (errore). Il principio è che L'ERRORE (faute) è del SERVIZIO PUBBLICO che non ha funzionato, o ha funzionato male o con ritardo ed è GENERALMENTE ESCLUSA LA RESPONSABILITA' PERSONALE del sanitario. Quest'ultima può sussistere quando il sanitario abbia commesso un errore particolarmente grave o un reato oppure quando il fatto sia avvenuto senza alcuna attinenza con il servizio. Stante la difficoltà per il paziente di provare l'errore, la giurisprudenza va anche qui evolvendosi verso una responsabilità senza errore.
- 2

- C) LEGGE 4/3/2002 di indennizzo automatico. Questa legge ha introdotto il principio che "I medici e le strutture NON sono responsabili delle conseguenze degli atti di prevenzione, di diagnosi e cura CHE in caso di FAUTE (errore)". L'Assicurazione E' obbligatoria. ECCEZIONI alla regola sopra enunciata da cui deriva, quindi, la responsabilità senza errore (faute) sono: LE INFEZIONI NOSOCOMIALI, I DANNI DALL'USO di prodotti farmaceutici, GLI INCIDENTI sopravvenuti dopo una ricerca biomedica, AIDS da trasfusioni. In tutti questi casi, è previsto un indennizzo senza "faute": il termine è traducibile in italiano sia con il sostantivo "errore" che con il sostantivo "colpa", quindi potrebbe ritenersi "errore colpevole". La legge citata ha introdotto una forma di indennizzo degli incidenti attraverso la solidarietà nazionale in assenza di "faute". E' il caso dell'alea terapeutica (rischio medico a prescindere da colpe o errori). L'indennizzo è erogato da un sistema collettivo finanziato con

l'assicurazione sulle malattie (o di malattia). Sono stati creati: A) l'Ufficio Nazionale d'Indennizzo degli Incidenti Medici (O.N.I.A.M.), Istituto pubblico che opera sotto la sorveglianza del Ministero della salute, che ha il ruolo di pagare l'indennizzo alle vittime dell'alea terapeutica nei casi in cui l'Ufficio dovrà sostituirsi all'Assicurazione. B) le Commissioni Regionali di Conciliazione dell'Indennizzo (C.R.C.I.), che hanno il compito di ricevere le domande d'indennizzo, esaminare la ricevibilità della pratica, predisporre la perizia per stabilire se vi è stato errore o alea terapeutica e la gravità della malattia, formulare un'offerta d'indennizzo. C) la Commissione Nazionale d'Indennizzo degli Incidenti medici (C.N.I.A.M.), che ha il ruolo di fare una lista di esperti nazionali, controllarne la formazione, controllare le Commissioni regionali, vegliando sull'omogeneità delle procedure. Le commissioni, quindi, accertano tramite una consulenza che è gratuita, se il danno è derivato da un errore oppure da alea terapeutica. 3 Se il danno è uguale o superiore al 23%, le Commissioni curano la conciliazione affinché il danno venga risarcito dall'Assicurazione, se c'è errore, oppure dall'Ufficio Pubblico, se il paziente è vittima di alea terapeutica. Ovviamente, se il paziente non accetta o la conciliazione non riesce, può rivolgersi al Giudice.

AUSTRIA

A) Responsabilità penale I processi non si instaurano mai d'ufficio, ma solo su denuncia al Procuratore della repubblica da parte dei parenti o dell'anatomo patologo dell'Ospedale. L'autopsia è disposta per ordine della P.A. o del Giudice se vi è pubblico interesse o in caso di diagnosi incerta. Le lesioni che non portano alla morte non sono punibili se non derivano da grossa negligenza (errore grossolano) e se non comportano una malattia superiore a 14 giorni. Nota di costume: Le denunce sono fatte raramente dai parenti e sono ben ponderate. I PM spesso archiviano, se non sono ben provate. E' richiesto un fondato e particolare sospetto che il delitto sia avvenuto.

B) Responsabilità civile Sostanzialmente è extracontrattuale, ma del danno risponde la STRUTTURA in cui operano i sanitari. I medici rispondono solo se svolgono attività privata (pazienti privati). E' prevista l'applicazione rigorosa del principio di soccombenza. In Germania occorre anche che il paziente offra documenti dettagliati atti a dimostrare che non si sarebbe sottoposto all'intervento se fosse stato informato delle conseguenze.

C) Conciliazione. Molte Regioni e molte "Camere dei Medici" hanno introdotto l'Ufficio di Conciliazione, in cui vengono esaminati i casi di malpractice e si tenta la conciliazione, tramite una figura di conciliatore (OMBUDSMAN) simile ad un difensore civico, che valuta le richieste dei pazienti (o dei sui parenti) e li assiste fino alla conciliazione, adoperandosi affinché si raggiunga detta conciliazione.

PAESI SCANDINAVI

Responsabilità medica per malpractice e sistemi di assicurazione dei pazienti 4

- A) SVEZIA L'assicurazione dei pazienti nasce in Svezia negli anni '70, e più precisamente dal 1 gennaio 1975 sulla base di un accordo contrattuale volontario. Dal 1 gennaio del 1997 l'assicurazione è divenuta obbligatoria.
- B) FINLANDIA L'assicurazione dei pazienti è obbligatoria dal 1987.
- C) NORVEGIA Dal 1988 l'assicurazione dei pazienti è valida solamente per i ricoveri ed interventi avvenuti in ospedale.
- D) DANIMARCA Dal primo luglio del 1992 è divenuta obbligatoria.

Ragioni ed obiettivi Le ragioni alla base dell'introduzione dell'assicurazione obbligatoria dei pazienti nei Paesi Scandinavi sono essenzialmente da ricercare nelle grosse difficoltà di ottenere risarcimenti congrui da parte dei pazienti danneggiati, nei lunghi tempi di legge per le azioni contro i casi di malpractice medica, e nei problemi legati alla determinazione del soggetto cui spetta l'onere della prova. Gli obiettivi di questo tipo di assicurazione sono di ottenere risarcimenti congrui tramite la esatta valutazione delle ripercussioni delle

azioni dannose dei medici, rendere la chiusura delle richieste di risarcimento più semplice, più veloce e meno costosa in generale, alleviare il carico di lavoro dei tribunali evitando inutili contenziosi. Ma come funzionano in effetti queste assicurazioni? Sono essenzialmente caratterizzate da tre parti in causa, ed includono elementi propri di assicurazioni contro gli infortuni e di assicurazioni per responsabilità. Il titolare della polizza (ad esempio l'associazione delle autorità provinciali) stipula un contratto con l'assicuratore (molto spesso trattasi di una associazione mutua assicuratrice), al quale vanno indirizzate le richieste di risarcimento dei pazienti danneggiati. Il premio da pagare per questo tipo di polizze dipende essenzialmente dalla popolazione assicurata. In Svezia ad esempio dipende dalla popolazione della provincia che si vuole assicurare.

ITALIA

Il sanitario ha le seguenti responsabilità:

A) **responsabilità penale** (reclusione) come qualunque altro cittadino. Reati colposi (lesioni ed omicidio) da valutare secondo le norme del codice penale per reati comuni. Non esiste una normativa specifica per i reati commessi nell'esercizio dell'attività medica ed i sanitari vengono valutati con i criteri della colpa: negligenza, imprudenza, imperizia. Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno anche ipotizzato in passato che qualunque intervento che interferisca sulla integrità fisica dell'essere umano sia astrattamente configurabile quale lesione (si pensi all'incisione di tessuti provocata con il bisturi durante un intervento operatorio) e che ciò che scrimina tale comportamento è il consenso dell'avente diritto e l'esercizio di un dovere (quello del medico) di apprestare una cura, cioè di procurare una lesione quale rimedio di un male peggiore all'integrità della persona, alla sua vita ed alla sua salute. Ma non solo...."Commette reati di abuso d'ufficio, truffa aggravata e violazioni al dovere di fedeltà alla p.a. il medico che "consiglia" il ricovero presso una clinica privata del paziente proveniente dalla struttura pubblica. La manifestazione della necessità di accertamenti e interventi tempestivi unita a quella dei lunghi tempi della struttura pubblica, 7 accompagnata dal diniego della possibilità di sollecito ricovero presso di essa, costituisce un argomento certamente idoneo ad indurre la parte interessata, gravemente preoccupata per un possibile esito letale, ad accettare la prospettiva dell'imputato di ricorrere alla struttura privata". (Cass. pen., Sez. II, 13/01/2003, n. 960). Il reato di falso, inoltre, è per i sanitari sempre in agguato: basti all'uopo ricordare che la cartella clinica è atto pubblico! La prova della responsabilità penale incombe sul Magistrato Pubblico Ministero. B) **responsabilità civile**: 1) **extracontrattuale**: art. 2043 C.C. (qualunque fatto doloso o colposo che cagiona un danno ingiusto, obbliga chi lo ha commesso a risarcire il danno). Questa responsabilità può sempre essere dedotta in sede civile, qualora si deduca un fatto illecito, a prescindere dalla celebrazione di un processo penale per il delitto di omicidio o di lesioni colpose ed a prescindere anche dall'astratta configurabilità del fatto come reato. La prescrizione è di 5 anni, salva la maggior durata della prescrizione penale. Sull'attore (paziente) incombe l'onere probatorio di dare la prova del fatto, dell'azione e del danno con il relativo nesso causalità.

2) **contrattuale**: derivante da "contatto" o "contratto" sociale. Trattasi di una vera e propria creazione giurisprudenziale che, in estrema sintesi, nasce dalla considerazione che il medico è un professionista – ancorché dipendente di una struttura pubblica – che entra in "contatto" con il paziente, che si rivolge al sistema sanitario. Come ogni professionista, il sanitario risponde, quindi, contrattualmente non solo per inadempimento, ma anche per inesatto adempimento. Conseguenza di questo tipo di responsabilità è l'applicazione di un termine di prescrizione più lungo (10 anni) ed un rovesciamento dell'onere probatorio. Detto onere è, infatti, ripartito nel senso che il paziente deve provare il fatto dannoso, non l'inadempimento del sanitario, mentre il medico deve provare il suo esatto adempimento. Questa invenzione giurisprudenziale di responsabilità è, inoltre, "costituzionalmente orientata", poiché privilegia in modo assoluto il diritto alla salute, in quanto garantito dalla Carte costituzionale. Alcuna considerazione viene prestata dalla giurisprudenza al fatto che il sanitario che opera in una struttura pubblica, NON è un libero professionista, perché non può scegliersi i suoi 8 collaboratori, né gli strumenti, né è libero di organizzare i reparti ed il suo

stesso lavoro. Egli non percepisce compensi liberi professionali, ma un semplice stipendio, derivante dal rapporto di lavoro subordinato. Questo importantissimo aspetto della tutela dei lavoratori dipendenti, che nell'ambito dei dipendenti pubblici è particolarmente tenuta presente dall'ordinamento (D.P.R. n. 3/1957), svanisce completamente quando si tratta di responsabilità del medico.

C) responsabilità contabile "In tema di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici per danni cagionati ad amministrazioni od enti diversi da quelli di appartenenza, la giurisdizione del giudice contabile sussiste tutte le volte in cui tra l'autore del danno e l'amministrazione od ente pubblico danneggiato sia ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio o ristretto, ma anche di servizio, per quest'ultimo intendendosi la sussistenza di una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'iter procedimentale o nell'apparato organico dell'ente, tale da rendere il primo compartecipe dell'attività amministrativa del secondo" . (Cass. civ., Sez. Unite, 27/11/2002, n. 16829). Quando si tratta di aggiungere delle responsabilità, lo Stato si ricorda che i medici sono dipendenti pubblici e, quindi, rispondono anche contabilmente: per danno al servizio Pubblico!

D) responsabilità disciplinare Come ogni iscritto all'Albo, i sanitari sono soggetti a responsabilità disciplinare verso l'Ordine di appartenenza. In aggiunta, essi rispondono disciplinarmente verso la struttura pubblica in cui lavorano, verso la quale sussistono vari obblighi, tra i quali spicca quello di fedeltà. Si noti che, da un lato, la giurisprudenza afferma che: "La responsabilità e i doveri del medico non riguardano solo l'attività propria e dell'eventuale equipe, che a lui risponda, ma si estende allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività, e si traduce in un ulteriore dovere di informazione del paziente. Il consenso informato, personale del paziente o di un proprio familiare, in vista di un intervento chirurgico o di altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non riguardano soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma riguardano anche la concreta, magari 9 momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un'altra". (Cass. civ., Sez. III, 30/07/2004, n. 14638); dall'altro, la legge dice che "Nei rapporti con il pubblico, il comportamento dell'impiegato deve essere tale da stabilire completa fiducia e sincera collaborazione tra i cittadini e l'Amministrazione" (art. 13 DPR n. 3/1957) e che "Quando, nell'esercizio delle sue funzioni, l'impiegato rilevi difficoltà od inconvenienti, derivanti dalle disposizioni impartite dai superiori per l'organizzazione o lo svolgimento dei servizi, deve riferirne per via gerarchica, formulando le proposte a suo avviso opportune per rimuovere la difficoltà o l'inconveniente. Parimenti per via gerarchica deve essere inoltrata ogni altra comunicazione od istanza dell'impiegato" (art. 16 stesso D.P.R.)! Il discorso sarebbe molto più lungo e più ampio, ma qui non vi è il tempo per dilungarsi ancora: quando si è detto vuol essere soltanto uno spunto, spero utile, di riflessione.

EUROPA

Nella Comunità Europea Vigè il principio di sussidiarietà (ogni Stato membro è libero di organizzare il proprio sistema sanitario), ma l'Europa ha un occhio attento alla salute. Esistono Piani triennali che si occupano di prevenzione, stili di vita salutari, lotta alla droga, all'alcoolismo, al tabagismo, di cure transnazionali, libera circolazione dei pazienti e dei sanitari, standard dei servizi, (carta del paziente da fare staccata a quella dei servizi), uniformazione delle legislazioni (politica generale) nel rispetto delle direttive europee, collaborazione e scambio informazioni tra Stati, medicina on line. L'atto più importante è senza dubbio la CONVENZIONE DI OVIEDO del 4 aprile 1997 recepita in Legge 28/03/2001 n. 145 LO STATO ITALIANO HA IMPIEGATO 4 ANNI A RECEPIRE la convenzione e dopo altri 7 anni è rimasta lettera morta! Art. 3 co 1 della L. 145/2001: "Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi (prorogati al 31/7/2003 con L. 16/1/2003 n. 3) dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento 10 dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione e del Protocollo di cui all'articolo 1". DEI DECRETI AD OGGI NON SI PARLA NEPPURE! ART. 24 della

Convenzione di Oviedo recepita dalla L. 145/2001: “ Réparation d'un dommage injustifié. La personne ayant subi un dommage injustifié résultant d'une intervention a droit à une réparation équitable dans les conditions et selon les modalités prévues par la loi ». Tradotto in italiano, la Convenzione dice: « RIPARAZIONE DI UN DANNO (ma anche nocumento, indennizzo) INGIUSTIFICATO. La persona che abbia subito un danno (nocumento) ingiustificato risultante da un intervento (nell'ambito delle cure della sanità), ha diritto ad una riparazione equa alle condizioni e secondo le modalità previste dalla legge”. Art. 4 della Convenzione di Oviedo (come recepita) :“ Obligations professionnelles et règles de conduite. Toute intervention dans le domaine de la santé, y compris la recherche, doit être effectuée dans le respect des normes et obligations professionnelles, ainsi que des règles de conduite applicables en l'espèce ». Traduzione : « Obblighi professionali e regole di condotta. Ogni intervento in ambito sanitario, ivi compresa la ricerca, deve essere effettuato nel rispetto delle norme e degli obblighi professionali, oltre che delle regole di condotta applicabili alla fattispecie ». Quale migliore occasione per stabilire cos'è l'atto medico e definire una volta per tutte quali sono le regole di condotta dei sanitari, i loro obblighi professionali ecc. ecc? NULLA è stato fatto, ma tutto potrebbe farsi! Occorre, peraltro, tener conto che da più di 10 anni la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea raccomanda agli Stati di uniformare le normative, e, quindi, anche sotto questo profilo sarebbe più che opportuno armonizzare la normativa italiana con quella degli altri Paesi d'Europa.

COMMON LAW

(IL SISTEMA GIURIDICO DI COMMON LAW E LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO: IPOTESI PER UNA COMPARAZIONE. di Antonella Distante avvocato in Roma, docente di inglese giuridico Università di Roma “La Sapienza”)

Il sistema di Common Law in Gran Bretagna

La tematica oggetto di studio può essere delineata attraverso l'analisi sintetica e preliminare dell'ambito giuridico in cui la responsabilità del medico si colloca.

Risulta, a tal uopo, necessaria la menzione di alcuni rapidi riferimenti al sistema di Common Law, per poi tratteggiare gli aspetti caratterizzanti la responsabilità extra-contrattuale, facendo anche alcuni rilievi su tale disciplina in Francia e in Germania. Il fine ultimo è quello di introdurre la figura giuridica della medical malpractice anche attraverso alcuni cenni sull'organizzazione sanitaria inglese.

Il sistema di diritto inglese manca di un elemento caratterizzante un sistema giuridico: la presenza di un codice civile, di una costituzione, di un codice di commercio, o di procedura civile, ossia un sistema di concetti giuridici costruito ed elaborato in modo razionale⁽¹⁾. Tale sistema è basato su precedenti e casi tipici e presta attenzione al dato reale piuttosto che alla codificazione astratta e sistematica. Il diritto romano ha solamente sfiorato il sistema di Common Law, mentre ha profondamente influenzato le basi del diritto in Germania e in Francia. Per spiegare in modo organico tali premesse di fatto, è opportuno enucleare un breve excursus storico, per comprendere più a fondo le caratteristiche, la terminologia tecnica e le categorie concettuali del sistema giuridico di Common Law, per poi procedere alla disamina della tematica oggetto di studio. L'inizio della storia del diritto inglese può ricollegarsi al 1066, quando

NOTE

¹ Eccetto leggi che disciplinano importanti campi del diritto commerciale, manca ancora oggi una codificazione completa del diritto di famiglia, delle successioni, dei contratti e della responsabilità extra-contrattuale. In tali campi ci si è sempre riferiti a leggi speciali che possono essere comprese soltanto avendo presente il contesto delle regole non scritte di Common Law

Guglielmo I di Normandia conquista l'isola britannica, sconfiggendo gli Anglosassoni. Guglielmo I e i suoi successori creano un sistema feudale uniforme e rigido al cui vertice vi è il potere regio: si diffonde la concezione che tutti i titoli immobiliari feudali possano essere ricondotti direttamente o indirettamente alla corona. Dal XIII secolo il termine feodum o feudum, in inglese fee, stava ad indicare qualsiasi diritto ereditario di utilizzare la terra, termine che, invece, sul continente veniva impiegato unicamente per i feudi dei cavalieri, ottenuti con i loro servizi svolti in guerra; in Inghilterra tutta la terra apparteneva alla corona e i cittadini erano titolari di un diritto più limitato. Tale rigida costruzione feudale con relativa centralizzazione del potere, consentì un'amministrazione regia centralizzata e ben funzionante.

Il potere giudiziario era esercitato dalle corti di Westminster, ed attraverso le stesse il re esercitava il potere giurisdizionale. Anche in questo ambito si è in presenza di una forte centralizzazione della giustizia e una sempre crescente unificazione del diritto vigente in Inghilterra.

Gli strumenti processuali tipici in epoca medioevale, erano i c.d. **writs (2)**. In ambito giuridico, tale termine writs indicava un ordine del re attraverso cui questi incaricava il funzionario competente di invitare il convenuto di fronte alle sue corti e di trattare la questione in contraddittorio.

Si sviluppò un ingente numero di writs, formule standardizzate, idonee alle diverse tipologie di controversie. In particolare merita un cenno il **writ of trespass** veniva originariamente concesso solo nei casi in cui, con violenza, si fosse disturbato l'esercizio del diritto sui beni altrui, oppure si fosse lesa l'incolumità corporale altrui.

Tale disposizione prefigura in nuce la tutela in ambito di responsabilità oggetto della presente trattazione; si tratta di una forma embrionale che nel prosieguo sarà dettagliata nello specifico. Alla stregua di quanto finora esposto, si può con certezza affermare che l'evoluzione del sistema di Common Law medievale presenta molti punti in comune con il sistema del diritto romano: entrambi i sistemi erano dominati dallo studio delle azioni e lo studio del diritto materiale si sviluppò solo successivamente, anche se non è possibile trovare punti di convergenza diretti nell'ambito della responsabilità extracontrattuale tra i due sistemi oggetto di esame.

In merito al significato di Common Law è necessario specificare che ad esso vanno ricollegati più concetti: innanzitutto la contrapposizione tra il sistema anglo-americano di Common Law a cui si contrappone il termine Civil Law, con cui si identifica il diritto dei sistemi continentali influenzati dal diritto romano.

Inoltre, il termine **Common Law**, inteso in senso stretto, **indica il diritto sviluppato dalle corti regie, diverso sia dallo Statute Law, diritto emanato dal Parlamento, sia dal corpo di norme definito di Equity(3)**.

Il motivo per cui in Inghilterra non vi sia stata mai un'ampia ricezione del diritto romano(4) può ricollegarsi al

NOTE

2 Il termine deriva dal latino e la sua accezione originaria era: breve, ed indicava una lettera proveniente da una autorità spirituale o secolare superiore attraverso cui si faceva pervenire al destinatario una richiesta o delle istruzioni.

3 Con tale termine si deve intendere una parte del diritto materiale sviluppatasi attraverso la giurisprudenza della Court of Chancery. Le norme di Equity più importanti, da un punto di vista pratico, sono quelle relative ai rapporti fiduciari, trust. Nell'Equity si svilupparono una serie di rimedi volti ad integrare il sistema di azioni di Common Law, caratterizzato da un alto grado di formalismo: soltanto al verificarsi del danno si poteva prefigurare una richiesta di risarcimento. Invece il cancelliere in presenza di determinati presupposti poteva concedere un'ingiunzione per far valere al livello preventivo la cessazione di un determinato comportamento. La bipartizione tra Common Law ed Equity si protrasse fino al 1873/75 quando fu promulgato il Judicature Act, volto a riformare l'organizzazione della giustizia e della procedura, e che operò la fusione tra le norme di Common Law e quelle di Equity

4 L'unico periodo della storia in cui l'integrità del sistema di Common Law è stata messa a repentaglio fu durante l'epoca dei Tudors e degli Stuarts tra il XVI e XVII. In tale periodo i sovrani apprezzavano il diritto romano, in quanto ad esso potevano ricollegare la pretesa che la volontà del re potesse avere un valore assoluto. Ma tale tentativo di introdurre il diritto romano come emblema dell'assolutismo monarchico andò fallito, poiché l'enorme potere di cui il ceto dei giuristi era detentore si schierò, nella lotta politica, dalla parte del Parlamento, fautore del sistema di Common Law, che conquistò la vittoria contro la monarchia.

fatto che i pratici del diritto, soprattutto gli avvocati, detenevano l'educazione del giurista e il monopolio corporativo per l'ammissione alla pratica del diritto, svolgendo quindi un ruolo importante per la stabilizzazione del diritto e la sua applicazione concreta, scevra da tentativi di codificazione intesa in senso tradizionale.

È opportuno però precisare che il diritto romano ha in misura maggiore influenzato il campo del diritto commerciale e del diritto marittimo ove tali contaminazioni sono oggi ancora riconoscibili

Ai fini della presente trattazione, fondata su rilievi di carattere comparativistico, è opportuno menzionare la disomogeneità creata all'interno del sistema di Common Law dalla Scozia. Tale paese ha sviluppato un proprio sistema di diritto diverso da quello inglese; in particolare, l'alleanza con la Francia, per contrastare la nemica Inghilterra, ha permesso una profonda contaminazione dal punto di vista culturale e del diritto. Anche quando nel 1707 i due stati si unirono creando il Regno Unito di Gran Bretagna, il diritto scozzese rimase inalterato. Successivamente, a partire dal XIX secolo, il diritto scozzese è stato profondamente influenzato dal sistema di Common Law inglese: la dottrina del precedente è stata recepita in Scozia.

È interessante, ai fini del nostro studio, rilevare che, *per quanto concerne la responsabilità extracontrattuale, in Scozia ci si ricollega ad un principio generale di responsabilità per colpa (che si è sviluppata dall'"actio legis Aquiliae") e all'"actio iniuriarum"*. Pertanto il diritto scozzese è stato modellato alla stregua di un'applicazione attenta di principi e concetti generali che fanno parte del pensiero di Civil Law, creando una simbiosi interessante tra le tradizioni giuridiche continentali e quelle inglesi.

Il sistema di Common Law negli Stati Uniti

L'esperienza giuridica statunitense si differenzia per alcuni aspetti da quella inglese pur trovando applicazione il sistema di Common Law.

Per spiegare tale assunto è necessario fare qualche breve cenno di carattere storico: dopo la Dichiarazione di Indipendenza del 1776, in America fu elaborata una costituzione che entrò in vigore per i 13 stati fondatori nel 1789. Tale costituzione è ancora oggi in vigore anche se ha subito, nel corso degli anni, alcuni emendamenti. Questo aspetto costituisce chiaramente uno degli elementi di maggiore divergenza con il sistema inglese; l'altro elemento che crea una frattura tra l'una e l'altra realtà giuridica è la presenza di uno stato federale. A tal proposito va fatto riferimento alla difficile convivenza in America tra diritto federale e diritto statale, e al fatto che sia la federazione che i singoli stati presentano una organizzazione giudiziaria completa. 93 La costituzione americana conferisce alla federazione una competenza legislativa in materie espressamente indicate (la facoltà di battere moneta, di stabilire il valore della moneta stessa, di importare, di percepire le tasse, diritti, imposte e dazi, di provvedere alla difesa comune, la nazionalità, la difesa del commercio e del diritto d'autore, le procedure concorsuali, il diritto marittimo e la disciplina del commercio con l'estero e tra i singoli stati). Pertanto il diritto privato e gli istituti del diritto commerciale sono di competenza dei 50 stati federali. Infatti nel campo del diritto di famiglia e delle successioni, dei contratti e della responsabilità extracontrattuale, della proprietà immobiliare, del diritto delle società, delle assicurazioni e dei titoli di credito, la giurisprudenza nei singoli stati si è sviluppata in direzioni diverse. Una certa unitarietà del sistema americano è garantita dalla redazione dei così detti "Restatements", raccolte sistematiche ed ordinate del diritto vigente, pertanto i campi importanti del diritto privato americano non codificato - come il diritto comune dei contratti, la responsabilità extracontrattuale, la disciplina del trust, il diritto internazionale privato, ma non il diritto di famiglia e delle successioni - sono stati rielaborati in queste raccolte che assomigliano ai codici di Civil Law. In ogni caso, per ciò che attiene al diritto comune dei contratti, della responsabilità extracontrattuale della proprietà immobiliare, della famiglia e delle successioni, il diritto vigente deve essere ricercato all'interno degli ordinamenti giuridici dei singoli stati. Per quanto riguarda i concetti principali, i metodi e le soluzioni, si rilevano caratteristiche uniformi. Un ulteriore

elemento di disomogeneità del sistema riguarda la concorrenza a livello giurisdizionale tra i tribunali federali e gli organi giudiziari dei singoli stati: tale diversità comporta conseguenze a livello di univocità del sistema. Il concetto di responsabilità nei sistemi giuridici di Common Law e romano germanico: ipotesi per una comparazione Per ciò che attiene al tema della responsabilità extracontrattuale partendo dalla disamina della situazione nei paesi di Common Law, si può affermare una relativa tipizzazione della fattispecie di responsabilità 94 extracontrattuale nei torts. In particolare, va fatta menzione del tre - spass inteso come una violazione nei confronti di una persona, della proprietà privata e di beni materiali. Ad ogni caso corrisponde una specifica regolamentazione dal punto di vista della violazione perpetrata. Ulteriori ipotesi che rientrano nella Law of Torts sono la negligence ove gli elementi costitutivi della fattispecie sono quattro: 1) un dovere di diligenza (duty of care), 2) una violazione di questo dovere (breach of the duty of care), 3) un danno (damage), 4) che il danno non sia diretto (esclusione della remoteness of damage). Il breach of duty of care, il damage e il nesso causale qualificato corrispondono nel diritto continentale alla colpa. La presenza contestuale di questi 3 elementi porta incontrovertibilmente alla condanna dell'agente, nel caso in cui fosse sussistito un duty of care, ossia, un dovere di diligenza in capo all'agente stesso. Originariamente, non esisteva in tale sistema giuridico un principio generale di responsabilità per colpa, poi l'evoluzione del diritto ha comportato un'espansione del dovere di diligenza fino a configurare un implied duty of care, posto in capo a chiunque svolga una qualsiasi attività suscettibile di recare danno agli altri. Pertanto ci si è avvicinati al principio del *neminem laedere*, tipico del diritto continentale, ove vige un principio generale di responsabilità per colpa, fondato sul sistema di Common Law sul *tort of negligence*. È opportuno ricordare, nella definizione della fattispecie oggetto della presente trattazione, che la responsabilità opera nel caso sia in causa un pregiudizio materiale alla proprietà o all'integrità fisica, pertanto se non ci si può ricollegare al tipo di pregiudizio, ci si riferisce esclusivamente a danni di carattere economico: *economic loss*. In tale ambito, il ristoro di danni può essere esperito solo in casi ben definiti: responsabilità del professionista, del funzionario ecc. L'analisi condotta in questo studio è fondata su basi comparativistiche e pertanto è opportuno presentare alcuni riferimenti che caratterizzano la concezione della responsabilità extracontrattuale nel sistema francese e tedesco. Per quanto concerne il codice Napoleonico ci si può riferire, trattando la fattispecie della responsabilità extracontrattuale, all'art. 1382 "in 95 qualsiasi fatto umano che causi ad altrui danno dà luogo al risarcimento", a cui si può ricollegare il principio romanistico del *neminem laedere*. Tale compatibilità tra la norma francese e il suddetto principio è solo ipotetica, in quanto tale assunto è incompatibile con l'idea della tipicità dei diritti civili. In sintesi, alla stregua delle, a volte divergenti, posizioni della dottrina francese, l'art. 1382 cod. Napoleonico è compatibile con due formule opposte, l'una restrittiva, che prefigura l'ipotesi di fattispecie tassative per la responsabilità extracontrattuale, l'altra di apertura, che propone un concetto di atipicità per tale istituto giuridico. Queste divergenti soluzioni trovano un punto di convergenza proprio nell'art. 1382 che attraverso il suo dettato propone diverse prospettive rispetto ad un identico problema. In merito all'esperienza tedesca va fatto riferimento all'art. 827 del BGB, secondo cui non si è responsabili se non quando si leda con dolo o colpa "la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un simile diritto" della vittima. Inoltre, l'art. 826 BGB statuisce che: si rende responsabile chi agisce intenzionalmente a danno di altri in modo contrario ai buoni costumi. Pertanto un elemento speciale di qualificazione deve esistere o nel costituente oggettivo della fattispecie (lesione di un diritto o altra ipotesi prevista dalla legge) o nel costituente soggettivo (l'intenzione malvagia). La rilevanza nel sistema tedesco dell'intenzione malvagia contrasterebbe con il sistema francese che ha eliminato ogni disparità tra gli effetti dell'intenzione e della semplice colpa, ma lo sviluppo del diritto applicato, sia francese che tedesco, è caratterizzato da punti di convergenza. In Germania vi è atto illecito se c'è lesione di un diritto e l'interprete potrà aggiungere qualche diritto nuovo alla serie tradizionale e pertanto la regola che promana dal codice è quella secondo cui, fuori dai casi di lesione a beni giuridici specificamente protetti, non vi è atto illecito se non vi è dolo e contrarietà ai buoni costumi. Le previsioni codicistiche contrastano con la casistica esplicita nei manuali, ove è riportata una serie di casi in cui è stata ammessa una responsabilità a titolo di colpa grave. Un esempio paradigmatico che si può ricondurre ai termini della presente trattazione è quello di un 96 medico incorso in questa responsabilità per aver causato con la sua negligente imperizia l'interdizione della

vittima. Per ciò che attiene all'elemento soggettivo dell'illecito civile è opportuno menzionare che la legge francese riduce a zero la rilevanza del dolo, mentre l'art. 826 del BGB attribuisce al dolo un'ampia rilevanza. Nonostante queste premesse di carattere legislativo siano evidentemente divergenti, la giurisprudenza di Francia e Germania sembrano invece convergere. In Francia il giudice prefigura l'ipotesi di responsabilità a titolo di dolo secondo un duplice schema: l'autore dell'illecito agisce nell'esercizio di un diritto ma essendosi manifestato da parte dello stesso l'intento di nuocere, tale intervento configura la fattispecie di abuso del diritto che comporta come conseguenza diretta una responsabilità. Pertanto, concludendo questa sintetica ipotesi comparativa per l'illecito civile, in Francia e in Germania si rileva una relativa convergenza dal punto di vista dell'applicazione del diritto pur partendo da presupposti legislativi divergenti. L'ultima riflessione sul tema dell'illecito civile riguarda il caso dell'Italia, ove il legislatore sanziona un danno ingiusto in base a ciò che statuisce l'art. 2043 cod. civ.; sebbene il concetto di ingiustizia offra un ampio potere discrezionale al giudice al fine di identificare tale categoria giuridica, anche se alla stregua della posizione della giurisprudenza, i giudici italiani, applicando il principio del *neminem laedere*, non hanno abusato di tutto il potere offerto dal legislatore. Cenni sul sistema sanitario in Gran Bretagna All'inizio degli anni '90 il National Health Service è stato riorganizzato secondo un sistema di contratti tra acquirenti e fornitori di servizi sanitari. Dal 1999 il sistema ha subito ulteriori modifiche dal momento che ciascuna Health Authority deve predisporre un Health Improvement Programme a livello locale, previa consultazione con i c.d. General Practitioners, che sono medici che prestano la propria attività a livello locale presso centri chirurgici o di salute. Tale programma per il miglioramento della salute viene redatto con il 97 contributo del personale paramedico, dei servizi sociali e dei National Health Service Trusts che sono i maggiori fornitori del servizio sanitario nazionale. L'autorità per la salute (Health Authority) stanziava fondi per Primary Care Groups (composti da "medici di base", GPs e personale paramedico) i quali devono decidere come impiegare tali risorse in modo da raggiungere gli obiettivi fissati nel programma generale per la salute. A proposito del ruolo dei general practitioners va rilevato che qualsiasi soggetto residente nel Regno Unito, inclusi gli stranieri, ha diritto di essere registrato da un medico di base. I nuovi pazienti sono liberi di registrarsi con qualsiasi medico e di cambiarlo nel corso del tempo, hanno inoltre il diritto a una visita quando si iscrivono presso un medico. I medici possono rifiutare un nuovo paziente anche senza darne specifica motivazione. Se la persona si trattiene per più di tre mesi in un'altra parte del Regno Unito può chiedere la registrazione con un altro medico per un periodo temporaneo. Il sistema sanitario inglese dovrebbe offrire a tutti i pazienti con età superiore ai 75 anni un controllo medico su base annuale anche se non è obbligatorio. In merito ai costi e alle prescrizioni, è necessario chiarire che non ci sono costi per i servizi erogati dai medici di base che però possono richiedere il pagamento per altri servizi, quali vaccinazioni effettuate per periodi di vacanze, certificati medici e visite per scopi assicurativi. Prescrizioni gratuite sono previste per coloro che hanno superato i 60 anni di età e per coloro i quali (o il cui coniuge) ricevono sussidi per disoccupazione o per invalidità. Per completare il breve quadro del sistema sanitario inglese, va fatto riferimento alla Patient's Charter, un documento che garantisce al paziente il trattamento medico ospedaliero. Le diverse Autorità sanitarie si sono organizzate su diversi livelli di liste d'attesa cercando il più possibile di ridurre i tempi per ottenere la prestazione sanitaria. Ovviamente i pazienti vittime d'incidenti e le emergenze devono essere curati tempestivamente. 5 Esiste un Servizio Nazionale per le liste d'attesa (National List Helpline for England South Wales) istituito con lo scopo di aiutare il pubblico a trovare ospedali con liste d'attesa meno lunghe in modo da assicurare un servizio più efficiente per i cittadini. 98 Tale Carta dei diritti del paziente statuisce che le operazioni non dovrebbero essere cancellate nel momento in cui il paziente sia stato ricoverato. Se l'operazione non viene eseguita se ne dovrebbe fissare un'altra entro un mese dalla precedente. In merito al tema del consenso del paziente, va precisato che un soggetto non può essere esaminato né sottoposto a trattamento senza il suo consenso. Inoltre, nessun altro può autorizzare l'esame o qualsiasi trattamento per conto di terzi. In presenza di talune circostanze i medici possono eseguire un trattamento sanitario in base a ciò che sia più appropriato nell'interesse del paziente. In alcuni casi, se le condizioni del paziente non sono precarie, si ritiene consigliabile di rimettere la decisione al tribunale. In particolare per ciò che riguarda il tema del consenso del paziente per i trattamenti sanitari, vale la pena citare un caso del 1993 ove i medici

intendevano operare un paziente affetto da seri disturbi mentali che era in pericolo di vita. Il malato diceva di non volersi sottoporre al trattamento medico ed ha presentato una richiesta al tribunale per ottenere una c.d. *injunction* in modo da evitare tale intervento sanitario. Il tribunale, nonostante le accertate e precarie condizioni mentali del paziente, ha compreso la natura, il fine e gli effetti dei sopra menzionati trattamenti sanitari e perciò ha ritenuto valida la giustificazione del paziente per aver rifiutato tale operazione. Dunque l'elemento del consenso nella fattispecie concernente il trattamento sanitario è ritenuto fondamentale affinché esso sia valido: il paziente deve comprendere la natura e lo scopo di tale trattamento, e le possibili alternative nonché i rischi sostanziali in modo da poter prendere una decisione equilibrata e sulla base di notizie chiare. Una fattispecie che può essere accostata a quella del consenso riguarda le *advance directives*, disposizioni preventive, conosciute anche sotto il nome di *living will*, la cui traduzione in italiano può essere "dichiarazione di volontà cosciente", infatti corrisponde, nella pratica, ad una dichiarazione di chi si trova in stato di capacità di intendere e volere attraverso cui il soggetto dispone per il futuro nel caso dovesse verificarsi un evento tipico del sistema di Equity, volto a garantire una tutela ad hoc, a differenza della tutela della Common Law che è tipicamente risarcitoria. 99 perdere, a seguito di un trattamento medico, tale capacità. Tali disposizioni preventive non possono autorizzare un medico ad agire contro la legge. La legge infatti statuisce che è illegale il comportamento di un medico che somministra un trattamento che sia volto a causare la morte, perfino se il medico ritenga ingenuamente che il paziente desideri togliersi la vita. Pertanto, tale richiesta, espressa in qualsiasi documento scritto da un paziente, deve ritenersi non valida. Comunque, i tribunali hanno deciso che è ammissibile, in alcune circostanze, somministrare un trattamento che rechi un sollievo al paziente, nonostante tale trattamento possa accelerare una morte comunque inevitabile. Prima che un paziente lasci l'ospedale è necessario che venga fatta una valutazione in merito al fatto che lo stesso paziente possa effettivamente lasciare la struttura ospedaliera senza pericolo per la sua salute. Pertanto, un paziente non può essere dimesso finché ciò non sia clinicamente appropriato; inoltre, se il supporto offerto dall'ospedale risulta essere insufficiente o non soddisfacente, si deve contattare senza indugio l'ospedale che ha erogato il servizio oppure il Community Health Council che su base locale può aiutare il paziente in difficoltà. Nel caso in cui un paziente venga dimesso non sentendosi pronto a lasciare l'ospedale o non si ritenga soddisfatto del trattamento ricevuto, allora i servizi sociali dell'ospedale tenteranno di trovare una soluzione alternativa che sia soddisfacente; in ogni caso il paziente e i suoi familiari potranno chiedere al tribunale una revisione della decisione circa l'interruzione della prestazione sanitaria da parte del Servizio Sanitario Nazionale. Conclusioni I riferimenti che precedono hanno offerto una panoramica d'insieme del fenomeno oggetto di studio, e alla stregua di ciò che è stato analizzato risulta che il tema della responsabilità extracontrattuale è molto complesso, sia perché presenta alcuni aspetti di non semplice esplicazione - anche per ciò che attiene alla disciplina italiana - sia perché l'argomento del presente lavoro è quello di delineare gli aspetti caratterizzanti la responsabilità tipica del sistema giuridico di Common Law, relativa ad una specifica figura professionale, quella del medico. La possibilità di identificare punti di convergenza tra i due sistemi non sembra percorribile, stante la presenza di differenze sostanziali tra il sistema di Civil Law e quello di Common Law, in base anche a quanto espresso nella prima parte introduttiva, dove la sintetica disamina degli elementi caratteristici del diritto anglo-americano ha permesso di metterne in luce i tratti essenziali. Pertanto, il professionista inglese deve rispettare quanto statuito nella Patient's Charter, attenendosi alle disposizioni volte alla tutela del paziente, il quale vedendo lesa il proprio diritto è legittimato ad esperire le vie giudiziali nel caso di violazioni. Infatti, anche nell'ipotesi di rilievi giurisdizionali, nel caso in cui il medico inglese fosse soggetto ad una procedura giudiziale, si applicherebbero i principi di Common Law con tutte le conseguenze del caso, sia dal punto di vista del diritto processuale che da quello del diritto materiale.