



FOCUS/ Dibattito sui profili di colpa a carico dell'operatore e delle strutture sociosanitarie

La persona fragile al centro

I bisogni del settore dell'assistenza tra esigenze di tutela e nuovi impegni

La sanità e il welfare hanno compiti di primario interesse per l'intera società sia per i benefici in termini di difesa del diritto alla salute e di promozione della qualità della vita, sia per l'entità dei finanziamenti che essi richiedono e che pesa sulle spalle della fiscalità generale, ma anche per il numero di organizzazioni pubbliche nonché private, profit e non profit, coinvolte e, infine, per la complessità organizzativa del sistema sociosanitario.

In conformità a tali premesse, Agespi, l'Associazione gestori sociosanitari e cure post intensive, costituita nel 2010 da Residenze Anni Azzurri, Segesta e Orpea Italia, ha organizzato, insieme alla Regione Lombardia e all'Ordine degli avvocati di Milano, un convegno intitolato "La responsabilità nei servizi sociosanitari", tenutosi lo scorso 15 aprile presso l'Auditorium Giovanni Testori di Palazzo Lombardia a Milano. Un incontro dedicato alla "salute" del diritto alla salute, con focus sulla persona fragile.

Diversi relatori, tra i quali magistrati (del Consiglio di Stato e del Tribunale di Milano), dirigenti e professionisti del sistema sociosanitario e sociale, docenti universitari, avvocati, hanno analizzato e approfondito i principi costituzionali e alcuni aspetti giuridici (sul piano penale, civilistico e lavoristico) che, in quest'ambito, garanti-

Il report Irs sui caregiver in Lombardia

Sono 400mila gli anziani non autosufficienti in Lombardia. Chi si prende cura di loro? Di che cosa c'è più bisogno? Un caregiver lombardo su tre non sa di cosa ha bisogno per affrontare la solitudine e le difficoltà del lavoro di cura. Poca informazione, poca attenzione al servizio offerto dal pubblico e un diffuso senso di indispensabilità che rende difficile tenere le giuste distanze.

Per questo è sempre più di moda il welfare fai-da-te, informale e privato. Ecco la fotografia scattata dal Primo rapporto sul lavoro dei caregiver in Lombardia curato dall'Irs, Istituto di ricerca sociale. Per realizzare lo studio i ricerca-

tori hanno intervistato 512 caregiver. Un'analisi preziosa se si pensa che ogni anno ci sono 40-45mila nuovi ultra 65enni. L'identikit dei caregiver vede in maggioranza donne impiegate in questo lavoro (il 73%) con un'età media di 59 anni. L'impegno della cura dei familiari in media dura più di due anni, tempo che alla fine incide sulla tenuta, anche psicologica di chi assiste. Il 40% si sente infatti abbandonato.

Otto caregiver su dieci tra quelli intervistati sono familiari (il 60,5% figli e il 26% coniugi), il restante 20% è composto da badanti. Il lavoro richiede un grande impegno di ore: l'85% dedica più di

Le principali sentenze
• Corte di cassazione, Sezione III Civile, sentenza n. 6243 del 27 marzo 2015
• Tribunale di Milano, Sezione I Civile, sentenza 17 luglio 2014
• Corte di cassazione, Sezione III Civile, ordinanza n. 8940 del 17 aprile 2014
• Tribunale di Torino, Sezione IV Civile, sentenza 26 febbraio 2013
• Tribunale di Varese, Sezione I Civile, sentenza 26 novembre 2012
• Corte di cassazione, Sezione III Civile, sentenza n. 577 dell'11 gennaio 2008
• Corte di cassazione, Sezione III Civile, sentenza n. 9085 del 19 aprile 2006
• Corte di cassazione, Sezione III Civile, sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999

20 ore a settimana e il 43% 24 ore al giorno. Per due terzi, poi, l'impegno dura da almeno due anni. Il tema dei bisogni è quello più difficile da esplorare. L'unica richiesta che si sente con un

minimo di insistenza è quella di avere un sostegno economico che riconosca il lavoro del caregiver ma che possa essere speso senza vincoli: una richiesta condivisa dal 30% degli intervistati.

scono la tutela della persona fragile e aiutano a capire come affrontare atti di malasanità. Ciò anche al fine di facilitare la comprensione dei percorsi giurisprudenziali a quanti operano nel Ssr. Le riflessioni hanno tenuto ben in conto l'esigenza di mantenere integra la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, prevenendo e combattendo fenomeni di corruzione, garantendo servizi efficienti ed efficaci, impedendo e sanzionando comportamenti illeciti o anche solo imprudenti, fornendo particolari forme di tutela giuridica ai soggetti più deboli per disabilità di varia natura. Secondo il modello bio-psico-sociale proposto dall'Organizzazione mondiale della Sa-

nià in superamento dell'obsoleto e poco corretto modello bio-medico, il "soggetto fragile" non va identificato con la sua malattia, ma è da considerare una persona, con le sue caratteristiche ed esigenze non solo biologiche, ma anche psicologico-motivazionali e sociali, che influiscono sulla sua condizione di salute. Ciò ha reso necessario un ripensamento delle modalità di comunicazione e di interrelazione tra professionisti e pazienti. È divenuta, difatti, centrale in un progetto di cura - nel duplice significato di curare e prendersi cura la condivisione di conoscenze e responsabilità all'interno di un'alleanza terapeutico-assi-

stenziale, in cui entrambi gli "alleati" - paziente e chi se ne fa carico - sono "persona", con tutta l'attenzione e il rispetto reciproci che ne seguono.

Tra le numerose tematiche affrontate durante la giornata, di grande interesse la gestione del rischio clinico nella residenzialità per disabili e non autosufficienti e nel tragitto verso la domiciliarità.

Il settore sanitario, difatti, rappresenta uno tra i sistemi organizzativi più complessi in cui l'elevata possibilità d'incidenti è legata alla complessità dei casi trattati, all'articolata ed eterogenea componente umana in azione e alla molteplicità delle tipologie di prestazioni erogate.

Si è perciò ravvisata la necessità di iniziare un "percorso" che possa portare a una concordanza delle coscienze, degli strumenti e dei "livelli di sicurezza", in una visione globale della problematica, imparando dall'errore a rafforzare i livelli di sorveglianza sugli eventi avversi, implementando le raccomandazioni di buone pratiche per la sicurezza, promuovendo la formazione degli operatori per l'analisi degli eventi avversi e migliorando la risposta dell'intera organizzazione al verificarsi di tali eventi.

Partendo dall'assunto che l'errore e la possibilità di un incidente non sono eliminabili, è necessario utilizzare tutti i provvedi-

menti possibili affinché siano, quantomeno, controllabili così da migliorare la qualità delle prestazioni e dare sicurezza al paziente.

Questo determina la necessità di progettare specifici modelli di controllo e gestione del rischio clinico, diretti a prevenire che un errore accada e, qualora accadesse, di contenerne le conseguenze.

Bisogna agire lungo successive fasi: conoscenza e analisi dell'errore, individuazione e correzione delle cause di errore, analisi del processo, analisi degli effetti, monitoraggio delle misure di prevenzione dell'errore e implementazione con sostegno attivo delle soluzioni proposte.

IN PUNTA DI DIRITTO

La responsabilità del professionista sanitario dopo la legge Balduzzi



In tema di responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie il decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 (coordinato con la legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale 10 novembre 2012, n. 263), meglio noto come Decreto Balduzzi, assurge senz'altro a "pietra miliare" della disciplina.

Particolare rilievo riveste il comma 1 dell'articolo 3 del menzionato decreto, laddove viene espressamente sancito che l'esercente la professione sanitaria, nello svolgere la propria

attività secondo le linee guida e le buone pratiche accreditate, non risponde penalmente per colpa lieve rimanendo tuttavia fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile.

Imprescindibile comprendere se tale previsione abbia o meno una portata innovativa dal punto di vista della qualificazione della responsabilità civile dell'esercente le professioni sanitarie.

Il richiamo all'articolo 2043 del codice civile, infatti, permette di ricondurre tale responsabilità all'alveo della responsabilità di tipo extracontrattuale,

con conseguenze rilevanti tanto in tema di prescrizione quanto, soprattutto, con riguardo alla ripartizione dell'onere della prova.

Di tutta evidenza, del resto, la differenza intercorrente tra tale ultima prospettazione e l'impostazione di senso nettamente opposto, maturata sempre nell'ambiente giuridico, che ravvede piuttosto una responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie nel genus contrattuale, quindi basata sull'articolo 1218 del codice civile, con correlativa prescrizione quinquennale anziché decennale e, soprattutto, con inversione dell'onere della prova che, secondo tale diverso approccio ermeneutico, non graverebbe più sul terapeuta stesso bensì sul paziente, ponendo fine a un fenomeno tanto diffuso quanto dannoso, quello della medicina difensiva (nella sua ambivalente accezione positiva e negativa), motivo di forte distorsione del rapporto tra esercente le professioni sanitarie e utente finale, un fenomeno certamente inficiante l'interesse di quest'ultimo nonché ingenerante un continuo proliferare di attività e costi totalmente futili in un'ottica meramente precauzionale.

Operata questa necessaria premessa, non può che convenirsi sul fatto che la portata innovativa della Legge Balduzzi, nonché più in generale i fenomeni a essa sottesi e che ne costituiscono il substrato evolutivo nonché il precipuo intento solutivo, non siano stati colti appieno dalla giurisprudenza e dalla dottrina, le quali parrebbero a

tutt'oggi rimanere ancorate a un modello di responsabilità di certo non attanagliantesi al dato letterale nonché alla ratio stessa dell'intervento riformatore, ovvero la responsabilità di tipo contrattuale da ultimo citata, originata dalla nota teoria del cosiddetto "contatto sociale" recata in plurimi arresti della Suprema Corte di cassazione susseguiti a far data dall'ormai lontano limite del secondo millennio.

Tale interpretazione non ritiene sussistere un vero e proprio contratto tra l'esercente le professioni sanitarie e l'utente della struttura all'interno della quale quest'ultimo si trovi a operare, quanto piuttosto una sorta di "contatto sociale" dal quale conseguirebbe incontrovertibilmente un "dovere di protezione" del primo nei confronti del secondo.

Se si segue tale impostazione, l'esercente le professioni sanitarie, onde andare esente da responsabilità in caso di intervento non riuscito, sarebbe tenuto a dimostrare di aver assolto con adeguatezza tecnica, diligenza e prudenza la propria obbligazione, andando incontro alla cosiddetta "probatio diabolica", gravando sul paziente il solo onere di allegare l'inaidempimento, dimostrando la presenza di un danno o maggior danno, nonché il nesso di causalità tra il trattamento e il verificarsi del danno medesimo, oltre ovviamente alla dimostrazione del carattere routinario della prestazione

unita all'assenza di specifiche difficoltà.

Di fatto, nella responsabilità contrattuale, l'onere probatorio del danneggiato si alleggerisce, mentre l'onere del convenuto si appesantisce.

L'esercente le professioni sanitarie si ritroverebbe, dunque, nella certamente non agevole posizione di dimostrare la professionalità della propria condotta, spesso richiedendosi prove materialmente indisponibili.

Necessario corollario di quanto sopra è il contegno dell'esercente le professioni sanitarie il quale, a fronte del proliferare delle cause nei suoi confronti

Rebus sull'onere della prova

nonché della contestuale riduzione degli spazi di difesa a sua disposizione, è portato ad adottare condotte professionali che non mirano (come invece dovrebbero) all'esclusivo interesse del soggetto sottoposto alle sue cure, ma appaiono palesemente votate a scongiurare qualsivoglia rischio, magari anche a discapito delle migliori tecniche offerte in quel dato momento storico dalla scienza in favore di altre e più desuete che comportino minori difficoltà di esecuzione.

Tale reazione degli esercenti le professioni sanitarie assume i connotati di una vera e propria spersonalizzazione del rapporto con l'utente finale, trasparendo semmai la chiara volontà di non sbilanciarsi così da non incorrere in rischi immotivatamente ritenuti eccessivi.



Il Clinical risk management rappresenta un sistema organizzativo volto a minimizzare gli eventi avversi nei processi assistenziali "imparando dagli errori". Il rischio è inteso come la probabilità che un paziente sia vittima di un evento avverso, cioè subisca un qualsiasi «danno o disagio imputabile, anche se in modo involontario, alle cure mediche prestate durante il periodo di degenza, che causa un prolungamento del periodo di degenza, un peggioramento delle condizioni di salute o la morte» (Kohn, Iom 1999). Si tratta, perciò, di una minaccia da ridurre il più possibile mediante la crescita delle competenze, supportata da un continuo pro-

cesso di apprendimento individuale e collettivo.

Anche se le proposte in letteratura sono molteplici, siamo ancora ben lontani dal poter stabilire un "set comune" di indicatori. Il Piano sanitario nazionale, il Sistema nazionale Ecm e anche il Patto per la salute 2014-2016 hanno legittimato definitivamente la rilevanza degli strumenti di governo clinico per migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria rispettando il vincolo delle risorse disponibili.

La riflessione convegnistica si è soffermata anche sulla responsabilità dell'operatore sanitario, un concetto che negli ultimi anni ha subito un rilevante sviluppo, gradualmente esten-

dendosi a condotte e ambiti prima non considerati dal legislatore.

Infatti, in quest'ambito evolutivo sociale e giurisprudenziale, una rilevante innovazione è stata apportata dall'introduzione del Dlgs 231/2001 (sulla responsabilità amministrativa degli enti) e dalle successive modifiche, improntate a una graduale estensione dei titoli di responsabilità in ottemperanza a direttive di origine comunitaria.

Tale decreto legislativo non si occupa di titoli di responsabilità che evocano puramente e semplicemente organizzazioni operanti in ambito ospedaliero o sanitario in genere. Si è registrato però fin dalle prime applica-

LA SENTENZA DEL TAR LAZIO

Dirigenza clinica e assistenziale inseparabili

Stop alla separazione all'interno delle aziende Asl tra linea clinica e linea assistenziale. E stop, soprattutto, alla previsione che il responsabile del Dipartimento assistenziale sia un professionista sanitario ex lege 251/2000.

Così, in sintesi, si è espresso il Tar del Lazio, con **sentenza 6 maggio 2015, n. 6513**.

Questi i fatti. Nell'agosto 2014 la Regione Lazio adottava il decreto del Commissario ad acta n. U00259 con il quale dava indicazioni per l'adozione dell'Atto di autonomia aziendale delle Aziende sanitarie della Regione Lazio.

Tale atto prevedeva una separazione tra linea clinica e linea assistenziale stabilendo che:

- la linea clinica veniva affidata ai Dipartimenti a direzione clinica,
- la linea assistenziale veniva affidata alle Unità operative delle professioni sanitarie che potevano altresì essere aggregate nel Dipartimento delle professioni sanitarie: dirigente sanitario responsabile del Dipartimento sarebbe stato poi un professionista sanitario ex lege 251/2000.

Tale decreto viene impugnato dal sindacato Anaao, che prospetta sia l'illegittimità della separazione tra linea clinica e linea assistenziale, sia la procedura concorsuale per diventare responsabile di Dipartimento assistenziale.

Entrambi i punti vengono accolti dal Tar Lazio. Il primo è senza dubbio il più rilevante.

L'Anaao sostiene infatti - e i giudici concordano - che «la separazione tra le due linee (con diversi soggetti quali responsabili) comporterà di fatto per il dirigente medico l'impossibilità di interferire in alcun modo nella cosiddetta linea assistenziale diretta e gestita dal dirigente della Uo delle professioni sanitarie».

Se il personale infermieristico risponde, infatti, a un Dipartimento assistenziale che ha piena autonomia rispetto al Dipartimento clinico si può generare «una confusione di ruoli e responsabilità che andrà a discapito del malato» in quanto «il paziente, infatti, pur essendo sotto la responsabilità del medico dell'Uo di appartenenza potrebbe non ricevere disposizioni da quest'ultimo ma dal dirigente delle professioni sanitarie a pre-

scindere dal medico che lo ha in cura e di cui è responsabile».

In sostanza l'autonomia assistenziale, ove non chiaramente disciplinata e raccordata concretamente con l'attività clinica, potrebbe pregiudicare l'efficacia della gestione del malato.

Altrettanto fondata la prospettata illegittimità del decreto laziale nella parte in cui prevede che la nomina del dirigente delle strutture semplici o complesse delle professioni infermieristiche (ostetriche, riabilitative, tecniche sanitarie e tecniche della prevenzione) debba essere effettuata sulla base di una procedura concorsuale che omette di richiedere il possesso in capo al soggetto da nominare della esperienza professionale dirigenziale non inferiore a cinque anni.

Tale previsione secondo i giudici crea una disparità di trattamento rispetto ai requisiti richiesti per l'accesso alla dirigenza del Servizio sanitario nazionale, tra i quali è ricompresa la pregressa esperienza dirigenziale quinquennale.

Silvia Stefanelli
 Studio legale Stefanelli&Stefanelli

© RIPRODUZIONE RISERVATA

La Legge Balduzzi, già a partire dai suoi lavori preparatori, si proponeva quale obiettivo proprio il superamento di tali problematiche.

Ma, come s'è detto pocanzi, non di tale avviso risulta essere la Corte di legittimità, nonostante l'inequivocabile riferimento in essa contenuto all'articolo 2043 del codice civile, la quale non ritiene ci sia stata agli effetti una concreta modifica del diritto vigente, dovendosi ulteriormente considerare contrattuale la responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie.

La giurisprudenza a oggi preminente ritiene, infatti, che la legge Balduzzi, nel riferirsi all'articolo 2043 del codice civile, non abbia inteso configurare la responsabilità civile dell'esercente le professioni sanitarie necessariamente quale extracontrattuale, intendendo tutt'al più escludere, in tale preciso ambito del ben più articolato e complesso mondo giuridico, l'irrelevanza della colpa lieve in sede penale.

A differenza dell'atteggiamento restio della Suprema Corte di cassazione rispetto alle innovazioni proposte dalla Legge Balduzzi, il Tribunale di Torino dapprima e il Tribunale di Milano successivamente, hanno colto i principi di cambiamento proposti dalla normativa in esame.

L'articolo 2043 del codice civile sarebbe ora la norma da ricondurre alla responsabilità civile dell'esercente le

professioni sanitarie, soluzione che peraltro apparirebbe del tutto in linea con la ratio stessa della Legge Balduzzi, nata tra l'altro proprio al fine di rispondere a quel sentore diffusosi oltre ogni limite nella prassi, ovvero di combattere la medicina difensiva.

Fenomeno, come accennato, legato a doppio filo con altra necessità, quella di contenimento degli oneri risarcitori, realizzabile soltanto attraverso lo sgravio dell'onere probatorio nei confronti del medico.

Del resto, se la responsabilità civile dell'esercente le professioni sanitarie fosse ora riconducibile all'articolo 2043 del codice civile, l'onere probatorio ricadrebbe per lo più integralmente sull'utente finale, sgravandosi il primo dalla ben più penetrante probatio diabolica.

In particolare, in totale controtendenza rispetto alla Suprema Corte, il Tribunale di Milano giudica troppo semplicistica la soluzione in base alla quale l'inserimento dell'articolo 2043 del codice civile nella normativa in esame devesi considerare quale mero frutto di una svista del Legislatore, non potendosi considerare inesistente tale riferimento o relegato a "legge penale" o "norma eccezionale".

Non si considera corretta l'applicazione dell'articolo 2043 del codice civile solo nel caso di proscioglimento/assoluzione in sede penale, poiché ciò

creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento.

Non v'è chi non veda, infatti, che se da un lato l'ipotetico esercente le professioni sanitarie giudicato soltanto in sede civile sarebbe chiamato a rispondere, sulla scorta di tale impostazione giurisprudenziale e dottrinale, di responsabilità civile contrattuale ex articolo 1218 del codice civile, mentre l'altrettanto ipotetico collega assolto o prosciolto in sede penale risulterebbe responsabile sulla base dell'articolo 2043 del codice civile (responsabilità extracontrattuale).

Il Tribunale di Milano omaggia, poi, la disciplina con un'ulteriore differenziazione: l'articolo 2043 del codice civile sarebbe applicabile nel solo caso di insussistenza di un effettivo contratto tra esercente le professioni sanitarie e utente finale.

Nel caso in cui, invece, tale contratto fosse esistente, la Legge Balduzzi non avrebbe alcun riflesso sulla responsabilità civile dell'esercente le professioni sanitarie, continuando ad applicarsi l'articolo 1218 del codice civile in termini di responsabilità contrattuale.

Ciò che scompare, pertanto, è il solo riferimento giurisprudenziale al "contatto sociale".

Se, dunque, di contratto possa parlarsi, la responsabilità continuerà a essere contrattuale, se invece tale contratto non può dirsi configurabile la responsabilità verrà qualificata come extracontrattuale, con tutti i già esposti nonché evidenti corollari (in pieno fa-

vor per l'esercente le professioni sanitarie) in termini di onere probatorio e tempi di prescrizione.

Quanto alla posizione della struttura sanitaria, il Tribunale di Milano e la Suprema Corte sono conformi e ritengono che una sua eventuale responsabilità debba qualificarsi come contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile, sulla base del combinato disposto con l'articolo 1228 del codice civile (responsabilità per il fatto degli ausiliari).

Diretta conseguenza di tale ultima considerazione svolta, l'utente finale che agisca contro la struttura ospedaliera ritenendo di essere stato lesa nei suoi diritti, godrà, in sede giudiziale, di un onere probatorio alquanto favorevole. Sarà, infatti, onere del debitore convenuto (la struttura sanitaria) fornire la prova di aver adeguatamente adempiuto le sue prestazioni.

In sintesi, secondo la giurisprudenza di legittimità (Suprema Corte di cassazione) la Legge Balduzzi non ha alcuna portata innovativa dal punto di vista della responsabilità civile dell'esercente le professioni sanitarie mentre per la giurisprudenza di merito (Tribunale di Torino e Tribunale di Milano) la Legge Balduzzi sarebbe fautrice di un rilevante cambiamento, tanto da tramutare la responsabilità civile del medico da contrattuale in extracontrattuale, con la precisazione che ciò avvie-

ne soltanto nel caso in cui tra esercente le professioni sanitarie e utente finale non sia stato concluso alcun contratto.

La Legge Balduzzi non incide, per converso, né sulla responsabilità civile dell'esercente le professioni sanitarie che abbia effettivamente stipulato un contratto con l'utente finale (responsabilità che rimane, per l'appunto, contrattuale ex articolo 1218 del codice civile) né sulla responsabilità civile della struttura sanitaria, che continuerà a rispondere del danno sulla base del combinato disposto degli articoli 1218 e 1228 del codice civile.

Di talché, se sono convenuti in giudizio sia l'esercente le professioni sanitarie che non abbia stipulato alcun contratto, sia la struttura sanitaria nell'ambito della quale lo stesso operi, i due soggetti risponderanno del danno procurato sulla base di due diversi tipi di responsabilità: per il primo extracontrattuale, per la seconda contrattuale (con conseguente diverso atteggiarsi dell'onere probatorio e differente termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, come si è più volte esplicitato).

Mariacarla Giorgetti
 professore ordinario
 di Diritto processuale civile
 e di Diritto fallimentare
 nell'Università degli Studi di Bergamo

© RIPRODUZIONE RISERVATA

L'articolo 2043 Cc resta il caposaldo

Vale il contratto con l'utente finale