

Il Garante per il diritto alla salute: quali le novità?

18 Settembre 2020
Saverio Agnoli



*Statua di Camillo de Lellis
Ospedale San Camillo, Trento*

La difesa civica ed il diritto alla salute

La figura del Garante per il diritto alla salute, istituita dall'art. 2 della l. n. 24/2017 (cd. legge Gelli-Bianco) quale organo di garanzia specifica - di competenza e di istituzione regionali -, è un tema ormai da tempo all'ordine del giorno di numerose Regioni e delle due Province autonome.

Essendo previsto che le relative funzioni possano essere assegnate al Difensore civico (territoriale, ovviamente), si rivela di peculiare importanza valutare le ricadute di queste disposizioni sull'ordinamento regionale; o provinciale, nei casi di Trento e Bolzano.

Ebbene, sorgono in particolare due capitali interrogativi, che saranno appunto oggetto delle considerazioni che seguono.

In primo luogo: qual è il rapporto fra la già esistente difesa civica e la garanzia della salute?

Più precisamente, quali forme di tutela stragiudiziale consentono - rispettivamente - la difesa civica e la garanzia della salute?

E pertanto, a seguire: quali sono gli sviluppi possibili della materia?

Va premesso che le argomentazioni che si vanno di seguito a proporre sono mirate in via principale sulla realtà trentina. E' in ogni caso opportuno, al contempo, non ignorare che queste considerazioni hanno una valenza più ampia, essendo possibile estenderle ad altri ordinamenti in cui l'assetto istituzionale non sia radicalmente difforme - ai presenti fini - rispetto a quello della Provincia autonoma di Trento.

Ebbene, per ragioni di chiarezza complessiva si ritiene opportuno in primo luogo un succinto richiamo all'orizzonte giuridico della difesa civica. Orizzonte desumibile sia dalla disciplina di settore, sia - in maniera più celere e pragmatica - dalle relazioni annuali del Difensore civico trentino.

Si deve dunque anzitutto segnalare che uno dei capisaldi della materia è invero costituito dal fatto che la difesa civica si sostanzia in un'attività a rilievo, per così dire, tendenzialmente totale.

Attuare la difesa civica a livello provinciale, significa cioè attuare la difesa civica dell'uomo comune, come del professionista, degli svantaggiati, degli anziani, di chi ha rapporti in atto con il Servizio istruzione, come con l'Agenzia provinciale per la protezione dell'ambiente, con l'Azienda provinciale per i servizi sanitari (APSS), ecc.

Il che è spesso predicabile, in maniera analoga, anche per altre Regioni o per la Provincia di Bolzano.

E' chiaro che su tale premessa si potrebbe sviluppare un articolato dibattito, ricco di precisazioni e distinzioni, ma non è questa la sede per affrontare l'argomento.

Si viene piuttosto al nucleo della normativa che qui rileva, contenuto nell'art. 2, c. 1, della l. p. n. 28/1982, in cui si dispone: *“Spetta al Difensore civico seguire, su richiesta degli interessati, l'adozione degli atti e lo svolgimento dei procedimenti posti in essere dalla Provincia... in modo che ne siano assicurate la tempestività e la regolarità, segnalando altresì al Presidente della Giunta provinciale eventuali ritardi, irregolarità e disfunzioni, nonché le cause delle stesse”*.

Nonché nell'art. 3, ove si estendono i poteri di *“controllo”* ai casi in cui il Difensore civico stesso ritenga di doversi attivare *“d'ufficio”* (art. 3, cc. 5 e 6).

Non è necessario dilungarsi sull'evoluzione dell'ordinamento giuridico, che indubbiamente ha reso necessario un processo di esegesi, di raffronto, di coordinamento fra le norme succedutesi nel tempo, al fine di adattare formulazioni del passato - quelle, appunto, della legislazione del 1982 - al rinnovato contesto normativo di riferimento.

Basti piuttosto dire che l'APSS è, a differenza che nella quasi totalità del resto del Paese, un ente strumentale della Provincia in senso proprio e formale (v. alleg. A, l. p. n. 3/2006).

Ne consegue che l'Azienda sanitaria, con riguardo ai *“ritardi”*, alle *“irregolarità”*, alle *“disfunzioni”* di cui alla citata l. p. n. 28/1982 - ed alla ulteriore, pertinente legislazione - rientra nell'ambito della Provincia, con ciò che ne deriva in termini di operatività della difesa civica provinciale.

Incidentalmente, non è comunque irrilevante ricordare anche che la competenza della difesa civica nei confronti delle Aziende sanitarie era ed è ritenuta operativa in molte Regioni italiane, a prescindere dall'esistenza di una specifica previsione di garanzia per il diritto alla salute.

Infatti le Aziende sanitarie che, attesa la loro autonomia, non rientrano - salvo eccezioni, come visto - nel novero degli enti strumentali delle Regioni in senso proprio, *“possono (comunque, n.d.r.) essere considerate come lo strumento attraverso il quale la Regione provvede all'erogazione dei servizi sanitari nell'esercizio della competenza in materia di tutela della salute ad essa attribuita dalla Costituzione (v. Corte cost., sentenze n. 220 del 2003 e n. 104 del 2007)”* (Cass. 2014/23059).

Tornando alla realtà trentina, chi intendesse analizzare più a fondo l'argomento potrà verificare come la competenza del Difensore civico su sanità e questioni sociosanitarie emerga, nella concretezza dell'attività svolta, sin dalla prima relazione disponibile nel presente sito: si veda la relazione del 2000 (pp. 153, 154 e 160 e ss.).

Vi sarebbero ulteriori precisazioni da fare, ma non è opportuno appesantire questo ragionamento. Infatti la relazione del 2000 e quelle degli anni a seguire - nonché, *ad abundantiam*, anche quelle cartacee dell'epoca precedente - costituiscono la traduzione in attività istituzionale dei principi giuridici che regolano la difesa civica e rappresentano la cartina al tornasole che meglio di ogni altra astratta considerazione evidenzia le funzioni del Difensore civico in campo sanitario e sociosanitario.

Il Garante per il diritto della salute

E' opportuno, qui giunti, soffermarsi più puntualmente sul già citato art. 2 della l. n. 24/2017, vero e proprio cardine su cui si impenna la prefigurata garanzia per il diritto alla salute: *"1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono affidare all'ufficio del Difensore civico la funzione di garante per il diritto alla salute e disciplinarne la struttura organizzativa e il supporto tecnico.*

2. Il Difensore civico, nella sua funzione di garante per il diritto alla salute, può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o mediante un proprio delegato, per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria.

3. Il Difensore civico acquisisce, anche digitalmente, gli atti relativi alla segnalazione pervenuta e, qualora abbia verificato la fondatezza della segnalazione, interviene a tutela del diritto leso con i poteri e le modalità stabiliti dalla legislazione regionale".

Ebbene, a parte alcuni segmenti di attività, svincolate da una figura specifica di garanzia per la tutela della salute - si pensi ad es. che la normativa nazionale fissa termini stringenti e regole specifiche per l'ostensione degli atti sanitari (art. 4, l. n. 24 cit.) -, il Difensore civico trentino, come si è ricordato, svolge già, in linea di massima, le funzioni che in campo sanitario vengono individuate dalla recente legislazione nazionale (fatte comunque salve le precisazioni che seguono nel paragrafo successivo).

Di più, mentre la citata legge n. 24 statuisce che il Garante per il diritto alla salute si attiva su segnalazione di parte, il Difensore civico trentino - pur privo del titolo formale di Garante - può attivarsi anche d'ufficio. Sotto questo profilo, dunque, a dispetto delle incrostazioni verbali di una disciplina che - lo si è detto - risale agli anni '80, il Difensore dispone di poteri persino più ampi di quelli del Garante astrattamente delineato dal legislatore nazionale.

Concretizzando questi ragionamenti, se ad es. l'Azienda sanitaria fa resistenza alla consegna di atti nei riguardi di soggetti legittimati all'accesso, il Difensore civico interviene in quanto tale nei riguardi dell'Azienda stessa, analogamente a ciò che farebbe nei confronti di qualunque altro soggetto rientrante nel perimetro delle sue competenze.

La differenza non deriva qui tanto dal fatto di operare nella veste di Garante specifico, anziché in quella di Difensore, quanto dalle peculiari disposizioni normative, e dai relativi sviluppi, che di volta in volta possono comportare delle differenze nelle varie tipologie di accesso.

Mutatis mutandis, il Difensore interviene similmente - anche qui senza la necessità di vantare titoli ulteriori di garanzia nel settore della salute - qualora un avente diritto ad un'esonazione del ticket chieda di essere tutelato, ove l'Azienda sanitaria, poniamo, non intenda riconoscergli il diritto in questione.

In definitiva, pur potendosi migliorare la difesa civica anche in ambito sanitario - la legge Gelli-Bianco si volge meritevolmente in questa direzione -, sorge un interrogativo sull'opportunità stessa di utilizzare una terminologia (Garante per il diritto alla salute) così fortemente caratterizzante. Mentre infatti tale regime definitorio attribuisce formalmente delle competenze al Difensore civico, con ciò stesso sembra che venga messa sostanzialmente in discussione la preesistente e concomitante attività svolta dal Difensore medesimo in questo stesso ambito.

Si consideri inoltre, sviluppando ulteriormente questi concetti, che il criterio ermeneutico logico - ed in particolare il cosiddetto *argumentum a contrariis* - rammenta invero che là dove il legislatore ha voluto normare lo ha fatto espressamente; e, dove non ha inteso farlo, ha taciuto.

Il che, in concreto, se si adottano denominazioni nuove - Garante per il diritto alla salute, appunto - suggerisce fra l'altro l'idea che il Difensore civico non sarebbe (mentre al contrario, come detto, lo è già), ad es., garante degli anziani, garante dei disabili, ecc.

Non si deve pertanto confondere l'attribuzione al Difensore civico di nuovi titoli, di nuovi strumenti operativi, di funzioni eventualmente più incisive in settori già oggetto di trattazione da parte della difesa civica, con il tema, critico, delle "nuove" garanzie.

Nonostante dunque la legislazione nazionale intenda attribuire al Difensore civico un ruolo per la garanzia del diritto alla salute - e non creare nuove figure di garanti - si soggiunge che consacrare a livello legislativo una ridondanza di cariche apre la strada alla polverizzazione degli strumenti di tutela del cittadino. Si finisce in tal modo quantomeno per favorire la creazione di garanti autonomi, che sottrarrebbero funzioni alla difesa civica: complicando le procedure; creando potenziali e reali conflitti di competenza fra autorità chiamate ad operare in campi spesso trasversali; aumentando i costi a carico della collettività; rendendo disorganiche e poco efficaci le garanzie stesse, ecc.

Si pensi, volendo proporre un caso di scuola - quasi paradossale, ma tutt'altro che irrealistico - ad una fattispecie di difesa civica di un ultrasessantacinquenne disabile, caratterizzata da profili diversificati, anche di carattere sanitario.

Questa casistica, nel contesto attuale di un sistema di difesa civica organica ed unitaria, compete al Difensore civico.

Si ipotizzi ora, invece, che questo caso vada contestualizzato in un ordinamento pluriforme in cui si contemplano, accanto al Difensore civico, un Garante per il diritto alla salute, un Garante per gli anziani ed un Garante per i disabili.

Ha senso una siffatta moltiplicazione dei costi, delle potenziali controversie che possono sorgere in ordine alle competenze, e via discorrendo?

Anche una mera amplificazione dei titoli va dunque opportunamente meditata e calibrata, perché può essere non priva di ricadute negative sull'esegesi dell'ordinamento e, a cascata, sui suoi stessi sviluppi. E che questa ricaduta negativa - ad oggi solo incipiente - sia già agli atti, risulta in effetti da contributi ed approfondimenti reperibili *online*. Nel contesto, infatti, di analisi che si limitano al dato formale e che in definitiva misconoscono *sic et simpliciter* - sia pure sul presupposto di un'indubbia buona fede - la complessità del tema in esame, alcuni osservatori si limitano a sostenere, ad es., che in Trentino non è stata data attuazione alla normativa nazionale in materia di garanzia della salute.

Interrogativi e prospettive di evoluzione dell'ordinamento provinciale

Tanto premesso, è opportuno valutare in termini positivi e propositivi le prospettive più realistiche che si schiudono per effetto della legge Gelli-Bianco.

Ad oggi, in sintesi, il tutelando diritto alla salute può essere inteso anzitutto in senso limitativo, così da escludere una difesa civica che intervenga sul merito delle questioni sanitarie: in quest'ottica si potrebbero gestire ad es., in termini paradigmatici, casi in cui si discuta il diritto del paziente a non subire liste di attesa eccessivamente lunghe; o a non incontrare ostacoli disfunzionali nella fruizione delle prestazioni sanitarie, ecc.

Il che non incide, in effetti, sulla sostanza delle funzioni e dei poteri già pacificamente esercitati nell'ambito della difesa civica: in altri termini, qui si può distinguere la difesa civica in materia sanitaria da quella operativa in altri ambiti; senza però che mutino i poteri del Difensore-civico-Garante, rispetto a quelli del già esistente Difensore civico.

Vero è peraltro, proseguendo nel ragionamento, che sorgono a questo punto degli interrogativi sulla possibilità di esaminare, in questo quadro, anche vicende in cui si tratti, per l'appunto, il merito delle vicende sanitarie.

Sul piano normativo merita evidenziarsi in via preliminare, come dato significativo, il fatto che i principî generali che la l. n. 24 cit. pone alla base delle funzioni del Garante, tendono a coincidere con quelli che regolano la difesa civica.

Il concetto di “*disfunzioni*”, intese come vizi che il Difensore civico può trattare nei suoi rapporti con l'Azienda sanitaria, è infatti contenuto sia nella legislazione provinciale trentina del 1982 sul Difensore civico; sia nella legge nazionale in esame, concernente la garanzia della salute.

Ed in linea teorica è sufficientemente ampio da consentire di entrare nel merito delle questioni sanitarie, anche a prescindere dalla menzione esplicita - peraltro contenuta nella l. n. 24 - del diritto alla salute.

Le due fattispecie di disfunzioni che in questa prospettiva assumono classicamente rilevanza, sono quella del danno alla salute causato ai pazienti dal sistema sanitario; e quella del mancato riconoscimento, ai richiedenti, dell'esistenza o della gravità di patologie costituenti il presupposto per fruire dei benefici stabiliti dalla legge.

Concretamente va detto che la difesa civica trentina ha in effetti ritenuto che le *disfunzioni* censurabili, ai sensi della legislazione provinciale del 1982, possano concernere anche il merito delle questioni sanitarie. Si pensi, in particolare, a quando il misconoscimento medico-legale di importanti problemi psicofisici cozza contro evidenze documentali già acquisite ed inconcusse di segno opposto. In tal caso non serve una perizia ulteriore per mettere in discussione le conclusioni sanitarie che sbarrano la via al richiedente, ai fini della fruizione dei suoi diritti.

In questa tipologia di casi il Difensore civico ha dunque ritenuto di poter puntare il fuoco dell'attenzione sulle contraddizioni constatate, con ciò mettendo in discussione il nucleo stesso degli esiti medici agli atti. Questa in effetti è una evenienza rarissima, non perché - è opportuno specificarlo - si sia reputato che mancassero i poteri per agire; ma perché ciò che indubbiamente mancava, di contro, erano gli strumenti operativi.

Siamo così giunti al cuore del problema, e cioè al “*quid agendum?*”, ai possibili sviluppi della difesa civica in campo sanitario.

Ora, troncando il corso delle perplessità che possono sorgere in ordine all'ambito di intervento della difesa civica, si può ipotizzare che la prefigurata garanzia per il diritto alla salute valga a chiarire questa area operativa, che alcuni interpreti della materia ritengono grigia. Più precisamente, si può ritenere che divenga senz'altro possibile ricomprendere nella difesa civica anche le fattispecie di lesione dell'integrità psicofisica del paziente, e, più in generale, il merito delle questioni sanitarie (arg. ex art. 2, c. 3, l. n. 24 cit.).

Aderendo peraltro *ante litteram* a questo orientamento, e cioè ritenendo che a rigore le stesse funzioni di “controllo” svolte dalla difesa civica possano essere estese al merito delle questioni sanitarie - anche molto prima della legge Gelli-Bianco, lo si noti - la Regione Toscana, con legge regionale del 2009, ha previsto la possibilità per il Difensore civico di approfondire questa casistica, seguendo la fase dei profili risarcitori e facendo effettuare delle valutazioni medico-legali sui casi sottoposti alla sua attenzione. Si vedano in tal senso l'art. 17 l. r. n. 19/2009 ed i successivi atti applicativi, la cui portata -

sulla quale non ci si sofferma - viene pianamente illustrata nella declaratoria esplicativa delle funzioni in materia sanitaria, contenuta nel sito istituzionale dello stesso Difensore toscano.

Questa opzione comprova - se pure fosse necessario farlo - che in numerose occasioni, per poter svolgere una funzione difensivo-mediatoria efficace, è necessario farsi rappresentare i problemi sanitari del caso da specialisti della materia.

Accedendo dunque a questa opportunità, si potrebbe vagliare la previsione di un'istruttoria stragiudiziale di carattere sanitario ordinata dal Difensore civico, che a tal fine dovrebbe avvalersi di un preciso "*supporto tecnico*" (art. 2, c. 1, l. n. 24 cit.).

Si ritiene che le declinazioni più realisticamente praticabili di questa previsione, siano due.

La prima consiste nella possibilità di far effettuare ad altre aziende sanitarie - o comunque a soggetti terzi, competenti in materia - perizie medico-legali sulla base della documentazione medica già agli atti. Va incidentalmente ricordato che in alcuni casi questo strumento è già stato adottato a livello di difesa civica, anche prescindendo dalla legge Gelli-Bianco.

A nessuno peraltro sfugge che contenere la difesa civica nei confini di un'indagine circoscritta ad una documentazione medica parziale - quella già agli atti, come detto - limita notevolmente le potenzialità di questo strumento. Non per nulla le controversie giudiziali dinanzi al giudice ordinario non subiscono - per ragioni scontate, che non meritano neppure di essere indagate - questa impattante limitazione.

L'altra soluzione è quella di prevedere un supporto tecnico più incisivo, così che il Difensore civico possa richiedere delle vere e proprie perizie medico-legali sulle persone, nei casi concreti ritenuti meritevoli di un approfondimento.

Il che, in ogni caso, farebbe sorgere rilevanti criticità.

Ci si interroga infatti, senza alcuna pretesa di completezza, sul rischio di una moltiplicazione del contenzioso - sia pur solo stragiudiziale - sanitario; nonché, non ultima, sulla necessità di stanziare risorse - che potrebbero essere ingenti - per l'espletamento di questa funzione.

Una volta eventualmente sciolti i nodi delle adombrate perplessità, se si decidesse di potenziare la difesa civica in ambito sanitario nelle forme appena descritte, si dovrebbero varare strumenti di convenzionamento con aziende sanitarie di altri territori - o comunque con altri soggetti competenti in ambito sanitario - al fine di far eseguire delle valutazioni medico-legali mirate sui casi in trattazione.

Ovviamente - ci si avvia alla conclusione - l'introduzione di queste opportunità dovrebbe anche contestualmente prevedere delle regole per delimitare in maniera congrua e conveniente i criteri di individuazione dell'azienda sanitaria convenzionanda - o comunque dei soggetti convenzionandi - per le valutazioni degli errori sanitari in contestazione.

Ciò al fine di scansare la complessa rete di condizionamenti ed interazioni, fra "controllato" e "controllante", che vanificherebbe il senso di un siffatto meccanismo di verifica, rischiando di trasformarlo nel suo contrario.