OPI VERONA

PROSPETTIVE INFERMIERISTICHE

MONOGRAFIA

IL CONTRIBUTO ALLA PROFESSIONE DI LUCA BENCI

numero 4
novembre - febbraio 2020

SOMMARIO

MONOGRAFIA 1

COMPETENZE SPECIALISTICHE

Le competenze avanzate infermieristiche e la "Cabina di regia". Alcune riflessioni giuridiche 10
Ancora su medici e infermieri. Ma chi l'ha detto che i cambiamenti debbano farsi solo per legge? 15
Comma 566. Pro o contro, poco importa. Il punto è che con questo comma la legge 42 andrà in "pensione" 17
Professioni sanitarie. Dopo il "comma 566" la necessità di un testo unico 21
Il comma 566 e gli aspetti giuridico legali. Non facciamo confusione 23
Comma 566 e codice penale. Maneggiare con cura 24
Comma 566. È possibile modificarlo? 25
Pronto Soccorso. Competenze e responsabilità dopo le nuove linee guida sul triage 27
Chi è il "professionista specialista"? 33

RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

Cassazione. La responsabilità professionale dipende dalle mansioni e attività svolte. E non solo da ruolo e qualifica dell'operatore coinvolto 36
Cosa cambia se passa la legge sull'atto medico 39
Responsabilità singola o d'équipe? Un'altra sentenza controversa dal Tribunale di Lecce 43
Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succederebbe se venisse approvato il ddl Gelli 45
Responsabilità professionale/2. Ecco cosa potrebbe succederebbe se venisse approvato il ddl Gelli 49
Se c'è l'errore, la responsabilità è dell'équipe o del singolo professionista? Le "apparenti" contraddizioni della Cassazione 51
Assicurazione legge Gelli: senza assolvimento obblighi ECM nessuna copertura per il professionista 56

CONSENSO INFORMATO E DAT.

Consenso informato. Cosa cambia con la nuova legge 59
La legge sul testamento biologico. Cosa cambia con le Dat 62
L'informazione al paziente spetta ad ogni professionista sanitario, non solo al medico 66

Pubblicazione trimestrale. Questo numero è stato chiuso il 25 maggio 2020.

Direttore Responsabile: Marina Vanzetta
Comitato di redazione: Vallicella Franco, Dal Corso Dario, Verzè Alessia, Tabarini Gabriella, Ballarin Silvana, Bernardelli Stefano, Bonetti Lorella, Cengia Maria Grazia, Maculan Massimiliano, Meorali Francesco, Molinari Luca, Ortolani Riccardo, Pasquetto Francesca, Zanini Giovanni, Zanolli Barbara.
Redazione: Vanzetta Marina, Cengia Maria Grazia, Bernardelli Stefano, Zanolli Barbara, Molinari Luca, Marcotto Enrico.
Editore: OPI - Ordine delle Professioni Infermieristiche di Verona, via Cà di Cozzi 14/a, 37124 Verona
Note editoriali: Gli articoli inviati dovranno essere corredati dal titolo, dalle note bibliografiche, cognome e nome dell'autore e qualifica professionale, ente o istituto di appartenenza, recapito postale e telefonico. Dovranno essere inviati alla sede OPI - Ordine delle Professioni Infermieristiche di Verona, via Cà di Cozzi 14/a, 37124 Verona - E-maili nfo@ipasviverona.com al Direttore di Prospettive Infermieristiche. Si autorizza, nel rispetto delle comuni regole di salvaguardia delle pubblicazioni scientifiche e dei diritti d'autore, la riproduzione a scopo didattico e informativo degli articoli di Prospettive Infermieristiche purchè con citazione esplicita dell'autore e della rivista. I punti di vista e le opinioni espressi negli articoli sono degli autori e non rispettano necessariamente quelli dell'Editore. Manoscritti e fotografie anche se non pubblicati non saranno restituiti. L'Editore è a disposizione di tutti gli eventuali proprietari dei diritti sulle immagini riprodotte, nel caso non si fosse riusciti a reperirli per chiedere debita autorizzazione.

Progetto grafico e impaginazione: cocchi&cocchi [www.cocchiecocchi.it]

Il contributo alla professione di Luca Benci

UNA BREVE PREMESSA

Luca Benci, prima infermiere poi giurista esperto di diritto delle professioni sanitarie, consulente della Federazione nazionale degli ordini delle professioni infermieristiche (FNOPI) e componente del Consiglio Superiore di Sanità, ha contribuito in maniera significativa al dibattito e al confronto su molte tematiche riguardanti le professioni sanitarie in genere.
Lo ha fatto anche manifestando, più volte, dissenso su alcune posizioni prese dalle professioni o dal sistema più in generale, ma sempre argomentando in modo puntuale, preciso e documentato la sua posizione e con spirito costruttivo. Accanto a noi ha condotto, spesso anche sottolineando ed evidenziando con spirito assolutamente libero e trasparente come era sua caratteristica, anche le criticità e i punti di caduta – soprattutto giuridici – di posizioni e tesi che discusse e ragionate hanno poi portato quella infermieristica a essere una delle prime e più importanti professioni nel settore dell'assistenza nel nostro Paese.

Tanti i temi trattati e approfonditi da Luca Benci, ricordarli e sottolinearli tutti significherebbe scrivere un lungo elenco e molte pagine: in questa monografia pensata per regalare a tutti noi le sue riflessioni a memoria del suo significativo contributo alla professione ci limiteremo a ripercorrere seppur superficialmente i temi più strettamente legati alla nostra professione quindi non lo faremo seguendo un ordine cronologico.
Come ogni scelta, anche questa avrà dei limiti, qualche argomento non verrà ricordato, sarà inevitabile così come sarà difficile soddisfare le aspettative di tutti i colleghi rispetto alla produzione di Luca.
Ogni tematica ricordata sarà però corredata di collegamenti ipertestuali agli articoli ritenuti più significativi da lui pubblicati su Quotidiano Sanità: anche questa selezione porterà con sé sicuramente dei limiti ma riportarli tutti renderebbe non fruibile il contributo in quanto tale.

NELLO SPECIFICO

Competenze specialistiche

Ecco quindi il primo degli argomenti da ricordare: le competenze specialistiche un tema ancora più che mai aperto, un atto tuttora incompiuto in termini di riconoscimento formale – da parte del "sistema politico, sociale e professionale" – di competenze agite da molto se non addirittura da sempre dagli infermieri.
A frenare e rallentare negli anni il faticoso percorso di riconoscimento e consolidamento delle competenze specialistiche è stato in buona parte il ricorso in modo e misura diversa a supposti "cavilli" a volte di natura normativa, a volte giuridica, a volte difficili da ricondurre a uno specifico aspetto ma in ogni caso tutti con un grande effetto frenante.
E a questo Luca Benci ha saputo dare evidenza, argomentandola, nei suoi articoli, confutando in alcune occasioni e smontando in altre, le diverse ipotesi a sostegno dell'uno o dell'altro pretesto.
…"Da molti mesi che il dibattito sulle competenze avanzate delle professioni sanitarie e, in particolar modo, sulle competenze avanzate degli infermieri, è diventato la maggiore delle questioni. Vi sono state prese di posizioni, analisi, polemiche… I due documenti sul futuro delle professioni sanitarie

… hanno suscitato tante polemiche. Dai dubbi sul concetto di "competenze avanzate" per gli infermieri a quelli suscitati dal nuovo organismo per la discussione delle tematiche professionali tra governo, regioni e sindacati" … scriveva nell'introduzione di un articolo dal titolo *"Le competenze avanzate infermieristiche e la "Cabina di regia". Alcune riflessioni giuridiche"* pubblicato su Quotidiano sanità il 19 gennaio 2014 nel quale a cappello della sua analisi giuridica poneva l'accento sul concetto di competenze avanzate. Nello specifico sottolineava come, se si consideravano tali alcune attività come, ad esempio, la completa gestione in autonomia di medicazioni avanzate, l'inserimento e la gestione di determinati presidi come i cateteri venosi centrali a inserimento periferico, alcune modalità di risposta alle "urgenze minori" come l'esperienza del See and Treat toscano, alcune modalità di risposta alle urgenze intermedie come il triage avanzato e non molto altro, tutta la discussione risultava praticamente inutile in quanto riguardava una parte ultraminoritaria della professione infermieristica e, soprattutto, delle organizzazioni sanitarie.
Se invece per competenze avanzate si intendeva anche lo sviluppo delle competenze per migliorare la presa in carico della persona, la continuità assistenziale tra ospedale e territorio, il governo dei bisogni assistenziali, sanitari e socio sanitari delle persone, delle famiglie e della comunità assistita" allora la discussione si poneva su un altro e diverso piano che giustificava "la posta in gioco" e il dibattito del periodo.

"Le competenze avanzate quindi non possono essere intese solamente come una qualche mansione in più nei relativi contesti professionali, ma una diversa e più ampia modalità della "presa in carico" del paziente e dei processi assistenziali che permetta risposte più incisive alle mutate esigenze del contesto sanitario…. Un'ultima notazione sulle competenze avanzate e sulle esperienze già in atto in questi anni. Una serie di attività – se non la totalità – si sono rese possibili a legislazione invariata senza che – polemiche strumentali a parte – si ponessero nel concreto reali problemi di legittimità…" – continuava Benci.

Sulla questione continuava con un altro articolo a distanza di pochi giorni, il 28 gennaio – *Ancora su medici e infermieri. Ma chi l'ha detto che i cambiamenti debbano farsi solo per legge?* – in cui fa un'analisi dettagliata del documento – contenente osservazioni sulla bozza di accordo sulle competenze avanzate dell'infermiere e dell'infermiere pediatrico – che le sigle sindacali mediche (ANAAO ASSOMED - CIMO-ASMD - AAROI-EMAC - FVM - FASSID – CISL MEDICI - FESMED – ANPO-ASCOTI-FIALS MEDICI - AUPI – SINAFO) inviarono al ministro Lorenzin, al ministro Del Rio, al presidente delle Conferenza Stato-Regioni e agli assessori regionali palesando nelle conclusioni, di non ritenere di poter condividere i contenuti della bozza di accordo: in sostanza per usare l'espressione di Benci "stroncandola" definitivamente.
Considerazioni preliminari, riferimenti legislativi a sostegno di questa bocciatura senza scampo, questi i contenuti del documento che all'analisi attenta e puntuale di Luca Benci rivelava *"qualche inesattezza giuridica e qualche preoccupazione forse eccessiva. Più politica che professionale"*.

Che il comma 566[1] della Legge 23 dicembre 2014, n. 190 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2015) avesse contribuito ad aumentare un già ampio e articolato dibattito sulle competenze degli infermieri è indubbio: nello specifico intorno ai contenuti di questo comma si sono alternati fautori e detrattori dello stesso. Ma non fu su questo che Benci accese i riflettori con una serie di articoli nel corso del 2015 bensì sulle ricadute giuridiche e non della nuova norma su quelle preesistenti. In particolare, in un articolo del 2 febbraio

BIBLIOGRAFIA

1 - "Ferme restando le competenze dei laureati in medicina e chirurgia in materia di atti complessi e specialistici di prevenzione, diagnosi, cura e terapia, con accordo tra Governo e Regioni, previa concertazione con le rappresentanze scientifiche, professionali e sindacali dei profili sanitari interessati sono definiti i ruoli, le competenze, le relazioni professionali e le responsabilità individuali e di equipe su compiti, funzioni e obiettivi delle professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, tecniche della riabilitazione e della prevenzione, anche attraverso percorsi formativi complementari. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

2015 – *Comma 566. Pro o contro, poco importa. Il punto è che con questo comma la legge 42 andrà in "pensione"* pone l'attenzione sulla necessità di accertare se il "comma 566" si colloca in una situazione di integrazione della vigente normativa di abilitazione all'esercizio professionale delle professioni diverse da quella medica oppure se contiene una abrogazione implicita della stessa. In altre parole: se integra la legge 42/99 oppure se la abrogasse sostituendola.

Poche settimane dopo, il 27 febbraio, con un altro articolo – *Professioni sanitarie. Dopo il "comma 566" la necessità di un testo unico* – ribadisce che la recente approvazione del comma 566 della legge di Stabilità 2015 ha posto per l'ennesima volta alcune debolezze del sistema di abilitazione all'esercizio professionale delle professioni sanitarie e delle sue molteplici interpretazioni. Riferendosi alla Legge 42/99, i problemi che secondo Benci rimangono irrisolti sono sostanzialmente tre:

1. Il "campo proprio" non sfociato nel "campo esclusivo" per interpretazione della giurisprudenza di legittimità che lo tende a escludere, interpretando restrittivamente un dato letterale sufficientemente chiaro. Il campo proprio esclude l'invadibilità e quindi ne determinerebbe l'esclusiva;
2. La mancata istituzione degli ordini professionali – per le professioni prive di albo – determina la mancata estensione erga-omnes dell'osservanza del codice deontologico emanato da associazioni private, ancorché riconosciute con decreto ministeriale, ma pur sempre private;
3. Una previsione dei percorsi post/base previsti solo per infermieri e fisioterapisti e solo nel riconoscimento dei profili professionali e non riconosciuti, a distanza di venti anni, neanche dai contratti collettivi.

Al termine della sua disamina sulla normativa primaria alla luce dell'approvazione del comma 566 chiude con una proposta finalizzata, a suo parere a fare chiarezza e a rafforzare il sistema normativo non libero da debolezze e contraddizioni giuridiche: l'approvazione di un testo unico attraverso lo strumento della legge delega che in modo ricognitivo porti a un articolato unico armonizzato con le norme che si sono succedute nel tempo e che superi le diverse aporie che, proprio nel sistema, si sono create.

Il comma 566 è stato un tema "caldo" per buona parte dell'anno 2015: nello specifico, Luca Benci lo ha considerato e analizzato da differenti angolazioni, non solo dal punto di vista dell'esercizio professionale ma anche da quello giuridico, legale e della relazione con due scritti, uno il 16 marzo – *Il comma 566 e gli aspetti giuridico legali. Non facciamo confusione* e il successivo il 18 marzo – *Comma 566 e codice penale. Maneggiare con cura.* E questo discusso comma della legge di stabilità, con un articolo del 22 luglio – *Comma 566. È possibile modificarlo?* interviene su due scritti uno di

Cesare Fassari, Direttore di Quotidiano sanità del 20 luglio (*L'inutile guerra del comma 566*) e l'altro del 21 luglio (*Comma 566. È muro contro muro. Le professioni sanitarie dicono "No" a qualsiasi modifica: "Subito l'accordo Stato Regioni o ci mobiliteremo con i cittadini"*) interviene facendo delle riflessioni squisitamente giuridiche e ribadendo che al di la di ogni forma e modalità di dibattito, incontri/scontri tra le parti, il sistema non può permettersi un'ulteriore paralisi nel momento in cui deve riorganizzarsi a risorse finite.
Con un balzo in avanti al 2019, operando delle scelte tra gli innumerevoli scritti di Benci, come dichiarato in apertura, con un articolo pubblicato il 2 settembre – *Pronto Soccorso. Competenze e responsabilità dopo le nuove linee guida sul triage* focalizza l'attenzione su un'altra questione "scottante": l'esercizio professionale in Pronto Soccorso alla luce dei tre atti normativi – Linee di indirizzo nazionale – della Conferenza Stato Regioni riguardanti l'organizzazione dei dipartimenti di emergenza l'osservazione breve intensiva (OBI), il triage intraospedaliero e la gestione del sovraffollamento del pronto soccorso.

Lo fa in modo puntuale, "elegantemente pungente" ma quanto mai corretto e focalizzato sull'oggetto del tema e mai sul soggetto attore della discussione o del contradditorio, come peraltro era nel suo stile: riconosce agli atti approvati il tentativo apprezzabile di riorganizzazione a razionalizzare le attività di pronto soccorso ma conclude la sua lunga analisi sottolineando come sul fronte delle nuove competenze e responsabilità, una maggiore chiarezza, una maggiore incisività e una minore contraddittorietà sarebbe stata preferibile e suggerendo, stante la riconosciuta normatività degli atti della Conferenza Stato Regioni, una redazione degli stessi atti più omogenea agli atti normativi storici con particolare riferimento alla suddivisione dell'atto in articoli debitamente rubricati.

Con un scritto a quattro mani con Daniele Rodriguez, il 14 gennaio 2020 torna ad affrontare il tema oltre modo dibattuto delle specializzazioni *Chi è il "professionista specialista"?*. Il dibattito sulle competenze specialistiche e avanzate – scrivono – vede luci e ombre in relazione al linguaggio utilizzato. Come è noto, la legge 43/2006 definisce professionisti specialisti coloro che sono "in possesso del master di primo livello per le funzioni specialistiche rilasciato dall'università". Per la prima volta – sottolineano – viene in essere, fra "il personale laureato appartenente alle professioni sanitarie" (legge 43/2006, art. 6, I comma) la nuova figura del "professionista specialista" che costituisce qualcosa di più e di diverso e rappresenta le competenze oggi raggiunte attraverso i 90 master previsti dall'osservatorio delle professioni sanitarie.

Entrano nel merito con un'analisi molto dettagliata a partire dal linguaggio utilizzato in passato che oggi è molto cambiato: "si sentiva spesso parlare di "diagnosi infermieristiche" (oggi confinate, perlopiù, nei processi formativi), di "diagnosi ostetriche", "bilancio logopedico" ecc." – scrivono.
Nei master proposti dall'Osservatorio delle professioni sanitarie sparisce il linguaggio tipico professionale in luogo di "competenze". Si ha come l'impressione di voler sfruttare in pieno la legge 42/1999, che lega l'esercizio professionale non solo ai profili, alla formazione ricevuta di base e ai codici di deontologici, ma anche alla formazione post-base.

Secondo Benci e Rodriguez non si tratta di valutare genericamente la formazione post base ex legge 42. Si tratta di conferire significato e concretezza alla figura del professionista specialista, che rappresenta un novum nel panorama delle professioni sanitarie, sfruttando la legge 43/2006 che va ad integrare la legge 42.

Il "professionista specialista" costituisce qualcosa di più e di diverso e rappresenta le competenze oggi raggiunte attraverso i 90 master previsti dall'osservatorio delle professioni sanitarie.
Il modo con cui si ridisegna la legge 42/99, integrata dalla legge 43/2006 e dai 90 master dell'Osservatorio, è notevole, suddividendo i professionisti sanitari in:

a) professionisti "generalisti";
b) professionisti coordinatori, in possesso di master trasversali;
c) professionisti "specialisti", in possesso di master di primo livello per le funzioni specialistiche.

Concludono sottolineando che per la prima volta si valorizza il professionista specialista nella sua interezza, sulla declinazione del termine "competenza", variamente qualificato.

Responsabilità professionale

Un altro argomento su cui Luca Benci si è speso molto è la responsabilità professionale e, nel 2015 numerosi sono stati gli articoli centrati su questo anche alla luce della Legge Gelli, in quel periodo in itinere. Con i suoi scritti ha affrontato la responsabilità professionale da tutti i punti di vista: individuale, di equipe, in funzione del ruolo, delle mansioni e delle attività. Molteplici le sue argomentazioni, puntualmente supportate da dettagliate analisi di norme e sentenze con posizioni a volte in contrasto o solo parzialmente concordi con i professionisti e i firmatari e promotori dei provvedimenti normativi.

Con un articolo – *Cassazione. La responsabilità professionale dipende dalle mansioni e attività svolte. E non solo da ruolo e qualifica dell'operatore coinvolto* – il 2 maggio 2015 commentando due sentenze della Corte di Cassazione richiama la questione della "posizione di garanzia" che deriva dal comportamento omissivo previsto dal secondo comma dell'articolo 40 del codice penale: "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".
Lo fa perché la Corte di Cassazione – con queste due sentenze – estende, a suo parere, la posizione di garanzia anche oltre i confini tradizionali sostenendo che la responsabilità professionale non dipende solo dal ruolo e dalla qualifica dell'operatore coinvolto in un accadimento ma anche dalle mansioni e dalle attività svolte.

Di fatto nella prima a un autista soccorritore – figura non riconosciuta a livello nazionale - veniva contestato di non avere prestato collaborazione a un'infermiera nella movimentazione di un paziente su una lettiga causandone la morte in relazione al "malaccorto imbragamento" e alla circostanza che la barella, in violazione, delle prescrizioni del costruttore, era stata movimentata da una sola persona - l'infermiera giustappunto - invece che almeno da due operatori. Nella seconda viene affrontato il caso di un "medico frequentatore volontario" il quale di "servizio" in un ospedale, a fronte

di una donna sottoposta "ad intervento chirurgico di isterectomia radicale", "non aveva predisposto accertamenti diagnostici idonei a verificare se la paziente fosse affetta da trombosi venosa profonda, secondaria ad operazione chirurgica, benché fossero presenti sintomi e fattori di rischio indicativi di tale possibilità". A qualche settimana di distanza da questo primo articolo, il 25 maggio, con un altro scritto punta i riflettori sull'atto medico analizzandolo in relazione alla proposta di legge presentata il 25 marzo di quell'anno da D'Incecco e altri deputati recante *"Disposizioni in materia di definizione dell'atto medico e di responsabilità professionale medica"*.

In questo suo scritto – *Cosa cambia se passa la legge sull'atto medico* – passando dal Codice di deontologia medica al comma 566 della Legge di stabilità fa il punto della situazione della normativa allora vigente in merito all'attività medica ed entra poi nel merito della proposta di legge.

Lo fa come al solito in modo diretto, senza giri di parole, "smontandola" articolo per articolo con argomentazioni puntuali: ne definisce i contenuti giuridicamente sgrammaticati poiché individuano un'attività "esclusiva" ma ne permettono l'esecuzione sotto "supervisione" e su questo affonda la "lama" dell'analisi sull'agire dietro prescrizione, sotto la supervisione, sulla titolarità e la responsabilità delle decisioni relative alla salute del paziente.
Si potrebbe definire "senza appello" la sua disquisizione sulla questione, che paragrafo dopo paragrafo trascina il lettore fino alle conclusioni con le quali etichetta la proposta D'Incecco come un enorme pasticcio giuridico dagli effetti non direttamente calcolabili in termini di ricadute nell'ordinamento e nell'organizzazione.

Con l'articolo *Responsabilità singola o d'équipe? Un'altra sentenza controversa dal Tribunale di Lecce* – pubblicato il 25 ottobre dello stesso anno, commenta una sentenza che decreta la responsabilità di un singolo medico ritenuto responsabile del decesso di un paziente dopo un errato posizionamento della piastra del bisturi elettronico utilizzato in un intervento chirurgico. Le sue considerazioni nel merito richiamano l'attenzione sulla posizione in controtendenza della sentenza rispetto agli orientamenti della Cassazione che, invece, identificano la responsabilità "corale" e "plurale", come l'unica idonea a garantire la sicurezza.

Il 29 novembre e il 5 dicembre focalizza l'attenzione sul Disegno di legge sulla responsabilità professionale con due articoli *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succederebbe se venisse approvato il ddl Gelli* e *Responsabilità professionale/2. Ecco cosa potrebbe succederebbe se venisse approvato il ddl Gelli*. Entra nel merito dei contenuti in modo certosino.
Nel primo articolo sottolinea come il Ddl prosegua con la strada aperta dal decreto Balduzzi sulla creazione di un "sottosistema" della responsabilità professionale sanitaria con il dichiarato scopo di alleggerire la pressione

del contenzioso medico-paziente ma pone un interrogativo: questo risultato è anche rispettoso delle esigenze di giustizia dei cittadini? Entra nel merito delle condizioni di legittimità delle prestazioni sanitarie, della responsabilità penale e della sicurezza delle cure, sulla possibile incostituzionalità della esenzione dalla responsabilità penale del ddl Gelli.
Nel secondo articolo continua la sua disamina del disegno di legge facendo un focus sulla responsabilità civile, sull'azione di rivalsa e sull'obbligo di assicurazione. Entra come sempre nel merito e in questa direzione scrive che il Ddl Gelli rischia di essere l'ennesima legge flop della sanità. Sembra essere idealmente suddiviso in due parti con una prima parte a "favore" del cittadino e una seconda parte a "favore" dell'esercente la professione sanitaria. Continua sostenendo che quest'ultima è assolutamente preponderante facendo venire meno una serie di tutele esistenti a favore della "vittima" del reato e che, per contro, i rimedi a favore della tutela del paziente sono assolutamente risibili e inconsistenti.

Dal 2015 un salto di quattro anni che non vuole essere irrispettoso nei confronti della produzione di Benci ma che è solo finalizzato a fare un collage degli articoli selezionati sul tema della responsabilità professionale. Il 16 gennaio 2019 pubblica un articolo – *Se c'è l'errore, la responsabilità è dell'équipe o del singolo professionista? Le "apparenti" contraddizioni della Cassazione* – in cui discute su come negli anni la giurisprudenza della suprema corte di Cassazione possa essere apparsa contradditoria soprattutto laddove alcune sentenze sembravano assodare che la responsabilità di un'équipe sanitaria (sia mono che multiprofessionale) non potesse che essere condivisa tra tutti i membri dello staff mentre altre pronunzie sembravano ribadire che la responsabilità è del singolo professionista.
Secondo Benci erano da considerare valide tutte e due le fattispecie mancando un riferimento giuridico specifico alla responsabilità d'équipe. I temi che sviluppa in questo suo scritto sono complessi e centrati sul versante della dottrina e della giurisprudenza che hanno provato a superare la mancanza, nel nostro ordinamento, di un articolato sulla responsabilità d'équipe.

Nel merito, evidenzia come il nostro codice penale incentri tutta la costruzione della responsabilità sul modello della responsabilità del singolo e di fatto, inizialmente, la responsabilità di un accadimento veniva attribuita complessivamente al più alto in grado con la conseguente relativa deresponsabilizzazione degli altri componenti l'équipe. A suo dire, con le costruzioni del principio dell'affidamento e della posizione di garanzia si è voluto ovviare a questa mancanza, dando inizialmente maggiore importanza al primo principio e, successivamente, con la prevalenza della posizione di garanzia. La chiosa alle sue argomentazioni sul tema è che il punto d'incontro dei due principi – affidamento e posizione di garanzia – deve essere contemperato caso per caso in sede di giudizio.

Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento

Argomenti discussi, controversi, spinosi, che hanno toccato e continuano a farlo "corde difficili", aperto dibattiti su principi, posizioni a volte poco se non impossibili da mediare che ha visto e vede posizioni contrapposte quando non addirittura estreme.
Temi ancora oggi tutt'altro che risolto in termini di univocità di pensiero e conseguente posizione. Ma anche su questo Benci ha saputo, con la competenza, l'equilibrio e la capacità di guardare oltre la sua posizione personale, mettere i suoi lettori nelle condizioni di assumere dei pensieri e delle posizioni libere da condizionamenti e sostenute da un'opinione costruita su letture di scritti super parte e scevre quindi dagli intendimenti di chi scrive.

Il 15 dicembre 2017, pubblica un articolo – *Consenso informato. Cosa cambia con la nuova legge* – in cui entra nel merito dei cambiamenti successivi all'approvazione in via definitiva da parte del Senato del Ddl *"Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"*. La definisce una buona notizia Benci perché per la prima volta con questa norma, il consenso informato e il testamento biologico diventano anche parte della legislazione ordinaria con un ritardo pluridecennale.
Ritiene questo un passo in avanti anche perché non vi è dubbio secondo lui, sul fatto che la pratica del consenso informato sia degenerata, talvolta, in una mera attività di medicina difensiva attraverso una eccessiva burocratizzazione del rapporto.
L'eccessiva burocratizzazione, sostiene, nega il diritto ma "i diritti hanno sempre convissuto con la loro violazione".
Non ritiene il testo rivoluzionario, lo configura come una fotografia, all'interno di una legge ordinaria della situazione esistente affermata per volontà giurisprudenziale – ricostruita sui principi costituzionali e internazionali – per volontà deontologica e per la consuetudine ormai consolidata nelle strutture sanitarie. Entra nel merito del consenso informato richiamando i principi che lo connotano: l'autodeterminazione, l'inviolabilità della persona umana come "libertà della persona di disporre del proprio corpo" e il diritto alla salute e ribadisce, con la sua consueta precisione, che un trattamento sanitario è lecito solo con il consenso informato e quindi non possono esistere deroghe paternalistiche proprie di un passato di cui dovrebbero occuparsi solo gli storici.

Con un secondo articolo – *La legge sul testamento biologico. Cosa cambia con le Dat* – il 20 dicembre analizza la questione del testamento biologico e della norma che ne delinea i contenuti e confini. La descrive come una legge nata – come la legge sull'aborto – con evidenti spinte dal "basso" che parte dai casi "eroici" di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro, alle tante associazioni che hanno elaborato le varie modulistiche di direttive anticipate che oggi costituiscono l'ossatura preziosa da cui partire per determinare il contenuto delle Dat.
Prima di entrare nello specifico delle direttive anticipate di trattamento fa una attenta disamina su alcune questioni: l'idratazione e la nutrizione artificiale, l'accanimento terapeutico e la sedazione palliativa profonda. A questa analisi, definita da lui preliminare, segue quella mirata su contenuti, caratteristiche e modalità di redazione delle Dat.
Conclude il suo scritto facendo delle considerazioni più ampie sull'intero impianto normativo. La legge, afferma, è una buona legge sul consenso informato e sul testamento biologico. Vi sono anche lacune evidenti quali il regime sanzionatorio degli atti posti in essere senza consenso a cui non si può che rimandare alle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali degli ultimi decenni.

Questa legge – continua Benci – attribuisce diritti di cittadinanza sul "governo della vita" e del morire che della vita ne è parte. Da un punto di vista istituzionale è impossibile non ricordare il contributo fondamentale della giurisprudenza e dei tanti Comuni che hanno istituito i registri di fine vita. Una partecipazione corale, diffusa, sentita sulla materia della salute e del fine vita che ha evitato di confinare il dibattito tra gli addetti ai lavori e a un ceto politico ristretto. Non la ritiene però una legge complessiva sul "fine vita" visto che non è intervenuta sulle azioni volontarie dirette a porre fine alla vita nel momento in cui rimangono materia da codice penale questioni come il suicidio assistito e l'eutanasia.
E a sostegno di questa sua posizione ricorda il caso Dj Fabo che ha emozionato la pubblica opinione ma che non trova risposta in questa legge e le problematiche rimangono quindi totalmente aperte. In questi casi, sottolinea,

i cittadini italiani non possono fare altro che rifugiarsi nella clandestinità professionale – la cosiddetta eutanasia clandestina – o a migrare – come "migranti di diritti" - in Svizzera.
Ma a chi spetta l'informazione al paziente? Ad ogni professionista sanitario, non solo al medico, sostiene Benci in un articolo – *L'informazione al paziente spetta ad ogni professionista sanitario, non solo al medico* – pubblicato il 20 dicembre 2019 insieme a Daniele Rodriguez. Con questo lavoro entra nel vivo di una discussione antica, quella relativa al ruolo delle professioni sanitarie diverse dal medico in merito all'informazione al paziente.
La relazione di cura, scrive, non riguarda esclusivamente il medico, ma è estesa alla equipe sanitaria comprendente i vari professionisti sanitari. Conseguentemente, i professionisti sanitari partecipano a tutte le attività che contribuiscono a realizzare la relazione di cura e che si basano sul "consenso informato", vale a dire sul conferimento dell'informazione e sulla raccolta del consenso.
Lo afferma facendo, al solito, puntuale ricorso ai pertinenti riferimenti normativi che, come sostiene, non lasciano dubbi circa l'obbligo anche giuridico per qualsiasi professionista sanitario di informare la persona assistita. Un obbligo che discende dai contenuti di fonti nazionali e sovranazionali. E nell'analisi delle fonti prende in esame, tra quelle nazionali, la legge 22 dicembre 2017, n. 219 – *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. Tra quelle sovranazionali fa riferimento alla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina che prevede due tipologie di informazione rispettivamente contemplate una nell'articolo 5, compreso nel capitolo II intitolato "Consenso" e l'altra nell'articolo 10, facente parte del capitolo III relativo a "Vita privata e diritto all'informazione".

Nello specifico, spiega, l'articolo 5 postula l'obbligo di informare, collocandolo in una prospettiva doppiamente limitata, perché 1) l'informazione è presentata come ancillare rispetto all'obiettivo di ottenere il consenso e 2) il suo contenuto riguarda esclusivamente l'intervento nel campo della salute.
L'informazione citata nell'articolo 10 concerne la salute della persona nella sua globalità e quella dell'articolo 5 l'intervento sanitario subordinato al consenso. Si tratta di due aspetti della medesima entità, corrispondenti a fasi diverse della relazione con il paziente e a diversi bisogni di quest'ultimo all'interno del rapporto di cura.
Conclude così la sua articolata analisi sulla questione: "Resta fermo che tutti i professionisti sanitari sono chiamati a funzioni a garanzia e a tutela non solo dei pazienti ma anche delle persone sane e che anche per i professionisti sanitari non è accettabile l'idea che le funzioni "restino tali" escludendo aprioristicamente che si modifichino, ovviamente nel rispetto dei riferimenti normativi e con la garanzia della pertinente adeguata formazione, peraltro prevista dalle stesse norme."

PER CONCLUDERE

Gli articoli scelti e riproposti non sono sicuramente rappresentativi di tutta la produzione di Luca Benci come peraltro anticipato in premessa: sono solo una parte e il risultato di una scelta nella scelta in quanto non esauriscono il tema a cui fanno riferimento.
Sicuramente lui avrebbe apprezzato questo nostro tentativo di ricordare quanto fatto e scritto per noi e accanto a noi perdonandoci le imprecisioni e le mancanze nello sforzo di lasciarne traccia e memoria perché *scrivere è sempre nascondere qualcosa in modo che venga poi scoperto* (Italo Calvino).

19 gennaio 2014

Le competenze avanzate infermieristiche e la "Cabina di regia". Alcune riflessioni giuridiche

Ospitati dall'Università degli studi di Verona insieme all'Università degli studi di Udine gli esperti provenienti dai 29 Paesi che compongono in network, hanno trattato un problema internazionale e multidimensionale quello delle cure infermieristiche mancate o razionalizzate. La Professoressa Luisa Saiani ospite dell'evento ha fatto il punto sul fenomeno.

Da molti mesi che il dibattito sulle competenze avanzate delle professioni sanitarie e, in particolar modo, sulle competenze avanzate degli infermieri, è diventato la maggiore delle questioni.
Vi sono state prese di posizioni, analisi, polemiche. Questo contributo vuole limitarsi a un'analisi giuridica delle proposte che sono sul tavolo. Dopo molti anni in cui il mondo professionale ha prevalentemente affrontato la problematiche legata alla responsabilità professionale – non certo conclusasi con la deludente legge Balduzzi – in questi mesi si affrontano invece le questioni legate alla legittimità dell'agire professionale delle professioni sanitarie. E' successo con il caso Marlia sui tecnici sanitari di radiologia medica, succede adesso sulle c.d. "competenze avanzate" degli infermieri. In particolare il dibattito si incentra tra ruolo e competenze degli infermieri e dei medici e, possibile sconfinamento dei primi nel campo riservato ai secondi.

In questa premessa ricordiamo brevemente le norme che legittimano l'agire professionale degli infermieri e, in generale, di tutte le professioni sanitarie con l'eccezione della professione medica.
Il sistema di abilitazione all'esercizio professionale delle professioni sanitarie è regolamentato prevalentemente (ma non esclusivamente) dalla legge 26 febbraio 1999, n. 42 "Disposizioni in materia di professioni sanitarie" che definisce il campo "proprio di attività e di responsabilità" delle professioni sanitarie che poggia su su tre criteri guida rappresentati dal profilo professionale, dal codice deontologico e dalla formazione ricevuta e con due criteri limite dovuti alle competenze previste per la professione medica e delle altre professioni sanitarie.
Più precisamente, il secondo comma dell'art. 1 della legge 42/1999 recita testualmente:
*"Il **campo proprio di attività e di responsabilità** delle professioni sanitarie di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni e integrazioni, è determinato dai **contenuti dei decreti ministeriali istitutivi dei relativi profili professionali** e degli **ordinamenti didattici** dei rispettivi corsi di diploma universitario e di formazione post-base nonché degli specifici **codici deontologici**, fatte salve le **competenze previste per le professioni mediche** e per le altre professioni del ruolo sanitario per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del diploma di laurea, nel **rispetto reciproco delle specifiche competenze professionali**".*

Le espressioni chiave quindi sono:
a) campo proprio di attività e responsabilità;
b) contenuto dei decreti ministeriali (profili);
c) ordinamenti didattici (formazione ricevuta);

d) codici deontologici;
e) competenze professione mediche;
f) rispetto reciproco delle specifiche competenze professionali.

L'attuale sistema di abilitazione all'esercizio professionale si differenzia da altri sistemi di abilitazione, quale ad esempio il sistema mansionariale previgente, per una connotazione flessibile che porta a interpretare in modo diverso nel tempo ruoli e competenze.

Cerchiamo di spiegarci meglio: il sistema mansionariale – ex D.P.R 14 marzo 1974, n. 225 - era chiuso e rigido. Le competenze infermieristiche erano determinate all'interno di un elenco riportato nell'articolo 2 – seppure con una qualche distinzione – che determinava la liceità dell'esercizio professionale infermieristico alle sole attività ricomprese nel mansionario stesso. Ebbe a specificare una circolare ministeriale che tutto quello che non era ricompreso nell'elencazione, era da considerarsi "rientrante nella professione medica". L'unico modo per ampliare l'agire infermieristico era il cambiamento normativo. Andava modificato l'atto normativo – D.P.R. – che recepiva il c.d. mansionario, oppure, sempre con atti normativi, si introducevano nuove attività attraverso una serie di atti che, tanti anni orsono abbiamo classificato come "fonti extra- mansionariali" che vedevano talvolta il recepimento in decreti del presidente della repubblica (es. normativa sul 118), altre volte con "linee guida" (es. triage di pronto soccorso) per limitarsi ad alcuni esempi.

Nel 1999 il sistema di abilitazione è cambiato radicalmente proprio con la legge 42/99 che permette una lettura meno rigida in quanto si pone come un atto di legislazione ordinaria – è infatti una legge - che richiama atti di normazione secondaria quali i decreti ministeriali che recepiscono il profilo professionale e gli ordinamenti didattici e richiama anche atti di normazione extra-giuridica come i codici deontologici. È dalla lettura combinata – in diritto "dal combinato disposto" – di questi tre richiami che si ricava "il campo proprio di attività e di responsabilità dell'infermiere. Questo per quanto concerne "i criteri guida" per l'esercizio professionale.

Per quanto concerne invece "i criteri limite" i richiami, come abbiamo visto, sono due: "le competenze previste per le professioni mediche" e il "rispetto reciproco delle specifiche competenze professionali".
Il primo dei due criteri postula una lettura non semplicissima e non strettamente giuridica in quanto le "competenze previste per le professioni mediche" non sono indicate dalla legge se non in modo residuale e generalmente limitate alle attività medico-specialistiche.

È noto che non esiste una definizione generale dell'attività medica: alcune attività e alcuni processi che la professione medica svolge sono intrinsecamente medici, altri sono consuetudinari e di organizzazione e non è detto che in un'attuale lettura storico-evolutiva siano da considerarsi attività esclusivamente mediche o siano, talvolta più correttamente, da considerarsi più genericamente sanitarie.

Ricordiamo infatti che per aversi il reato di esercizio abusivo della professione medica è necessario compiere "un'attività specifica ed esclusiva della professione tutelata". Se non ha queste caratteristiche l'atto è lecito e non è coperto ovviamente da sanzione penale. Non è questa la sede per inoltrarsi nella disamina delle attività specifiche della professione medica. Teniamo solo a precisare che gli invocati classici criteri della diagnosi e della impostazione terapeutica sono senza dubbio riconducibili nell'alveo delle competenze mediche con un'ampiezza però – quanto meno nella parte della esclusività – minore rispetto al passato.

L'altro "criterio limite" – il rispetto reciproco delle specifiche competenze professionali - costringe a una doppia interpretazione. Si pone come limite bi-multilaterale che obbliga ogni professione al "rispetto reciproco" delle competenze. Nel rapporto medico-infermiere il primo deve rispettare il "campo proprio" di attività e di responsabilità dell'infermiere al pari di quanto debba fare l'infermiere nei confronti delle attività mediche".

Poco esplorato infatti è il rapporto di reciprocità da leggersi con il disposto del "campo proprio". Quando nasce o si professionalizza una figura alla quale viene assegnato un "campo proprio", la precedente figura che ricopriva quell'attività si ritrae come nel caso della nascita dell'odontoiatra.

Quando nel 1985, in recepimento a una direttiva dell'Unione europea, nacque ufficialmente la professione dell'odontoiatra, le attività "inerenti alla diagnosi ed alla terapia delle malattie ed anomalie congenite ed acquisite dei denti, della bocca, delle mascelle e dei relativi tessuti, nonché alla prevenzione ed alla riabilitazione odontoiatriche" divennero attività esclusive dell'odontoiatra e non più esercitabili dalla professione medica, fatta eccezione per coloro

che avevano cominciato la formazione universitaria prima del 1980 (classica norma intertemporale).
Anche in questo caso la situazione degna di altri approfondimenti non può compiutamente essere affrontata in questa sede.

Un'altra legge che riguarda le professioni sanitarie, la legge 10 agosto 2001, n. 251 "Disciplina delle professioni sanitarie infermieristiche, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione nonché della professione ostetrica" attribuisce alle regioni – insieme allo stato – la "valorizzazione e la responsabilizzazione delle funzioni e del ruolo delle professioni infermieristico-ostetriche al fine di contribuire alla realizzazione del diritto alla salute, al processo di aziendalizzazione nel Servizio sanitario nazionale, all'integrazione dell'organizzazione del lavoro della sanità in Italia con quelle degli altri Stati dell'Unione.

Infine ricordiamo che, per impulso della legge 1 febbraio 2006, n. 43 "Disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione e delega al Governo per l'istituzione dei relativi ordini professionali" viene riconosciuta la figura dell'infermiere "specialista".

LE COMPETENZE AVANZATE DEGLI INFERMIERI

Ancora in modo preliminare possiamo domandarci se – da uno stretto punto di vista giuridico – si debba giungere a un cambiamento normativo generale per il riconoscimento di ulteriori attività alla professione infermieristica e, per *extenso* alle altre professioni sanitarie, oppure si possa agire direttamente nel presente quadro normativo. In via astratta le strade percorribili possono essere:

a) il cambiamento normativo che può coinvolgere la legge ordinaria (legge 42) o la normazione secondaria relativa alla modifica del profilo professionale. Entrambe o una sola di esse;
b) l'integrazione di un atto normativo della Conferenza Stato Regioni a normativa statale invariata;
c) l'integrazione al profilo professionale con un nuovo decreto ministeriale relativo alle sole competenze avanzate;
d) la riconducibilità delle competenze avanzate all'attuale sistema di abilitazione all'esercizio professionale attraverso operazioni meramente interpretative.

Queste sono le vie giuridicamente praticabili. Concentreremo la nostra attenzione sul punto sub b) in quanto il punto sub a) è politicamente impraticabile per i tempi lunghi che comporta e il punto sub c) risulta impraticabile per il rischio di introdurre elementi mansionariali in un sistema nato come diverso e in contrapposizione al precedente e rischia di porsi in contrasto parziale con la stessa legge 42 e al suo sistema flessibile.
Ci riserviamo infine alcune considerazioni sul punto sub d).
L'integrazione che si pone con l'atto normativo della Conferenza Stato Regioni è – come è noto – all'attenzione del giorno.

Ci riferiamo al documento relativo alla "Bozza di accordo, ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs 28 agosto 1997, n. 281, tra il Governo e le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, recante ridefinizione implementazione e approfondimento delle competenze e delle responsabilità professionali dell'infermiere e dell'infermiere pediatrico europea."
Vi sono pochi dubbi sulla coerenza giuridica di un sistema che venga arricchito da un atto normativo di quell'organismo cerniera che è rappresentato dalla Conferenza Stato Regioni. Nel merito la bozza di accordo prevede un percorso metodologico per lo sviluppo delle competenze avanzate.

In primo luogo individua sei distinte aree di intervento: area cure primarie-servizi territoriali, area intensiva e dell'emergenza-urgenza, area medica, area chirurgica, area neonatologica-pediatrica, area della salute mentale e delle dipendenze. Rispetto alle previsioni della formazione post/base previste per l'infermiere dal profilo professionale, ex DM 739/1994, troviamo un'area in più – quella della chirurgia – e il superamento dell'area geriatrica in favore di una più generale area medica. Nella sostanza le altre aree coincidono. Ricordiamo che lo stesso profilo prevedeva al sesto comma dell'articolo 1 la possibilità di individuare ulteriori aree "richiedenti una formazione complementare specifica" "in relazione a motivate esigenze" del servizio sanitario nazionale. Nulla di particolarmente diverso quindi.

All'articolo 3 della bozza citata si delineano le "modalità e i percorsi per lo sviluppo delle competenze professionali" che si intendono basati sulla "formazione, sulla ricerca e sull'esperienza professionale" e che avranno come base normativa "i contenuti dei profili professionali e gli ordinamenti formativi universitari". La continuità e la coerenza con il sistema statale di abilitazione è evidente e non vi sono ulteriori notazioni da porre.

Il secondo comma dell'art. 3 della Bozza merita di essere riportato per esteso:
"Le regioni e le province autonome, previo confronto con le rappresentanze professionali e sindacali, definiscono, all'interno del processo di accreditamento professionale, i criteri per lo sviluppo delle competenze degli infermieri e la conseguente revisione dei modelli organizzativi".

Le competenze avanzate – espressione che però non compare in tutta la bozza – vengono demandate alle regioni e alle province autonome con la "conseguente" revisione dei modelli organizzativi. Questi ultimi sono da sempre – prima della revisione del titolo V e precedentemente – ricondotti alle competenze regionali. Vi è da domandarsi se anche lo sviluppo delle competenze avanzate possa rientrare nella potestà delle regioni.

L'analisi da fare sarebbe lunga anche perché non solo non è ben chiaro cosa siano le "competenze avanzate" ma – come abbiamo visto – l'espressione non compare neanche nel testo. Nella vulgata di questi ultimi mesi, con questa espressione, si intendono – non sempre correttamente in realtà - una serie di esperienze legate ad alcune attività come, citiamo a titolo esemplificativo, la completa gestione in autonomia di medicazioni avanzate, l'inserimento e la gestione di determinati presidi come i cateteri venosi centrali a inserimento periferico, alcune modalità di risposta alle "urgenze minori" come l'esperienza del *See and Treat* toscano, alcune modalità di risposta alle urgenze intermedie come il *triage* avanzato e non molto altro.

Se circoscriviamo le "competenze avanzate" a queste attività tutta questa discussione risulta praticamente inutile in quanto riguarda una parte ultraminoritaria della professione infermieristica e, soprattutto, delle organizzazioni sanitarie. Se invece per competenze avanzate intendiamo anche lo sviluppo delle competenze – e qui torniamo all'art. 1 della bozza – "per migliorare la presa in carico della persona, la continuità assistenziale tra ospedale e territorio, il governo dei bisogni assistenziali, sanitari e socio sanitari delle persone, delle famiglie e della comunità assistita" allora siamo su un altro piano e si comprende la posta in gioco del dibattito di questi mesi.

Le competenze avanzate quindi non possono essere intese solamente come una qualche mansione in più nei relativi contesti professionali, ma una diversa e più ampia modalità della "presa in carico" del paziente e dei processi assistenziali che permetta risposte più incisive alle mutate

esigenze del contesto sanitario. In questo senso l'intervento regionale non solo ampiamente giustificato, ma le regioni sono senza dubbio i soggetti che hanno maggior titolo a intervenire. In questo senso e solo in questo senso – ripeto diverso da una evoluzione simil-mansionariale diversa da regione a regione – si possono trovare ampie giustificazioni del sistema che si cerca di porre in essere. La coerenza giuridica rispetto al sistema attuale è piena. Questo non significa che vi è la totale preclusione nella implementazione di nuove attività, significa che non è questo il suo prioritario mandato.

Il percorso delineato dalla Bozza di accordo si articola poi nella parte formativa attraverso accordi con le università, sperimentazioni gestionali e percorsi formativi ridefiniti.
A livello centrale viene istituito "l'osservatorio nazionale delle buone pratiche professionali e organizzative" costituito da rappresentanti del ministero della salute, delle regioni, dalle rappresentanze professionali e sindacali. L'osservatorio, nei termini previsti dall'art. 5, esprimerà sostanzialmente "pareri" che poi saranno alla base per la "revisione degli strumenti giuridici, economici e normativi" per i rinnovi contrattuali.

Sulla costituzione dell'osservatorio, sulla sua composizione e sulle sue attività ci permettiamo di esprimere più di una riserva. Se la natura dell'osservatorio è professionale – e non lo è! – allora è sbagliata la sua composizione, se la natura dell'osservatorio è politico-sindacale allora sono sbagliate le funzioni attribuite, con particolare riferimento alle "buone pratiche professionali", le quali devono essere valutate da altri soggetti legati prevalentemente all'organizzazione, alla clinica e all'assistenza.

Un'ultima notazione sulle competenze avanzate e sulle esperienze già in atto in questi anni. Una serie di attività – se non la totalità – si sono rese possibili a legislazione invariata senza che – polemiche strumentali a parte – si ponessero nel concreto reali problemi di legittimità.
Non vi sono dubbi che l'attuale sistema flessibile permetta una serie di rimodulazioni, anche ampie, al sistema delle competenze e alla sua ridefinizione nelle organizzazioni sanitarie. È nato con questo intento, non tutti lo hanno capito e non tutti ne sono consapevoli.

LA CABINA DI REGIA

Con un successivo accordo con soggetti solamente sindacali si è istituita la c.d. "cabina di regia" che nasce per essere uno "strumento per il confronto permanente unitario e partecipato sugli ambiti di sviluppo professionale, organizzativo e formativo". Un altro organismo, quindi, oltre all'osservatorio, a stretta composizione sindacale, oltre alla parte istituzionale, che nasce quanto meno in parte, anche questo, per "monitorare lo sviluppo e verificare la revisione dei modelli organizzativi".

Nell'accordo sulla "cabina di regia" vi sono una serie di affermazioni sulla responsabilità giuridica assolutamente non comprensibili, sovrabbondanti e, soprattutto, inutili e la cui ratio è esclusivamente di carattere politico.
A una prima approssimazione potremo dire che il primo – l'Osservatorio – ha una funzione strettamente professionale e il secondo – la Cabina di regia – una funzione più strettamente sindacale. In realtà non è così e funzioni professionali e sindacali si sovrappongono in entrambi gli organismi dando luogo a una commistione e a una duplicazione di funzioni di cui non si sentiva certo la mancanza.

Per altro la Bozza che andrà alla Conferenza Stato Regioni, come abbiamo sottolineato, non parla di "competenze avanzate", ma di "approfondimento delle competenze e delle responsabilità professionali" e di "esperienze avanzate" riferite a quelle già esistenti, mentre il documento sulla "Cabina di regia", parla di "competenze avanzate e di tipo specialistico" espressione con cui, evidentemente si vuole porre una distinzione tra i due diversi tipi di competenza. Quanto meno il linguaggio e le espressioni andrebbero uniformate.
La Cabina di regia nasce con la premessa di vedere la "presenza delle rappresentanze istituzionali, sindacali e professionali di tutti gli operatori del sistema", salvo poi specificare la composizione che vede solo i rappresentanti sindacali. L'accordo sulla "Cabina di regia" rischia, infine, di confliggere con alcuni dettami di quello che rimane della c.d. "riforma Brunetta", con particolare riferimento all'organizzazione del lavoro.

Luca Benci
Giurista

28 gennaio 2014

Ancora su medici e infermieri. Ma chi l'ha detto che i cambiamenti debbano farsi solo per legge?

Un'analisi dettagliata del documento dell'intersindacale di qualche settimana fa che "stronca" definitivamente la bozza di accordo sulle competenze infermieristiche, rivela qualche inesattezza giuridica e qualche preoccupazione forse eccessiva. Più politica che professionale.

L'insieme delle sigle sindacali mediche, riunite nella c.d. "Intersindacale", ha inviato al ministro Lorenzin, al ministro Del Rio, al presidente delle Conferenza Stato-Regioni e agli assessori regionali alla Salute un documento contenente delle "Osservazioni" sulla bozza di accordo sulle competenze avanzate dell'infermiere e dell'infermiere pediatrico. Il documento è di taglio prevalentemente giuridico. In questa sede tenteremo un'attenta esegesi del testo. Il documento si divide in tre parti: a) premessa; b) riferimenti normativi; c) conclusioni. Concentreremo l'attenzione, in particolare, sui riferimenti normativi, non trascurando le altre due parti che all'analisi giuridica di fatto sono subordinate.

Scrive l'intersindacale:
"È innegabile che tutti i passaggi che hanno comportato le trasformazioni della figura professionale dell'infermiere siano sempre avvenuti per disposizione di legge. E non poteva essere altrimenti, proprio per il fatto che la salute è un diritto fondamentale dell'individuo sancito e garantito dalla Costituzione per cui le condizioni definitorie della tutela della salute devono essere stabilite dalla legge, sia perché devono corrispondere al punto di vista di tutti i cittadini, rappresentati dal Parlamento, sia perché devono essere uguali in tutto il territorio nazionale".
Questa affermazione non è in realtà esatta. Per la precisione il primo mansionario delle "infermiere professionali" era un regio decreto e il secondo e ultimo mansionario un decreto del presidente della Repubblica. Non ci sono stati nel frattempo atti di normazione legislativa veri e propri quanto meno sulle condizioni di esercizio professionale. Successivamente - penso sempre all'attribuzione di competenze – per quanto riguarda alcune norme derogatorie del mansionario e di conseguente ampliamento delle competenze si provvide con il DPR 27 marzo 1992 "Atto di indirizzo e coordinamento alle regioni per la determinazione dei livelli di assistenza sanitaria di emergenza". Non proprio quindi un atto legislativo e ancora dopo con lo strumento dell'Atto di intesa tra Stato e Regioni del 17 maggio 1996 sull'implementazione del sistema di triage di pronto soccorso e la sua attribuzione al personale infermieristico. Anche questa volta senza intervento legislativo ma con un atto di intesa tra stato e regioni si attribuì agli infermieri la funzione di triage ("Tale funzione è svolta da personale infermieristico adeguatamente formato, che opera secondo protocolli prestabiliti dal dirigente del servizio").

A ben vedere l'unico atto legislativo è stata la legge 26 febbraio 1999, n. 42 "Disposizioni in materia di professioni sanitarie" in cui si è riformata complessivamente la normativa sull'esercizio di tutte le professioni sanitarie e stabiliti "criteri guida" e "criteri limite". Per quanto concerne le figure professionali e i conseguenti profili è sempre stato il ministero della Salute a intervenire con proprio atto normativo dietro disposizioni di legge (legge 42/99 prima e 251/2000 dopo) che però non ha mai dato indicazioni puntuali allo stesso ministero. Si pensi che l'attuale profilo è determinato da un comma dell'art. 6 del D.Lgs 502/1992 che specificava che il ministro della Sanità doveva individuare "con proprio decreto le figure professionali da formare ed i relativi profili". Il legislatore non si preoccupò di dettare neanche una cornice ma demandò totalmente al ministero i contenuti. D'altra parte una definizione del campo di attività di una figura professionale è del tutto impensabile che debba essere puntualizzato da grandi assemblee parlamentari. È più tipico della normazione secondaria.

La legge 42 stessa è costruita con dei rimandi ad atti di normazione regolamentare giuridica e deontologica. L'atto legislativo si limita al quadro complessivo i cui contenuti sono normazione di altri e non del legislatore stesso. Questo per quanto concerne i "criteri guida". Non si rinvengono invece atti normativi di alcun tipo per "i criteri limite" delle "competenze previste per le professioni mediche" e delle altre professioni sanitarie. Qui il documento dell'intersindacale medica si fa necessariamente carente. Quando parla di professioni sanitarie e, segnatamente, della professione infermieristica sottolinea di come la regolamentazione debba essere prevista dalla legge anche per garantire il diritto alla salute dei cittadini, quando invece tratta della professione medica non cita leggi – che infatti non esistono – ma le individua in un "nucleo irriducibile di competenze riservate alla professione medica che debbono essere individuate nelle attività di diagnosi e di prescrizione terapeutica".
Questo è in gran parte vero – anche se con un'ampiezza decisamente inferiore rispetto al passato – ma non viene pressoché mai stabilito con leg-

ge. Curiosamente possiamo dire che le "competenze" previste per i medici siano riconducibili alla consuetudine, alla prassi, alla tradizione. Non vi sono atti normativi di carattere generale – se non di carattere secondario o su aspetti medico-specialistici che sono costruiti, però, come limite interno alla stessa professione medica – che regolamentano la professione medica. Questo dimostra di come non corrisponda al vero l'assoluta necessità dell'intervento legislativo per regolamentare gli atti relativi alla tutela della salute in quanto per decenni non vi sono stati e una professione, quella medica, agisce a tutt'oggi senza problemi di legittimità in assenza di regolamentazione legislativa di carattere generale. Tra l'altro la stessa legge 42 è costruita in modo tale da non rendere necessario l'intervento legislativo, ma solo l'intervento della normazione secondaria. Sull'attuale ruolo da attribuire alle regioni sulle condizioni di esercizio professionale ricordiamo che l'art. 117 della Costituzione attribuisce alle regioni, come materia di legislazione concorrente, la disciplina delle "professioni". Il documento dell'Intersindacale medica poi pone delle preoccupazioni sul ruolo gestionale che verrebbero ad assumere gli infermieri. Scrive l'intersindacale: "Alle rivendicazioni di autonomia infermieristica nella diagnosi, nella terapia, nella certificazione, si sono aggiunte ulteriori spinte verso l'autonomia nella gestione di Unità Operative Sanitarie Ospedaliere e Territoriali, che mirano ad abbandonare l'assistenza alla persona per transitare, di fatto, dal ruolo assistenziale a quello gestionale. E' evidente, a chiunque abbia una minima esperienza di organizzazione sanitaria, che in questa prospettiva l'ampliamento di competenze professionali di molti prepari la implementazione di competenze gestionali, specie apicali, per pochi".

Trascuriamo la prima parte – più politica che giuridica – e concentriamoci sulla seconda parte relativa alla "spinta" verso la gestione. L'Intersindacale paventa il rischio che a fronte dell'implementazione delle competenze (di molti) vi sia la spinta all'abbandono della parte clinico-assistenziale da parte di pochi per assumere competenze gestionali apicali. Le dirigenze sanitarie e, in particolare, le dirigenze infermieristiche sono da molti anni presenti nelle strutture. Più che un rischio è una situazione consolidata e prevista, questa sì, dalla legge (legge 251/200) da molti anni. Qui, in realtà, il tono è tutto politico: la parte gestionale vista come "abbandono" della mission istituzionale evidentemente. Si parlerebbe mai così di un direttore sanitario come di colui che ha abbandonato la clinica, ovviamente con connotazione negativa in quanto la mission istituzionale del medico è clinica? Il ruolo gestionale apicale è necessariamente per "pochi". La preoccupazione politica si mescola al dato giuridico, ricordando, nelle conclusioni che la figura apicale per eccellenza nelle strutture sanitarie è il direttore del dipartimento e citando il più confuso e inapplicabile articolo del D.Lgs 502/1992 che attribuisce al direttore del dipartimento anche la responsabilità professionale in materia "clinico-organizzativa".

Sono anni che si discute della incoerenza giuridica di un articolo che attribuirebbe, lo diciamo a mero titolo esemplificativo, la responsabilità clinica del dipartimento materno-infantile, a un pediatra anche per la parte ginecologica. Le strade, lo avevamo già scritto il 19 gennaio, sono in realtà aperte a vari percorsi normativi e regolamentari. Da un punto di vista giuridico è indifferente la strada da seguire. In genere, in questi casi, per motivi di economia legislativa si segue la strada meno tortuosa. Queste brevi note si concludono auspicando interventi giuridici meno legati al particulare da qualunque parte provengano come purtroppo siamo abituati a vedere spesso in questo paese.

Luca Benci
Giurista

02 febbraio 2015

Comma 566. Pro o contro, poco importa. Il punto è che con questo comma la legge 42 andrà in "pensione"

Nel dibattito ampio e articolato dei fautori e detrattori di questo comma della legge di stabilità è mancato un approfondimento giuridico sulle ricadute della nuova normativa sulle norme preesistenti e in particolare sulla legge del 1999 in materia di professioni sanitarie. A mio avviso quella legge, una volta sancito l'accordo Stato Regioni, sarà di fatto abrogata.

Sono stati già numerosi i contributi pubblicati su questo giornale sul "comma 566" della legge di Stabilità 2015. In primo luogo sottolineiamo che, dopo tante discussioni sulla bozza di documento sulle competenze avanzate e specialistiche, si cambia registro. Quel documento si poneva l'obiettivo di cambiare i rapporti tra le professioni a legislazione invariata agendo solo ed esclusivamente sulla normazione secondaria. Con il "comma 566" – atto di legislazione ordinaria – si cambia direzione.

Le questioni giuridiche che si pongono sono diverse e non è semplice affrontarle. Bisogna preliminarmente accertare se il "comma 566" si pone in una situazione di integrazione della attuale normativa di abilitazione all'esercizio professionale delle professioni diverse da quella medica oppure se contenga una abrogazione implicita delle stesse. In altre parole: se integri la legge 42/99 oppure se la abroghi sostituendola.

Vi sono in realtà dei punti di contatto tra le due normative. Ricordiamo allora che l'attuale normativa di abilitazione è rappresentata principalmente dalla legge 26 febbraio 1999, n. 42 recante "Disposizioni in materia di professioni sanitarie". Come è noto la legge 42 contiene tre criteri guida e un criterio limite all'esercizio professionale delle professioni sanitarie. I criteri guida sono rappresentati dai dettami dei profili professionali, dagli ordinamenti didattici e dai codici deontologici mentre il criterio limite, uguale per tutti, è rappresentato dalle "competenze previste per le professioni mediche".

Questo impianto normativo, ci domandavamo, viene solo integrato o sostituito dalle disposizioni contenute nel "comma 566" della legge di stabilità? Per dovere di chiarezza lo riportiamolo ancora una volta per esteso: *"Ferme restando le competenze dei laureati in medicina e chirurgia in materia di **atti complessi e specialistici di prevenzione, diagnosi, cura e terapia**, con accordo tra Governo e Regioni, previa concertazione con le rappresentanze scientifiche, professionali e sindacali dei profili sanitari interessati sono definiti **i ruoli, le competenze, le relazioni professionali e le responsabilità individuali e di equipe su compiti, funzioni** e obiettivi delle professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, tecniche della riabilitazione e della prevenzione, **anche attraverso** percorsi formativi complementari. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".*

Il comma 566 riprende, cercando di dettagliarlo, il limite delle competenze previste per la professione medica" della legge 42/99 ponendolo al primo punto. In questo contesto può essere utile domandarsi se abbia tentato o meno di definire il c.d. "atto medico". Un tentativo, *ictu oculi*, in realtà c'è stato: la definizione che ne viene fuori è però limitante e non certo esaustiva, posto che, nella definizione di tale atto, bisogna capire:

a) se esista in assoluto;
b) se sia opportuno definirlo;
c) se, una volta individuata l'esistenza, a quale tipologia di definizione sia utile arrivare (esemplificativa, esaustiva, di principio ecc.).

Sul punto sub a) è verosimile che nel nostro ordinamento tale concetto possa esistere ed essere ricavato dalla sintesi di una pluralità di fonti: giuridiche, professionali, deontologiche, formative, giurisprudenziali e, financo, consuetudinarie. Sull'opportunità di arrivare a una definizione di "atto medico" decide il legislatore: attiene quindi alla discrezionalità politica. I pro e i contro in tali decisioni sono noti e non è questa la sede per approfondire la questione.

Sul punto sub c) dobbiamo arrivare alla conclusione, vista la situazione di complessità, che sia molto difficile arrivare a una definizione esaustiva. Nel tentativo, non dichiarato ma presente del "comma 566" troviamo una sorta di definizione "di principio" e che si presta, inevitabilmente, alle più variabili interpretazioni. È del tutto intuibile che similmente al criterio guida della legge 42/99 non risulti un elemento di chiarezza assoluto, ma la volontà del legislatore di ribadire il criterio limite delle competenze mediche è evidente. Il "comma 566" è la seconda norma di rango ordinario a proporre il limite.

Entrando nel merito il "comma 566" specifica che "Ferme restando le com-

petenze dei laureati in medicina e chirurgia in materia di atti complessi e specialistici di prevenzione, diagnosi, cura e terapia". Qualcosa di più del punto della legge 42 ma non molto. La definizione che esce fuori non è da considerarsi una definizione vera e propria se non in modo incidentale e, comunque, è parziale e non esaustiva. Non è comunque priva di conseguenze in quanto, essendo contenuta in una legge ordinaria, stabilisce una sorta di riserva di legge per determinate attività che sono quindi insuscettibili di essere esercitate da altre professioni.

Quindi i medici abilitati alla professione (e non i laureati in medicina del testo!) hanno una competenza professionale non invadibile dalle altre professioni limitatamente però agli "atti complessi e specialistici di prevenzione, diagnosi, cura e terapia". Questo da un punto di vista formale. Da un punto di vista sostanziale questo inciso non è autosufficiente in quanto destinato a essere riempito di contenuto da altre fonti. La complessità di un atto e il suo essere annoverato come atto specialistico deve ricavarsi da altro, tenendo inoltre conto, che un atto complesso può essere anche la sommatoria di atti che si presuppongono semplici. Si pensi ai "processi diagnostici" che presuppongono, talvolta, la sommatoria di atti e valutazioni che, presi singolarmente, possono anche essere "semplici".

A favore dell'ipotesi dell'abrogazione implicita della legge 42/1999 vi è la volontà del legislatore di riformare *ex novo* l'esercizio professionale con criteri diversi. In particolare sottolineiamo le differenze rispetto al precedente sistema. Alla classica tripartizione di "criteri guida" – profilo, formazione, codice deontologico – troviamo la previsione di un atto normativo complessivo Stato Regioni per ridefinire "i ruoli, le competenze, le relazioni professionali e le responsabilità individuali e di equipe" su compiti, funzioni e obiettivi delle professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, tecniche della riabilitazione e della prevenzione, anche attraverso percorsi formativi complementari".

Precisiamo che la formulazione non appare né felice né chiara contenendo anche delle contraddizioni. Con un atto normativo, che non contiene dei principi guida, si demanda a una pluralità di soggetti - Stato, Regioni, associazioni scientifiche, sindacali, professionali – la definizione del "campo di attività e di responsabilità" di cui alla legge 42/99 scritto in modo diverso. Per altro Stato e Regioni dovranno "concertare" con le rappresentanze il testo. Concertazione quindi non mera consultazione. Il tutto con le rappresentanze dei profili

interessati tra le quali, non dovrebbero rientrare, le rappresentanze mediche (non essendo "profili interessati" in senso letterale. In senso sostanziale si!). Il sistema attuale si basa sulla definizione di ben ventidue profili professionali approvati con decreti ministeriali, il nuovo sistema si presenta diverso.

La legge 42/99 basava il suo sistema di abilitazione all'esercizio professionale sui profili professionali, intesi come atti normativi secondari che assurgevano come vera e propria pietra angolare dell'esercizio di ogni figura professionale. I profili erano e sono costruiti più in modo da evidenziare l'autonomia e l'autoreferenzialità che non l'integrazione e l'interprofessionalità. Inoltre sono sempre stati declinati al singolare: l'infermiere, l'ostetrica, il fisioterapista, il tecnico ecc. come se esercitassero la loro attività in modo singolo e mai in equipe.

Il nuovo sistema, perché ormai è chiaro che si nuovo sistema si tratta, vuole definire su base interprofessionale l'esercizio. Tale interpretazione è avvalorata dal riferimento alla normazione delle "relazioni" e alle "responsabilità professionali e di equipe" che sono del tutto insuscettibili a essere frazionate all'interno di una pluralità numerosa di decreti singoli. Vi è però sul punto da domandarsi se in un atto normativo si possano cristallizzare le "relazioni professionali". All'interno dei profili le "relazioni" sono previste solo in rapporto alla professione medica attraverso, quasi sempre, l'istituto della "prescrizione".

Ecco allora che l'infermiere "garantisce la corretta applicazione delle prescrizioni diagnostico-terapeutiche", il fisioterapista agisce "in riferimento alla diagnosi e alle prescrizioni del medico", il tecnico di radiologia agisce "su prescrizione medica". Gli igienisti dentali agiscono su "indicazione" medica o odontoiatrica.

Quando non è mediato dalla prescrizione medica, si pensi all'ostetrica, si specifica che debba essere in grado di "individuare le situazioni potenziamente patologiche che richiedono l'intervento medico". I profili professionali però erano e sono costruiti più per esaltare l'identità e l'autonomia professionale che non a tessere l'interprofessionalità. Oscuro invece il riferimento alle "responsabilità individuali e di équipe" che sono la conseguenza dei comportamenti errati e non spetta a un atto normativo della Conferenza Stato-Regioni individuarle in generale e in astratto. Sempre che si faccia riferimento alla usuale responsabilità professionale di carattere sanzionatorio.

La seconda parte del "comma 566" specifica che con l'atto Stato Regioni si determineranno "compiti, funzioni e obiettivi" delle professioni sanitarie. Non vi sono dubbi che si tratti di un cambiamento netto rispetto alla legge 42/99. Il termine "compito" era sparito dalla normativa degli anni novanta e oggi ne registriamo il ritorno. Non si tratta, come è evidente, di un riferimento alla normativa mansionariale degli anni settanta – almeno questo non sembra – ma comunque qualcosa di più preciso dei "criteri guida" della legge 42/99.

Nei profili le "funzioni" erano presenti mentre gli "obiettivi" erano presenti negli ordinamenti didattici. I compiti no. Vi è da domandarsi se il legislatore abbia in questo caso ritenuto negativa l'assenza dei compiti nella normativa di abilitazione. Una risposta del genere può essere però demandata solo alla valutazione del mondo professionale.

Un'altra chiave di lettura può essere però indicata nel dibattito sulle "competenze" che si è sviluppato in questi ultimi anni e se per "compiti" si intendano le competenze "avanzate e specialistiche". In questo caso vi sarebbe la sopravvivenza della legge 42/99 per quanto riguarda l'esercizio "di base" e il "comma 566" per quanto concerne l'esercizio delle competenze ulteriori. Non sembra che questa interpretazione possa essere accolta in quanto non vi sono elementi testuali che la possano giustificare né rientra nella tradizione normativa la parcellizzazione delle fonti di riferimento di esercizio professionale che si verrebbero, in una serie non piccola di casi, a sovrapporre creando una confusione non richiesta.

Ecco allora che il "comma 566" si pone allora come una nuova normativa di abilitazione all'esercizio professionale che supera implicitamente la legge 42/99 abrogandola. È pur vero che la 42/99 si mostrava come una legge organica e a ciò dedicata mentre il "comma 566" è giustappunto un comma di una legge finanziaria dedicata ad altro. Questo è però il modo ormai ordinario di legiferare del nostro parlamento dall'inizio della crisi economica e finanziaria. Con le "manovre economiche", variamente denominate, si sono fatte riforme importanti (tralasciamo gli esiti…).

La legge 42/99 rimane però in vigore fino all'approvazione dell'atto normativo Stato Regioni. Il "comma 566" infatti non è autosufficiente –

come lo era la legge 42/99 alla sua approvazione – e quindi, pur non dichiarandolo esplicitamente, supera implicitamente la normativa attuale solo dal momento in cui conterrà gli elementi della sua completezza. Pur essendo contenuto all'interno di una legge finanziaria qual è la legge di Stabilità l'ultimo periodo del "comma 566" risulta discutibile.

Esso recita: "Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". Se l'intento del legislatore è quello di ridefinire i rapporti tra i medici e le altre professioni sanitarie e il rapporti tra quest'ultime non si comprende come si possa, per legge addirittura, non riconoscere, laddove vi siano percorsi professionalizzanti che portano ad assumere responsabilità maggiori, maggiori gratificazioni retributive. È storia di questi ultimi anni – ma è anche storia antica – l'invasione della legislazione a danno della contrattazione. Un paletto di tal fatta pesa come un macigno sulla contrattazione futura impedendo nuovi sviluppi di carriera.

Questa parte blocca un qualsivoglia processo di professionalizzazione soprattutto laddove si tenti di collegare l'evoluzione professionale alla frequenza di "percorsi formativi complementari". Un investimento professionale che comporta una riorganizzazione del lavoro nelle strutture non può comportare una totale invarianza di spesa e si pone in conflitto con l'articolo 36 della Costituzione che collega la retribuzione "alla quantità e alla qualità" del lavoro.

È sbagliata questa continua intrusione della legislazione nella contrattazione che continua a registrarsi.

Un'ultima notazione, ritornando sulla concertazione, è d'obbligo. Il sistema di abilitazione all'esercizio professionale è per tradizione normativa statale. Con la riforma, invero infelice, del titolo V della Costituzione la regolamentazione delle "professioni" è diventato materia di legislazione concorrente tra Stato e Regioni. Quindi la regolamentazione professionale dovrebbe avvenire con una legge cornice statale e una legge di dettaglio regionale. In questo caso si è preferito il dettaglio un atto della Conferenza Stato Regioni. Questa normativa di dettaglio, però, deve essere concertata. Concertazione, è stato acutamente notato da Fassari, non è un termine "banale" e introduce una novità rilevante nel sistema.

È lecito domandarsi cosa possa succedere in caso di fallimento della concertazione: fallimento in senso assoluto (mancanza di raggiungimento di un accordo), fallimento parziale (accordo solo su alcuni punti o solo con alcuni organismi). Potrà la Conferenza Stato Regioni comunque emanare l'atto? I dubbi sono leciti e, in generale, è discutibile proprio l'ingresso della concertazione nel sistema di abilitazione all'esercizio professionale le cui competenze (di Stato e Regioni) sono costituzionalmente tutelate. La strada, per l'attuazione del "comma 566", si presenta in salita.

Luca Benci
Giurista

27 febbraio 2015

Professioni sanitarie. Dopo il "comma 566" la necessità di un testo unico

Lo strumento è quello della legge delega che in modo meramente ricognitivo (e non certo abrogativo) porti a un unico articolato armonizzandolo con le varie norme che si sono succedute nel tempo e che superi le diverse aporie che, proprio nel sistema, si sono create. Di tutto questo e di altro si parlerà il prossimo 11 marzo in un convegno a Firenze.

La recente approvazione del comma 566 della legge di Stabilità 2015 ha posto per l'ennesima volta alcune debolezze del sistema di abilitazione all'esercizio professionale delle professioni sanitarie e delle sue molteplici interpretazioni. L'unico dato certo riscontrabile è relativo all'intenzione del legislatore che, con alcuni ondeggiamenti, si è dimostrata univoca sulla chiara determinazione di investimento sulle professioni sanitarie.

Questo dato è inconfutabile. Meno chiare, talvolta, son le norme di legge che risultano, in una certa parte, tra di loro contraddittorie, non risultando agevole capire la prevalenza dell'una o dell'altra.
Cerchiamo di fare luce in ordine cronologico e limitandoci alla normazione primaria. La legge 26 febbraio 1999, n. 42 è, senza ombra di dubbio, la principale delle leggi sulle professioni sanitarie e la più esaustiva. Determina, come è noto, il "campo proprio di attività e responsabilità" di ogni figura professionale ancorandolo alla tripartizione dei "criteri guida" del profilo professionale, degli ordinamenti didattici e dei codici deontologici" con il criterio limite delle competenze previste per le professioni mediche.

I problemi irrisolti sono tre:

a) il "campo proprio" non sfociato nel "campo esclusivo" per interpretazione della giurisprudenza di legittimità che lo tende a escludere, interpretando restrittivamente un dato letterale sufficientemente chiaro. Il campo proprio esclude l'invadibilità e quindi ne determinerebbe l'esclusiva;
b) la mancata istituzione degli ordini professionali – per le professioni prive di albo – determina la mancata estensione erga-omnes dell'osservanza del codice deontologico emanato da associazioni private, ancorchè riconosciute con

decreto ministeriale, ma pur sempre private;

c) una previsione dei percorsi post/base previsti solo per infermieri e fisioterapisti e solo nel riconoscimento dei profili professionali e non riconosciuti, a distanza di venti anni, neanche dai contratti collettivi.

La legge 251/00 contiene più norme programmatiche che precettive, quanto meno sull'esercizio professionale. Di rilievo il riconoscimento che le varie professioni contribuiscono alla realizzazione del costituzionale "diritto alla salute".

Largamente inapplicata è invece la legge 43/2006 che però introduce e definisce i "professionisti specialisti" che sono coloro che sono "in possesso del master di primo livello per le funzioni specialistiche rilasciato dall'università".

Infine, il "comma 566" della recente legge di Stabilità. Su quest'ultimo, al netto delle numerose polemiche, sono emerse due interpretazioni: vi è chi, come il sottoscritto e il prof. Daniele Rodriguez, sostiene essere il nuovo sistema di abilitazione all'esercizio professionale superando le precedenti norme, vi è chi sostiene che il "comma 566" attenga esclusivamente alle funzioni specialistiche (Proia, Silvestro).

È curioso notare come in presenza di tutte queste norme – e prima del "comma 566" – in presenza di un costante investimento sulle professioni sanitarie dove non si contano più espressioni come "autonomia professionale", "campo proprio di attività e responsabilità", "autonomia tecnico-professionale", "titolarità e autonomia professionale" il sistema resti debole proprio nell'interpretazione delle norme che sempre di più concedono alle professioni sanitarie: si pensi al caso di Marlia (per il solo fatto che sia esistito!), si pensi alle recenti pronunce sempre sui tecnici sanitari di radiologia medica e sui fisioterapisti proprio nel rapporto con la professione medica.

Interpretazioni contraddittorie sul sistema della legittimità di esercizio e non anche sul sistema delle responsabilità che tendono a essere sempre più condivise.

Avanzo sommessamente una proposta che ha il solo fine di rendere chiarezza e rafforzare il sistema normativo che, in questo momento, presenta debolezze e contraddizioni giuridiche: approvare un testo unico. Lo strumento, è noto, è quello della legge delega - mi rendo conto del non sempre felice esito che questo strumento ha spesso mostrato – che in modo meramente ricognitivo (e non certo abrogativo!) porti a un unico articolato armonizzandolo con le varie norme che si sono succedute nel tempo e che superi le diverse aporie che, proprio nel sistema, si sono create.

Le abbiamo accennate ma le ribadiamo e ne aggiungiamo alcune: definire se il sistema dei profili professionali rimane in vigore, definire in modo chiaro le funzioni specialistiche, definire se il titolo di specialista spetti solo a coloro che hanno un master universitario per le funzioni specialistiche, individuare il preciso canale della formazione post/base ecc. In questo momento nessuno si può permettere di avere un sistema debole proprio sulle categorie professionali più presenti nelle strutture sanitarie. La legge delega avrebbe anche il pregio di poter riaprire i termini dell'originaria delega sulla legge 43/2006 per superare la grave lacuna dell'assenza di albi e ordini professionali per le professioni che ne sono prive.

Un'ultima notazione è relativa alla – decisamente positiva! – previsione della regolamentazione delle "relazioni professionali" previste dal "comma 566" che supera un eccesso di isolamento normativo del sistema delle professioni che spesso privilegia la regolamentazione della singola professione avulsa dal contesto inteprofessionale di equipe.

A questo proposito mi sia permessa una notazione critica sul documento pubblicato ieri a firma dell'Alleanza per la professione medica dove si introduce il misconosciuto concetto non di responsabilità di equipe ma di "equipaggio". I concetti sulla responsabilità di equipe vedono una costante giurisprudenza degli ultimi decenni, conforme al nostro ordinamento giuridico, dove sempre più spesso vi sono riconosciute responsabilità convidise e paritarie, senza ovviamente nulla togliere alle diverse competenze.

Di tutto questo e di altro ne parleremo a Firenze il prossimo 11 marzo nell'ottica di un confronto tra esperti e professioni sanitarie.

Luca Benci
Giurista

16 marzo 2015

Il comma 566 e gli aspetti giuridico legali. Non facciamo confusione

Gentile direttore,
rispondo alla "Lettera al direttore" pubblicata ieri dal titolo "Comma 566. Atto medico, atto sanitario e profilo di colpa" a firma congiunta del dott. Domenico Crea e della dottoressa Maria Ludovica Genna dell'Osservatorio sanità di Napoli, perché trovo le argomentazioni confuse e imprecise.

Crea e Genna partono dal presupposto di "verificare quanto già prevedano i nostri codici in materia di esercizio abusivo della professione medica". I nostri codici (*rectius* il solo codice penale) non tratta l'esercizio abusivo della professione medica in particolare ma solo dell'esercizio abusivo di qualunque professione per la quale è necessaria una speciale abilitazione da parte dello Stato. Sono quindi tutelate tutte le professioni. Crea e Genna non sottolineano un punto fondamentale della costruzione della norma penalistica sull'abusivismo: l'art. 348 del codice penale è infatti una "norma in bianco" destinata a essere riempita di contenuto dalla normativa di settore extra-penale e, quindi, anche dal "comma 566" della legge di Stabilità 2015 laddove, attraverso l'atto della Conferenza Stato Regioni, sposti il limite delle competenze delle professioni sanitarie.

Gli strali della legge penale si abbattono contro coloro che, da non abilitati, svolgono attività "tipiche ed esclusive" della professione tutelata. Se cambiano o si modificano le norme e viene intaccata l'esclusività non si può neanche invocare l'attività abusiva. Quanto al consenso informato la confusione che operano Crea e Genna è massima. L'informazione al paziente e l'ottenimento del consenso è presupposto di ogni atto sanitario e assistenziale e non il presupposto del solo "atto medico". Lo stesso comma 2 dell'art. 32 della Costituzione è chiarissimo: "Nessuno può essere sottoposto a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

Questo articolo è alla base del c.d. consenso informato. Ogni attività sanitaria necessità di informazione e consenso (che può essere acquisito sia in modo verbale che scritto).
Sarebbe ben curioso che il medico nel suo agire professionale necessitasse del consenso del paziente mentre l'infermiere o l'ostetrica no. Anche sulla ipotesi di intervento senza consenso Crea e Genna confondono i piani. E' noto, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, che di per sé un atto sanitario senza consenso determina un illecito indipendentemente dai danni.
Si domandano gli autori: "*Pertanto in occasione di specifiche manovre o atti sanitari tipicamente medici, ma affidati - secondo l'ipotesi del comma 566 - concretamente anche agli infermieri, cosa accadrà nel caso eventuale di postumi ed esiti invalidanti?*".

Se le specifiche manovre o atti sanitari "tipicamente medici" vengono "affidati", per usare il loro linguaggio, dal comma 566 "anche agli infermieri" vuol dire che una legge ordinaria dello Stato, quale la legge di Stabilità, stabilisce che quell'attività non è più esclusivamente medica.
Sul comma 566 si è sviluppato un dibattito acceso. I dati giuridici di realtà, però, non possono essere affrontati con questa superficialità.

Luca Benci
Giurista

18 marzo 2015

Comma 566 e codice penale. Maneggiare con cura

Gentile direttore,
rispondo alla risentita replica del dottor Genna e la dottoressa Crea dell'Osservatorio di Napoli i quali confermano nella lettera di risposta la loro scarsa conoscenza del diritto argomentando da "tifosi" la questione delle competenze innovate dal comma 566 della legge di Stabilità 2015. Avevo espresso un complessivo giudizio di superficialità dei loro commenti e sulla confusione operata sui vari piani affrontati con particolare riferimento alle innovazioni che apporta e può apportare nell'ordinamento giuridico il "comma 566".

La prima delle innovazioni è immediatamente operativa ed è relativa al dimagrimento del concetto di atto medico che, nella forma esclusiva, è limitato "agli atti complessi e specialistici di prevenzione, diagnosi e cura" e non a tutti gli atti sanitari (ma non era così neanche nella normativa previgente). La seconda innovazione è demandata all'atto normativo della Conferenza Stato Regioni, non "come sostengo io" ma come sostiene la legge.
Il "comma 566" diventa integratore del precetto penale e costituisce uno dei pilastri normativi dell'abilitazione dell'esercizio delle professioni sanitarie. Il reato di esercizio abusivo della professione, rispetto alla professione medica, è stato contestato in questi decenni agli "abusivi" sprovvisti di qualunque titolo professionale e quasi mai ai professionisti sanitari come anche i riferimenti giurisprudenziali citati da Crea e Genna dimostrano.

A Crea e Genna non interessa l'analisi delle innovazioni e le conseguenze del loro impatto: utilizzano impropriamente il codice penale – che dimostrano di conoscere poco – per affermare un loro giudizio precostituito (da "tifosi", appunto) sulla centralità della professione medica rispetto ad altre professionalità la cui crescita, a loro dire, metterebbe in pericolo la salute dei pazienti.
Giudizio di natura politico professionale che a me non interessa confutare essendomi limitato al puro atto giuridico che oggi distingue tra attività sanitaria e attività medica.
Crea e Genna mi consigliano di leggere l'ormai antico parere del Comitato nazionale di bioetica del 1992 sul consenso informato. Non ricambierò la pedanteria di allegare link di letteratura giuridica e medico legale più recente del parere del Comitato di Bioetica né della giurisprudenza di questi ultimi ventitre anni.

Ho soltanto affermato che il pacifico dato che l'informazione al paziente e l'acquisizione del consenso deve essere presente per tutto il trattamento (es. il medico prescrive un trattamento antiblastico ma poi è l'infermiere che somministra e deve verificare il permanere del consenso) e il fatto che la maggior pare dei consensi venga, del tutto legittimamente, espresso nella pura forma verbale. Questo è un dato di realtà e non anacronistico: avviene tutti i giorni. A fronte della pluralità di atti compiuti su un paziente ricoverato solo una piccolissima parte di atti viene sottoposta all'acquisizione di un consenso espresso in forma scritta. Non a caso, in questi anni, si è più volte censurato l'eccesso di modulistica, paventando il rischio della "burocratizzazione" del rapporto con il paziente.

Mi sembra un dato talmente lapalissiano che mi ha stupito che sia stato contestato. Anche il codice di deontologia medica limita l'acquisizione del consenso in forma scritta "ai soli casi previsti dall'ordinamento" (art. 35) che sono, in realtà, pochissimi.
Confermo che il dibattito sulle competenze debba avvenire cercando di confrontarsi sui dati di fatto e in modo maturo dal mondo professionale. Brandire impropriamente come un'arma il codice penale per paventare chissà quali conseguenze non aiuta il dibattito sui necessari nuovi modus operandi ma solo a difendere il proprio perimetro di azione.

Luca Benci
Giurista

22 luglio 2015

Comma 566. È possibile modificarlo?

Gentile direttore,
intervengo sulle sue interessanti riflessioni del 20 luglio "L'inutile guerra del comma 566" e sul comunicato stampa di cui sempre il suo giornale ha dato notizia ieri "Comma 566: è muro contro muro". Come è noto il ministero ha proposto una modifica della parte dell'incipit del comma togliendo il riferimento agli "atti complessi e specialistici". Di conseguenza la norma verrebbe così riformulata: "Ferme restando le competenze dei laureati in medicina e chirurgia di prevenzione, diagnosi, cura e terapia…".

In cambio di questa accettazione della modifica il ministero avrebbe garantito il passaggio in Conferenza Stato Regioni della bozza dell'accordo che riguarda la professione infermieristica.

Queste le notizie che ci è dato sapere. Provo a fare una serie di riflessioni giuridiche astenendomi da quelle politiche a cui rimando a chi di dovere. La ratio del 566, così è spesso stato argomentato, era la copertura legislativa delle competenze specialistiche da attribuire alle professioni sanitarie. In tempi assolutamente non sospetti (gennaio 2014) analizzavo le possibilità di implementazione delle competenze avanzate e specialistiche.

Non è elegante citarsi ma in questo caso è utile farlo. Scrivevo:
"In via astratta le strade percorribili possono essere:

a) il cambiamento normativo che può coinvolgere la legge ordinaria (legge 42) o la normazione secondaria relativa alla modifica del profilo professionale. Entrambe o una sola di esse;
b) l'integrazione di un atto normativo della Conferenza Stato Regioni a normativa statale invariata;
c) l'integrazione al profilo professionale con un nuovo decreto ministeriale relativo alle sole competenze avanzate;
d) la riconducibilità delle competenze avanzate all'attuale sistema di abilitazione all'esercizio professionale attraverso operazioni meramente interpretative."

Concludevo affermando la liceità del punto sub b) e quindi l'implementazione delle competenze poteva avvenire a "legislazione invariata". Da un punto di vista giuridico non c'erano e non ci sono ostacoli in quanto proprio la legge 42/99 è stata costruita come una sorta di work in progress, ovvero come una legge, sostanzialmente "cornice" che demanda ad

altri atti regolamentari – un tempo il decreto ministeriale adesso l'atto normativo della Conferenza Stato Regione – la reale definizione degli ambiti di attività.

Delle quattro strade possibili, sembra strano, ma ne è stata decisa una quinta: non la modifica legislativa, dunque, ma una nuova norma (che comunque impatta nella legislazione precedente): il comma 566 giustappunto.

L'incipit del 566 viene riconosciuto da alcuni come il tentativo di definire, sia pure grossolanamente, l'ambito medico (Rodriguez), da altri, compreso il sottoscritto, il posizionamento verso l'alto dell'attività medica esclusiva e della perdita proprio dell'esclusività "verso il basso".

Ora, senza dare a "alto" e "basso" alcuna connotazione positiva o negativa ma solo meramente descrittiva, il risultato dell'incipit del 566, o più correttamente la sua ratio, è stata quella di circoscrivere le attività mediche da svolgersi in via esclusiva agli "atti complessi e specialistici" in materia di diagnosi, cura e terapia e non riconoscere, di conseguenza l'esclusiva sugli atti "non complessi e non specialistici" nelle stesse materie e quindi estensibili a quelle che per convenzione chiamiamo "professioni sanitarie".

La modifica proposta dal ministero, di fatto, depotenziando il comma 566 – nell'unica parte attualmente in vigore – rende del tutto inutile proprio il comma stesso in quanto fino al dicembre 2014 era ben chiaro che le attività descritte fossero da considerarsi afferenti alla professione medica in via esclusiva. Il comma 566, prima parte, ha introdotto nel diritto positivo una recondita definizione di attività medica tentando di sottrarla, invano in realtà, alle mutevoli interpretazioni professionali, dottrinarie, giurisprudenziali e medico legali che, con la modifica proposta, si riespanderebbero, come nel periodo ante- 566.

Per altro la seconda parte del comma 566 può impattare nella legislazione previgente modificandone l'assetto e, addirittura superandolo. Se versiamo in un'ottica di modifica, nella seconda parte, andrebbe inserita la dicitura, "fatte salve le disposizioni dettate dalla legge 42/99 e dai profili professionali", altrimenti si rischia una sovrapposizione legislativa e regolamentare di competenze che certo non aiuterebbe la difficile fase attuale.

Ecco allora che la modifica del comma 566, prima parte, si presenta come un mero atto di volontà politica del ministero in una situazione che si presenta comunque pasticciata. La modifica del 566 creerebbe problemi all'impianto normativo che si ritroverebbe con una disposizione sostanzialmente inutile e ripetitiva della legislazione previgente e che comunque sconta anche l'opposizione decisa delle professioni sanitarie.

La mancata modifica crea invece problemi di carattere politico-professionale sul versante medico e che da luogo – come ha dato luogo adesso – a possibili tentazioni revansciste di riordino del sistema attraverso le mediocri proposte della legge c.d. D'Incecco sull'atto medico.

Dato che è inutile rivangare il passato e la decisione di adottare uno strumento legislativo che, obiettivamente, non era indispensabile dato che era sufficiente l'impianto precedente sulla formazione e sulle competenze post base, bisogna cercare di uscire dall'attuale situazione di stallo creatasi.

Si può uscirne in due modi: attraverso un pacato dibattito di tutte le professioni coinvolte auspicato dal direttore di questo giornale oppure attraverso un atto politico forte del ministero che, allo stato, sembra difficile.

La prima ipotesi sarebbe del tutto in linea con la linea concertativa sposata dal 566, la seconda riporterebbe il ministero al centro delle decisioni dopo avere improvvidamente affidato tutto al sistema concertativo che, come era facile prevedersi, rischia di trasformarsi in uno strumento di non decisione a causa dei veti incrociati che si possono – come si sono – creati.

Non si può non notare che l'alveo naturale dello sviluppo professionale è quello contrattuale e quella potrebbe essere una delle sedi idonee per impostare le giuste politiche.
Una cosa è comunque certa: il sistema non può permettersi un'ulteriore paralisi nel momento in cui deve riorganizzarsi a risorse finite.

Luca Benci
Giurista

02 settembre 2019

Pronto Soccorso. Competenze e responsabilità dopo le nuove linee guida sul triage

I tre atti normativi della Conferenza Stato Regioni si mostrano come un tentativo apprezzabile di riorganizzare e razionalizzare le attività di pronto soccorso. Non hanno certo il compito di surrogare e vicariare altre carenze strutturali come, ad esempio, la carenza di personale o la inadeguatezza dell'assistenza extra- ospedaliera.

La Conferenza Stato Regioni ha approvato tre atti normativi riguardanti l'organizzazione dei dipartimenti di emergenza denominati "linee di indirizzo nazionale" riguardanti l'osservazione breve intensiva (OBI), il triage intraospedaliero e la gestione del sovraffollamento del pronto soccorso.

I tre documenti – in particolare il secondo e il terzo – estendono taluni modelli organizzativi già consolidati in una serie di regioni, con il dichiarato intento di implementare tali modelli su scala nazionale.

Negli ultimi decenni vi è stata una costante attenzione alle problematiche del dipartimento di emergenza e, in particolare, al pronto soccorso e si sono succeduti una serie di atti normativi della Conferenza Stato Regioni generalmente denominati "linee guida". Questa volta i tre documenti portano la nuova denominazione di "linee di indirizzo".
I problemi del pronto soccorso sono di varia natura e di una certa complessità e necessitano di numerosi interventi non solo di natura sanitaria.

È la prima volta, però, che tre atti normativi distinti vengono approvati congiuntamente in una logica coordinata. I provvedimenti, tra l'altro, ridisegnano una serie di competenze e la responsabilità dei vari componenti dell'equipe che operano all'interno del pronto soccorso con particolare riguardo al rapporto tra medici e infermieri. Concentreremo la nostra attenzione proprio su queste tematiche e prima di inoltrarci nell'analisi delle novità, in via preliminare, riteniamo doveroso l'approfondimento di una serie di precisazioni riguardo proprio alle competenze dei vari professionisti all'interno del pronto soccorso.

ATTIVITÀ MEDICHE E ATTIVITÀ SANITARIE IN EMERGENZA SANITARIA

La discussione è annosa e copre da molto tempo il dibattito sulle competenze mediche, infermieristiche - e in parte ostetriche – nei contesti deputati al trattamento dell'emergenza sanitaria. Dal punto di vista storico era chiara la suddivisione delle competenze: l'attività sanitaria e l'attività medica coincidevano e l'esercizio della medicina non era sostanzialmente normato, fatta eccezione dei requisiti di abilitazione legati ai titoli e all'iscrizione all'albo. Le figure sanitarie, diverse dalla professione medica, allora già "ordinate" in albi professionali – infermieri, ostetriche e tecnici sanitari di radiologia medica – avevano delle norme di esercizio professionale racchiuse in veri e propri mansionari, recepiti a loro volta in atti normativi.

Tutto ciò che era ricompreso nel mansionario di infermieri e ostetriche si considerava di competenza (anche) infermieristica e ostetrica. Tutto ciò che non rientrava nel mansionario era da considerarsi rientrante nella generale competenza medica.
All'inizio degli anni novanta dello scorso secolo l'ordinamento giuridico, al fine di superare le anguste norme mansionariali, emanò dei provvedimenti di varia tipologia aventi sostanzialmente natura derogatoria: nacque appunto il "metodo derogatorio". Il sistema di esercizio professionale rimaneva quello precedentemente fissato, ma si poteva derogare specificamente in quel settore. Il metodo derogatorio nasce e si struttura, nell'emergenza sanitaria extra-ospedaliera, con il DPR 27 marzo 1992, atto normativo che istituisce in Italia il sistema 118.

L'articolo 10 recita(va) testualmente:
"Il personale infermieristico professionale, nello svolgimento del servizio di emergenza, può essere autorizzato a praticare iniezioni per via endovenosa e fleboclisi, nonché a svolgere le altre attività e manovre atte a salvaguardare le funzioni vitali, previste dai protocolli decisi dal medico responsabile del servizio".

A fronte del generale divieto di svolgere – all'epoca – "iniezioni endovenose" fuori dal contesto ospedaliero, l'infermiere veniva "autorizzato" a eseguirle (prima deroga). Sempre con lo stesso criterio poteva essere autorizzato a "svolgere le altre attività e manovre atte a salvaguardare le funzioni vitali" (seconda deroga) espressione invero molto ampia che poteva coprire – come poi in effetti è avvenuto – una serie di attività non indifferenti. Il tutto doveva essere previsto dai "protocolli decisi dal medico in servizio". I protocolli, dunque, vennero e sono posti alla base del sistema di esercizio professionale derogatorio e hanno, nei casi di specie,

una chiara funzione di prescrizione anticipata di medicinali e di trattamenti. Il sistema tramite protocolli è stato alla base anche della nascita e della strutturazione della funzione di triage. Il triage, secondo l'atto normativo che lo ha implementato – Atto di intesa Stato Regioni maggio 1996 e, successivamente, le linee guida sul triage del 2001 - era un'attività "svolta da personale infermieristico adeguatamente formato, che opera(va) secondo i protocolli prestabiliti dal dirigente del servizio". I protocolli, dunque, anche in questo caso posti come strumenti di liceità dell'esercizio professionale. Sempre negli stessi atti normativi si precisava che l'infermiere opera(va) sotto la supervisione del medico in servizio, responsabile dell'attività, e secondo protocolli predefiniti riconosciuti e approvati dal responsabile del servizio di pronto soccorso - accettazione o dipartimento di emergenza - urgenza ed accettazione (D.E.A.).

La liceità della condotta professionale, altrimenti sanzionata con l'articolo 348 codice penale sull'abusivo esercizio, è integrata dal sistema sopra descritto. L'articolo 348 c.p., lo ricordiamo, è una "norma penale in bianco", destinata a essere riempita di contenuti normativi extrapenali, come in questo caso gli atti normativi della Conferenza Stato Regioni, con la relativa previsione di protocolli strettamente collegati alla "formazione post base".

Ricordiamo che nel 1999 fu approvata la legge 42 che rivoluzionava l'esercizio professionale consegnando i mansionari alla storia e introducendo tre criteri guida – il profilo professionale, la formazione ricevuta e il codice deontologico – e due criteri limite quali le competenze previste per le professioni mediche e per le altre professioni sanitarie laureate. La legge 42/99 avrebbe permesso – il condizionale è d'obbligo – di rendere desueto il sistema derogatorio per protocolli previsti da atti normativi, in quanto la sua interpretazione work in progress avrebbe permesso un esercizio professionale che si adattava in relazione ai contenuti conseguiti con l'attività formativa post base. Quest'ultima diventa un tassello fondamentale proprio del sistema di esercizio professionale.

Non sempre la corretta interpretazione della legge 42/99 ha permesso il superamento del sistema derogatorio. Nel perseguimento della valorizzazione delle professioni sanitarie il legislatore ha ipotizzato – è proprio il caso di dirlo vista la totale inapplicazione – anche il "metodo concertativo" che era alla base del comma 566, articolo 1, della legge di Stabilità del 2015 (legge 190/2014) e naufragato proprio – ma non soltanto – per la non volontà di aprire una base di confronto e per l'infelicità della formulazione della norma.

LA NUOVA ORGANIZZAZIONE DEL TRIAGE: COMPETENZE E RESPONSABILITÀ

Nel recente atto normativo della Stato Regioni si ridisegna parzialmente l'attività di triage sposando il modello del "triage globale" e rimodulando i codici colore estendendoli, tra l'altro, da quattro a cinque (rosso, arancione, azzurro, verde e bianco). Il triage viene definito una "funzione infermieristica volta alla identificazione delle priorità assistenziali attraverso la valutazione della condizione clinica dei pazienti e del loro rischio evolutivo, in grado di garantire la presa in carico degli utenti e definire l'ordine di accesso al trattamento".
Inoltre il triage ha il duplice obiettivo di "individuare le priorità di accesso alle cure" e di "indirizzare il paziente all'appropriato percorso diagnostico-terapeutico".

Le novità non sono di poco conto:
1) cessa la confusione sulla natura del codice di triage che oggi è sempre definito di "priorità" (precedentemente vi era una confusione tra "priorità", "gravità" e "criticità");
2) il triage viene definito una "funzione infermieristica";
3) dal momento dell'accoglienza in triage si stabilisce la "presa in carico globale della persona" e di conseguenza la posizione di garanzia del paziente. Viene opportunamente precisato che la presa in carico non coincide necessariamente con la visita medica. Coinciderà solo in caso di codice rosso, altrimenti coinciderà con la valutazione dell'infermiere di triage;
4) sparisce il riferimento alla gerarchia – medico responsabile dell'attività e supervisore – e viene ribadita l'autonomia infermieristica in relazione alle "competenze acquisite durante il corso di formazione".

La desueta responsabilità gerarchica nel triage era stata già pacificamente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione IV, sentenza 1 ottobre 2014, n. 11601, e IV sezione penale, sentenza 10 aprile 2017, n. 18100) che ha sempre riconosciuto la responsabilità infermieristica in caso di errore e non coinvolgendo la professionalità medica nei giudizi.
Il sistema dei protocolli, inoltre, si

democratizza e si allarga. Si democratizza in quanto devono essere elaborati da un "gruppo interdisciplinare (medici e infermieri esperti)" e devono essere approvati congiuntamente "dal responsabile medico e infermieristico del servizio" e "adeguatamente diffusi e condivisi da tutte le professionalità coinvolte".

Non si può non rilevare come sia la prima volta che i protocolli vengano previsti come documenti interprofessionali – anche nella loro elaborazione – e approvati a doppia firma congiunta medico-infermieristica.
Sul punto non è chiarissimo il riferimento al "responsabile medico" e al responsabile "infermieristico": non è chiaro cioè quali figure debbano approvare, in concreto, i protocolli nel sistema della gerarchia aziendale.
Quanto meno risulterebbe più chiaro sulla figura apicale medica, meno chiaro sulla figura infermieristica: il dirigente?, il coordinatore?, la posizione organizzativa? O, come dovremmo dire oggi in base alle nuove disposizioni contrattuali, un infermiere con incarico professionale o organizzativo?

I protocolli di triage non necessitano dell'approvazione della direzione sanitaria. La novità deve essere salutata con favore in quanto attiene all'essenza stessa dei protocolli la caratteristica della condivisione e il loro non essere strumento gerarchico ma professionale.
Il sistema dei protocolli si allarga in quanto viene previsto l'utilizzo, non solo come sistema di priorità di accesso alle cure, ma comprende anche la parte informativa, documentale, gli standard di personale ecc.
Sul versante delle competenze, con un salto logico, non del tutto comprensibile, nelle conclusioni (e solo nelle conclusioni) si stabilisce che l'infermiere "può essere specificamente autorizzato alla somministrazione di alcuni farmaci, all'esecuzione di prelievi ematici e all'inizio di trattamenti, qualora queste attività siano previste da protocolli interni" senza alcuna prescrizione medica o, più correttamene, con una prescrizione medica vicariata dai protocolli.

I protocolli possono dunque prevedere:
a) la somministrazione di alcuni farmaci;
b) l'esecuzione di prelievi ematici;
c) l'inizio di trattamenti.

Come è noto la precondizione per la somministrazione di farmaci da parte dell'infermiere è costituita dalla prescrizione medica, fatta eccezione, per i medicinali di automedicazione, i c.d. O.T.C., che non richiedono alcuna prescrizione medica come del resto anche per la somministrazione di farmaci c.d. S.O.P. - senza obbligo di prescrizione – come, ad esempio, la tachipirina. In questi casi la prescrizione – come anche la ricetta per l'approvvigionamento, non è richiesta neanche per il quisque de populo.

Nei medicinali soggetti a prescrizione medica - come per il settore extraospedaliero – sono i protocolli invece a costituire la funzione di prescrizione medica anticipata a fronte di quadri diagnostici standard. Il nuovo atto normativo della Stato-Regioni mutua quel modello normativo e legittima le somministrazioni di medicinali, i prelievi e le prescrizioni di trattamento – nel caso di specie dei percorsi diagnostico-terapeutici assistenziali (P.D.T.A) - da iniziare o anticipare in sede di triage di pronto soccorso per una risposta più pronta ed efficace tesa alla soluzione dei problemi di salute dei pazienti afferenti al pronto soccorso stesso. L'attività di anticipazione di attività avviene in seguito alla "fase di decisione del triage" che prevede l'assegnazione del codice di priorità, l'attuazione dei "ne-

cessari provvedimenti assistenziali" e l'eventuale "attivazione dei percorsi diagnostico-terapeutici" (P.D.T.A). Tutte le attività devono essere previste dai protocolli medico-infermieristici.

L'attività del triage esita in:
1) invio diretto in sala di emergenza (in caso di codice rosso);
2) assegnazione ad un ambulatorio (in caso degli altri codici con le priorità indicate);
3) l'avvio del fast track;
4) la prestazione diretta tramite il see and treat.

I punti sub 1) e sub 2) rientrano nella piena logica e tradizione del triage. L'atto normativo della Conferenza Stato Regioni individua il il see and treat e il fast track come momenti di sviluppo del processo (laddove, ovviamente, non già implementati). Analizziamoli distintamente.

IL SEE AND TREAT

Questa metodica – letteralmente "guarda e tratta" - viene resa operativa dalla Regione Toscana nel 2007 (successivamente aggiornata nel 2017) e oggi viene estesa a livello nazionale. È un modello di "risposta assistenziale a urgenze minori predefinite che si basa sull'adozione di specifici protocolli medico-infermieristici definiti a livello regionale per il trattamento di problemi clinici preventivamente individuati".
Il paziente con una tipologia di problemi ben determinata viene avviato dall'infermiere di triage all'area see and treat. Bisogna tenere presente che l'espressione "urgenza minore" tradizionalmente utilizzata per il see and treat viene oggi usata anche per indicare il codice verde del pronto soccorso con il rischio di ingenerare confusione stante la differenza tra le tipologie di quadri clinici trattati.
Dunque, una volta che si presenta al pronto soccorso un paziente rientrante nella casistica del see and treat, viene preso in carico dal relativo personale infermieristico, adeguatamente formato, "che applica le procedure del caso e, previa condivisione con il medico, assicura il completamento del percorso". Nel see and treat l'infermiere gestisce il processo in base ai protocolli che devono essere "approvati dalla direzione sanitaria".

Quindi i protocolli del triage devono essere approvati dal responsabile medico e infermieristico, mentre i protocolli see and treat dalla direzione sanitaria (e dalla Regione?). L'infermiere che ha preso in carico il paziente applica i relativi protocolli e, come abbiamo visto, previa condivisione con il medico, "assicura il completamento del percorso". Questo passaggio, invero, non risulta chiarissimo.
I passaggi sequenziali sono:
a) presa in carico dell'infermiere di triage con relativa valutazione di urgenza minore;
b) passaggio al see and treat;
c) applicazione dei protocolli medico-infermieristici tesi alla risoluzione dei problemi lamentati;
d) dimissione del paziente ("completamento del percorso") che però deve avvenire "previa condivisione del medico".

Il termine dimissione – di tale si tratta – non viene utilizzato, mentre lo ritroviamo negli atti normativi della Regione Toscana (vedi da ultimo la delibera di Giunta 806/2017). Inoltre sottolineiamo che a fronte di un processo che la Conferenza Stato Regioni attribuisce autonomamente all'infermiere, non è facile individuare il momento di condivisione che non si risolva in una vera e propria visita e valutazione da parte del medico. L'interpretazione letterale porterebbe a questa conclusione che però si scontra con l'efficacia e l'utilità del percorso e, financo, sulla sua logicità. Secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale, però, l'interpretazione letterale è spesso una interpretazione "primitiva" che deve lasciare il passo a una interpretazione sistematica che non può portare che a individuare la condivisione nello strumento dei protocolli.

Non si tratta di stigmatizzare ciò che deve in realtà essere incentivato e cioè il rapporto e il confronto tra professioni, ma di chiarire competenze e responsabilità: se si implementa il modello organizzativo- professionale del see and treat, la "dimissione" non può che essere conseguentemente infermieristica come atto finale di conclusione del percorso. La casistica riportata dalla Regione Toscana (60.000 casi trattati in cinque anni) è inoltre particolarmente significativa proprio dal punto di vista statistico della sicurezza del percorso. Non si può chiedere a chi non prende parte alla presa in carico – il medico, nel caso di specie – l'assunzione di responsabilità, come vedremo a breve.

In caso di dimissione infermieristica saremmo nella legalizzazione della risposta di pronto soccorso di carattere sanitario, ma non medico. Di fatto siamo a un bivio: vi è cioè da stabilire se sia la persona che chiede una prestazione di pronto soccorso a decidere la professionalità in grado di trattarla o se debba essere il sistema. Nelle statistiche di accesso al pronto soccorso la percentuale di codici bianchi (quindi di totale inappropriatezza) e

di codici verdi sono la maggioranza in genere. La soluzione see and treat prevede una delle soluzioni possibili tesa a decongestionare le sale di triage dalle urgenze minori, pur lasciandole afferenti al pronto soccorso.

Rimane sullo sfondo la problematica del triage out che consiste nella dimissione del paziente senza la previa visita medica e senza neanche il trattamento infermieristico. Non possiamo certo affermare che il triage out – che verosimilmente viene applicato nei fatti – abbia diritto di cittadinanza oggi, neanche in caso di manifesta inappropriatezza della richiesta di prestazione di pronto soccorso (fatta salva, come abbiamo visto, la casistica risolvibile con il see and treat). Sul triage out prima o poi, però, una discussione andrà aperta.

IL FAST TRACK

Altra modalità da mettere in atto come diretta filiazione del triage è il fast track. Anche in questo caso siamo in presenza di un modello di risposta assistenziale alle urgenze minori "di pertinenza monospecialistica" (es. oculistica, ortopedia, otorino ecc.). In questo caso "l'attivazione si avvia dal triage ed è condotta sulla base di specifiche linee guida e protocolli validati localmente".

In questo caso l'incertezza della titolarità della validazione è ancora più marcata come vedremo. Comunque i protocolli e le linee guida devono individuare i quadri clinici di "urgenza minore" di pertinenza "mono-specialistica". A differenza del see and treat questo percorso si conclude con la trasmissione della presa in carico – e quindi della posizione di garanzia – dall'infermiere di triage direttamente al medico specialista, senza la mediazione del medico di pronto soccorso.

LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE ALL'INTERNO DEL PRONTO SOCCORSO

Dopo avere analizzato il problema della liceità dell'esercizio professionale è necessario approfondire il problema della individuazione della suddivisione della responsabilità facendo riferimento ai percorsi svolti autonomamente e quelli svolti équipe.

Per quanto riguarda il triage la responsabilità risulterebbe a carico del medico e dell'infermiere congiuntamente laddove l'adozione dei protocolli – ricordiamo a doppia firma medico infermieristica – non abbia rispettato i principi di congruità, pertinenza, adeguatezza e evidenza scientifica. I protocolli nella loro parte iniziale non devono creare problemi per l'applicazione della seconda pare applicativa che, abbiamo visto essere, anche di carattere anticipatorio rispetto alla visita e quindi alla presa in carico da parte dei medici.
Se i criteri sopra ricordati portano a una valutazione della sostanziale correttezza dei protocolli, l'errata applicazione del protocollo, in fase iniziale o di rivalutazione, ricade sulla responsabilità dell'infermiere di triage (es. conseguenze della sottostima del codice e sue conseguenze).

Per quanto riguarda il see and treat la questione responsabilità – oltre che similare nelle considerazioni sulla congruità dei protocolli - è più articolata in quanto si deve distinguere:

a) la fase di triage di attribuzione del percorso see and treat;
b) la fase del trattamento;
c) la fase della dimissione.

Le prime due fasi sono di stretta competenza e responsabilità infermieristica in quanto la posizione di garanzia non può che risiedere nell'unica figura professionale che ha preso in carico il paziente, mentre la dimissione risulterebbe un atto congiunto.
Nel non chiarissimo linguaggio utilizzato – "il completamento del percorso" che deve avvenire "previa condivisione del medico" - esclusa una nuova e compiuta presa in carico complessiva del paziente già trattato ed esclusa altresì una gerarchia vecchio stampo superata dalla Stato Regioni – la dimissione deve essere "condivisa" – si versa probabilmente in un contesto di "contitolarità della posizione di garanzia" (esattamente come per la stesura dei protocolli) laddove a trattamento ormai applicato, nella fase finale viene disposta la dimissione su proposta infermieristica e successiva "convalida" medica.

Difficile in questo caso ricondurlo alla usuale responsabilità individuale per colpa che permea il nostro ordinamento penale. Siamo nel campo della responsabilità di équipe, quindi, con un principio dell'affidamento temperato proprio dalla contitolarità della posizione di garanzia (approfondisci). Si riespande, infine, il criterio della responsabilità individuale, nelle procedure fast-track, fatti salvi i limiti della congruità dei protocolli già evidenziati.

CRITICITÀ

In un contesto di innovazione come quello previsto dalla Stato Regioni si ravvisano alcune criticità che riguardano, come abbiamo anticipato, l'imprecisione del linguaggio utilizzato e la difficoltà di individuare la titolarità di firma di protocolli e linee guida.

In sintesi:

a) per il triage si prevedono "protocolli" (non linee guida, solo protocolli) approvati "dal responsabile medico e infermieristico del servizio" e "adeguatamente diffusi e condivisi da tutte le professionalità coinvolte". Quindi protocolli aziendali – "ogni organizzazione" (pag. 19) e "ogni struttura" (pag. 22) - da aggiornarsi con periodicità almeno triennale.
   Nel paragrafo 5.1 a un certo punto spuntano anche le "procedure". Nelle conclusioni – e solo nelle conclusioni (pag. 36) – si parla anche di "linee guida e protocolli in continuo aggiornamento";
b) per il see and treat l'incertezza è ancora maggiore. Si legge che sono necessari protocolli "medico-infermieristici definiti a livello regionale" e poi, nella stessa pagina si legge che i "citati protocolli" (quelli regionali) devono essere "approvati dalla direzione sanitaria";
c) per il fast track oltre ai protocolli si prevedono delle linee guida che devono però essere validate "localmente" (che supponiamo sia il sinonimo dei già utilizzati "in ogni organizzazione" e "in ogni struttura").

Altra problematica è quella relativa alla natura delle nuove "linee di indirizzo" che sono un "aggiornamento" delle "linee guida" del 2003 che sono quindi ancora valide laddove non superate con l'ultimo documento. Si continuano a utilizzare quasi in modo fungibile diciture che indicano documenti diversi: protocolli, linee guida, procedure, linee di indirizzo. Si indicano titolarità diverse livelli locali (aziendali?) e regionali. Soprattutto si trascura, per motivi non chiarissimi, l'architrave della legge 24/17 (c.d. Gelli) relativa alla pubblicazione delle linee guida sul sito dell'Istituto superiore di sanità.

Nel periodo storico in cui gli esercenti le professioni sanitarie hanno una legge quadro sulla responsabilità professionale a cui sono riconnesse precise salvaguardie penalistiche e civilistiche in caso di adozione e osservanza di linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali (le prime sono però preferite alle seconde), i documenti di esercizio professionale inspiegabilmente ignorano questo canale. Per altro, l'aggiornamento delle linee guida, ai sensi della legge Gelli, deve essere biennale.

CONCLUSIONI

I tre atti normativi della Conferenza Stato Regioni si mostrano come un tentativo apprezzabile di riorganizzare e razionalizzare le attività di pronto soccorso. Non hanno certo il compito di surrogare e vicariare altre carenze strutturali come, ad esempio, la carenza di personale o la inadeguatezza dell'assistenza extra-ospedaliera.

L'aggiornamento delle linee di indirizzo – sarebbe stato preferibile un documento e totalmente nuovo che non si ponesse solo come aggiornamento – introduce, come abbiamo visto, nuove modalità e rapporti di esercizio professionale che impiegano efficacemente le professionalità esistenti superando desueti rapporti paralizzanti. Interessante – non lo abbiamo trattato – è l'introduzione del bed management, attività però tutta da declinare. È la prima volta che con documenti di tale ampiezza si mette mano alla riorganizzazione di attività cruciali come quelle del dipartimento di emergenza. Come abbiamo sottolineato, sul fronte delle nuove competenze e responsabilità, una maggiore chiarezza, una maggiore incisività e una minore contraddittorietà sarebbe stata preferibile.

Ci permettiamo di suggerire, stante la riconosciuta normatività degli atti della Conferenza Stato Regioni, una redazione degli stessi atti più omogenea agli atti normativi storici con particolare riferimento alla suddivisione dell'atto in articoli debitamente rubricati.

Luca Benci
Giurista

14 gennaio 2020

Chi è il "professionista specialista"?

Per la prima volta viene in essere, fra "il personale laureato appartenente alle professioni sanitarie" (legge 43/2006, art. 6, I comma) la nuova figura del "professionista specialista" che costituisce qualcosa di più e di diverso e rappresenta le competenze oggi raggiunte attraverso i 90 master previsti dall'osservatorio delle professioni sanitarie.

Il dibattito sulle competenze specialistiche e avanzate vede luci e ombre in relazione al linguaggio utilizzato. Come è noto, la legge 43/2006 definisce professionisti specialisti coloro che sono "in possesso del **master di primo livello per le funzioni specialistiche** rilasciato dall'università".

Secondo il contratto collettivo nazionale di lavoro del 2008, "Il requisito per il conferimento dell'incarico di «**professionista specialista**» è il possesso del master specialistico di primo livello di cui all'art. 6 della legge n. 43/2006 secondo gli ordinamenti didattici universitari definiti dal Ministero della salute e il Ministero dell'università, su proposta **dell'Osservatorio nazionale per le professioni sanitarie**, ricostituito presso il MIUR con il decreto interministeriale 10 marzo del 2016 e sentite le Regioni".

Il requisito per il conferimento dell'incarico di «**professionista esperto**» è costituito dall'aver acquisito, "**competenze avanzate**, tramite percorsi formativi complementari regionali ed attraverso l'esercizio di attività professionali riconosciute dalle stesse regioni". Nel dibattito del contratto nazionale del comparto 2018 si è posta la questione, prioritariamente, delle competenze avanzate regionali. In realtà, vi sono maggiori evidenze sull'incarico di professionista specialista sia in termini contrattuali sia in termini legislativi.

L'Osservatorio nazionale per le professioni sanitarie ha varato circa 90 master di primo livello per le funzioni specialistiche, suddividendoli in tre tipologie: trasversali, interprofessionali e professionali.

Poiché l'insieme di questi master costituisce un sistema organicamente volto ad applicare i principi ispiratori dell'incarico di professionista specialista e poiché la descrizione delle loro caratteristiche si basa sulla declinazione del **termine "competenza", variamente qualificato**, pare opportuno prenderne in considerazione queste caratteristiche diversificate per partecipare, con un contributo tecnico, basato su dati concreti e che – per quanto ci consta – non è stato sinora sviluppato, al dibattito sulle competenze specialistiche e avanzate.

Le caratteristiche del vari master

La descrizione delle "caratteristiche" dei singoli master non è articolata secondo uno schema comune quanto a contenuti ed obiettivi ed il linguaggio adottato è disomogeneo. Il termine "competenze" compare spesso nelle descrizioni e talora è accompagnato da attributi quali "avanzate" o "specialistiche" e altri in qualche modo affini. In sei degli otto master **trasversali** (fanno eccezione quello in "Professioni sanitarie forensi, legali e assicurative" e quello in "Health Technology Assessment"), è previsto lo sviluppo di "competenze" di volta in volta gestionali, di progettazione, di coordinamento, normativi etc., inerenti distinti aspetti delle funzioni professionali; mai le competenze sono qualificate come "avanzate" o "specialistiche". L'espressione "competenze avanzate" compare in uno dei master **interprofessionali**. Il master interprofessionale a cui ci riferiamo è quello in "Cure palliative e terapia del dolore", rivolto a infermieri, fisioterapisti e terapisti occupazionali, in cui contaminano le competenze dello specialista con le competenze avanzate regionali.
Inoltre, il master in "Prevenzione e terapia riabilitativa delle ipoacusie infantili e della presbiacusia" (per il tecnico audiometrista e per il logopedista) e il master su "L'intervento terapeutico- riabilitativo nel disturbo dello spettro autistico in età evolutiva" (per il tecnico della neuro e psicomotricità età evolutiva e per il logopedista) definiscono le competenze "specifiche", con un aggettivo cioè di dubbio significato, potendo alternativamente riferirsi alle peculiarità di una data professione o all'approfondimento della preparazione e capacità.

Per quanto riguarda i master **specialistici di ciascuna professione**, risulta quanto segue. Il sostantivo "competenze", non accompagnato da alcun aggettivo relativo al grado di approfondimento (della competenza), è adottato in tutti i master del fisioterapista, del logopedista, dell'igienista dentale, dell'infermiere pediatrico, dell'assistente sanitario, del terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva e del tecnico ortopedico, in cinque degli otto master dell'infermiere, in tre dei quattro master del tecnico della riabilitazione psichiatrica, in due dei tre master dell'ostetrica/o, in quattro dei cinque master del dietista, in

uno dei tre master del terapista occupazionale, in uno dei quattro master dell'ortottista-assistente di oftalmologia, in uno dei tre master del podologo, in due dei sei master del tecnico sanitario di radiologia medica, in uno dei due master del tecnico audiometrista, in due dei tre master del tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro.

Nel gruppo precedente abbiamo incluso anche i casi nei quali figurano qualificazioni delle competenze o riguardanti l'ambito di applicazione della competenze stesse, quali "educative e cliniche" (master "Podologia diabetica") o "educative e preventive" (master "Promozione della salute orale perinatale e in età evolutiva" dell'igienista dentale) oppure pleonastiche come "professionali" (master "Gestione a supporto dei processi per la qualità e la sicurezza alimentare e ambientale" ed "Ergonomia ambientale e delle organizzazioni", entrambi del tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro; master "L'intervento terapeutico-riabilitativo nel disturbo dello spettro autistico in età evolutiva" del terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva) o "tecnico-scientifiche" (master "Ortoprotesica plastica esoscheletrica" del tecnico ortopedico) o "teorico metodologiche" (master "Intervento riabilitativo in contesti interculturali e migratori" del tecnico della riabilitazione psichiatrica).
Negli altri master che fanno riferimento alle competenze, questo sostantivo è accompagnato da un aggettivo che lo gradua indicandone il livello di sviluppo o di caratterizzazione, quale "avanzate", "specialistiche", "specifiche" o altro. Fra le caratteristiche di due master per infermieri, quello in "Area medica" e quello in "Area della salute mentale e delle dipendenze", si menziona l'acquisizione di "competenze avanzate"; nel primo dei due, si fa espresso riferimento alla "complessità di alcune abilità (es. PICC, emodialisi, wound care)", che la nota delibera veneta riporta alle competenze avanzate regionali.

Nel master "Area intensiva e dell'emergenza" vi è la prospettiva di "attuare forme avanzate di monitoraggio per rilevare tempestivamente segni di deterioramento delle condizioni dei pazienti" e in quello "Area chirurgica" si menzionano "percorsi peri-operatori di interventi con chirurgie avanzate e a elevato impatto assistenziale" e "problematiche assistenziali complesse (es. stomatoterapia, incontinenza), di attività endoscopiche e di strumentista nei diversi contesti chirurgici / tecnologici (ad es. robotica)". Nel master "Area intensiva e dell'emergenza" si parla di "strategie di assistenza infermieristica specialistica per gestire situazioni di criticità ed instabilità vitale" e di "approfondite competenze specialistiche in settori specifici come ad esempio il coordinamento della donazione e trapianto d'organi". Nel master "Area neonatologica e pediatrica", le competenze sono "specifiche". Per l'ostetrica, il master "Ostetricia nella riabilitazione del pavimento pelvico" riguarda "le competenze specialistiche per la gestione dei processi assistenziali relativi alla cura del perineo etc…"

Circa il fisioterapista, nel master in "Fisioterapia neurologica" si menzionano "interventi terapeutici e tecnologie avanzati" e in quello in "Fisioterapia nelle disfunzioni del pavimento pelvico" si citano "strategie di trattamento avanzate". Nel master del dietista "Il counseling nutrizionale per la modifica dello stile di vita" compare la locuzione peculiare "competenze da associare a quelle già possedute". Nei quattro master "Area radiodiagnostica", "Area radioterapia", "Area medicina nucleare", "Area Fisica Sanitaria" (su sei complessivi) che riguardano il tecnico sanitario di radiologia medica, si adotta una espressione caratteristica "competenze ulteriori", che ha il pregio della chiarezza testuale, perché è specificato "rispetto alla preparazione fornita dalla Laurea di I livello".
Nell'ultimo master citato, le competenze sono definite non solo ulteriori, ma anche "elevate".

Per il tecnico della fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare, l'unico master presente, denominato "Tecniche di elettrofisiologia e cardiostimolazione e perfusione",

parla di "metodiche diagnostico strumentali avanzate (ECG-Holter, test da sforzo, ecc.)", di "tecniche di perfusione avanzata" e di "competenze teorico-pratiche specialistiche".

Per il tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro, il master "Gestione a supporto dei processi per la qualità e la sicurezza alimentare e ambientale" prevede " competenze avanzate connesse alle principali metodiche e tecniche previste nell'ambito del controllo ufficiale per la sicurezza alimentare e la salute dei cittadini e per le attività di consulenza presso le imprese alimentari"; il master "Safety & risk management" ha "l'obiettivo di sviluppare competenze specialistiche funzionali alla individuazione, valutazione e gestione dei rischi". Fra le caratteristiche dei vari master, assieme alle "competenze", talora figurano anche le "capacità" (assistente sanitario: "Metodologie …" cit."; dietista: "Dietistica pediatrica"; ortottista: "Ipovisione") e le "conoscenze" nella formula "competenze, conoscenze e capacità di comprensione" riportata in tre dei cinque master del terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva già citati ("L'intervento terapeutico- riabilitativo …", "Riabilitazione neuromotoria …" e "L'intervento precoce …").
In alcuni master sono citate solo le "conoscenze" (tecnico della riabilitazione psichiatrica: "Riabilitazione psichiatrica: interventi di remediation cognitiva e metacognitiva avanzata"; terapista occupazionale: "Area delle cerebro lesioni acquisite" e "Area dell'età evolutiva"; tecnico di laboratorio biomedico: "Procedure analitiche decentrate e continuità assistenziale").
Nei tre master del tecnico di neurofisiopatologia ed in uno dei tre master del podologo ("Cura delle onicopatie") compare il sostantivo "approfondimento", che caratterizza anche uno dei master trasversali, quello in "Professioni sanitarie forensi, legali e assicurative". In alcuni master non è adottato il termine "competenze" né alcun altro sostantivo di quelli poco sopra citati. Ciò vale per l'unico master del tecnico audioprotesista, per la maggior parte di quelli del tecnico di laboratorio biomedico (quattro su cinque) e dell'ortottista-assistente di oftalmologia (tre su quattro), nonché per uno (su due) dei master del tecnico audiometrista, per uno (su tre) del podologo e per uno (su quattro) del tecnico della riabilitazione psichiatrica. La descrizione delle caratteristiche di questi master si diversifica ampiamente da tutti quelli precedentemente menzionati che si basano sulle competenze.

Il linguaggio utilizzato in passato e il passaggio al professionista specialista
Dagli anni 90 è cambiato il linguaggio delle professioni sanitarie. Si sentiva spesso parlare di "diagnosi infermieristiche" (oggi confinate, perlopiù, nei processi formativi), di "diagnosi ostetriche", "bilancio logopedico" ecc. Per i fisioterapisti vi è stata una recente elaborazione, all'interno del codice deontologico: "diagnosi fisioterapica". Nei master proposti dall'Osservatorio delle professioni sanitarie sparisce il linguaggio tipico professionale in luogo di "competenze". Si ha come l'impressione di voler sfruttare in pieno la legge 42/1999, che lega l'esercizio professionale non solo ai profili, alla formazione ricevuta di base e ai codici di deontologici, ma anche alla formazione post-base.

Per la prima volta viene in essere, fra "il personale laureato appartenente alle professioni sanitarie" (legge 43/2006, art. 6, I comma) la nuova figura del "professionista specialista". Non si tratta di valutare genericamente la formazione post base ex legge 42. Si tratta di conferire significato e concretezza alla figura del professionista specialista, che rappresenta un novum nel panorama delle professioni sanitarie, sfruttando la legge 43/2006 che va ad integrare la legge 42. Il "professionista specialista" costituisce qualcosa di più e di diverso e rappresenta le competenze oggi raggiunte attraverso i 90 master previsti dall'osservatorio delle professioni sanitarie.

Il modo con cui si ridisegna la legge 42/99, integrata dalla legge 43/2006 e dai 90 master dell'Osservatorio, è notevole, suddividendo i professionisti sanitari in:
a) professionisti "**generalisti**";
b) professionisti **coordinatori**, in possesso di master trasversali;
c) professionisti "**specialisti**",in possesso di master di primo livello per le funzioni specialistiche.
Si valorizza, per la prima volta, il **professionista specialista** nella sua interezza, sulla declinazione del **termine "competenza", variamente qualificato**. Da un punto di vista contrattuale, e solo contrattuale, come è noto, l'incarico di «**professionista esperto**» è costituito dall'aver acquisito, "**competenze avanzate**, tramite percorsi formativi complementari regionali ed attraverso l'esercizio di attività professionali riconosciute dalle stesse regioni".

Luca Benci
Giurista

Daniele Rodriguez
Medico legale

03 maggio 2015

Cassazione. La responsabilità professionale dipende dalle mansioni e attività svolte. E non solo da ruolo e qualifica dell'operatore coinvolto

Questo il principio che ha ispirato due sentenze che hanno ritenuto comunque responsabili un autista di ambulanza che non ha aiutato l'infermiera a movimentare un paziente in lettiga e un medico "frequentatore volontario" per aver mancato di richiedere specifici accertamenti diagnostici a una paziente ricoverata.

La Corte di cassazione estende la "posizione di garanzia" anche oltre i confini tradizionali. Prima di inoltrarci nella definizione della posizione di garanzia vediamo succintamente due recentissime sentenze del giudice di legittimità.

Nel primo caso a un autista soccorritore" – figura non riconosciuta a livello nazionale - veniva contestato di non avere prestato collaborazione a un infermiera nella movimentazione di un paziente su una lettiga causandone la morte in relazione al "malaccorto imbragamento e alla circostanza che la barella, in violazione, delle prescrizioni del costruttore, era stata movimentata da una sola persona - l'infermiera giustappunto - invece che almeno da due operatori.

La difesa dell'autista si è concentrata sul non riconoscimento della figura di "autista soccorritore" in quanto la contrattazione collettiva prevede solo l'autista con mere funzioni di guida del veicolo.

La Corte (sezione IV, sentenza 2 aprile 2015, n. 14007) ne ha riconosciuto comunque la responsabilità a prescindere dal "formale inquadramento" in quanto è emerso "dall'istruttoria svolgere il compito di autista soccorritore, avendo al fine superato con profitto un apposito corso e percependo un incremento retributivo proprio in ragione delle mansioni effettivamente ricoperte, peraltro, secondo il dire dello stesso medico che nell'occorso dirigeva l'unità di pronto intervento, con piena capacità".
È quindi "l'effettivo svolgimento delle mansioni" a contare senza che "assuma rilievo l'attribuzione allo Stato del potere di legiferare sui profili professionali". All'autista soccorritore viene dunque riconosciuta la "posizione di garanzia" e, nel caso di specie, l'obbligo di movimentare insieme all'infermiere la barella.

Nel secondo caso viene affrontato il caso di un "medico frequentatore volontario" il quale di "servizio" in un ospedale, a fronte di una donna sottoposta "ad intervento chirurgico di isterectomia radicale", "non aveva predisposto accertamenti diagnostici idonei a verificare se la paziente fosse affetta da trombosi venosa profonda, secondaria ad operazione chirurgica, benché fossero presenti sintomi e fattori di rischio indicativi di tale possibilità".

Per la Cassazione (IV sezione, sentenza 8 aprile 2015, n. 14142) "tale condotta omissiva, aveva impedito, una tempestiva diagnosi e l'adozione di idonea terapia la quale avrebbe, con altra probabilità, consentito di evitare l'evento letale".

Anche in questo caso è stata riconosciuta la "posizione di garanzia" basandosi sulle reali mansioni del medico che "sebbene *frequentatore volontario* della struttura sanitaria, aveva posto in essere condotte proprie di un medico strutturato" e, non poteva

definirsi, quindi, come, un "mero accompagnatore della paziente da un reparto all'altro per fare un clistere (un clistere..?), mero trascrittore della cartella clinica degli esiti della visita effettuata da altri." Era stato infatti dimostrato che aveva "rimosso i punti di sutura alla paziente e per togliere i punti l'ha necessariamente sottoposta a visita raccogliendo i temi di sofferenza (dolore alla gamba sinistra gonfiata e disagio) che la paziente gli ha certamente manifestato".

Nonostante questo non ha disposto gli esami necessari con "conseguente adozione di idonea terapia". Quindi riconoscimento della "posizione di garanzia" indipendentemente dal riconoscimento formale del ruolo in entrambi i casi (autista soccorritore e medico frequentatore volontario).
Come è noto la posizione di garanzia deriva dal comportamento omissivo previsto dal secondo comma dell'articolo 40 del codice penale: "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". Ai fini della individuazione degli obblighi giuridici di impedire un evento sono state elaborate, nel tempo, tre concezioni:
a) la concezione formalistica;
b) la concezione sostanzialistica;
c) la concezione mista formale-sostanziale.

Secondo la *concezione formalistica* il riconoscimento della responsabilità omissiva esige l'espressa previsione dell'obbligo di agire da parte di "fonti giuridiche formali" che sono individuate dalla legge, dal contratto e dalla consuetudine. Solo quindi ciò che è scritto in tali fonti determina l'obbligo giuridico di agire.

Secondo la *concezione sostanzialistica* invece la responsabilità per omesso impedimento è insita nell'esigenza solidaristica della tutela rafforzata di beni giuridici rilevanti per incapacità dei titolari di proteggere tali beni. Secondo questa concezione si realizzano "di fatto" degli speciali vincoli di tutela tra il soggetto e il suo garante. Tipico esempio viene determinato dalla presa in carico di un soggetto debole (es. un paziente).

La *concezione mista, formale-sostanziale* si pone come sintesi tra le due concezioni sopra esposte ed è stata, fino a oggi, prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana.

In sintesi l'obbligo di garanzia può essere definito come "l'obbligo giuridico che grava su specifiche categorie di soggetti previamente forniti

degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità die titolari di adeguatamente proteggerli". In questi casi si equipara il non impedire al causare al fine di riequilibrare una situazione di svantaggio. Tralasciamo, in questa sede, la suddivisione dell'inquadramento della posizione di garanzia nelle posizione di protezione e di controllo e ci concentriamo sul riconoscimento di fatto delle mansioni svolte.

L'autista soccorritore è una figura esistente di fatto e non di diritto e non su tutto il territorio nazionale. I tentativi regionali di regolamentarne la formazione e le attività si sono scontrati con la dichiarazione di illegittimità costituzionale (vedi la legge della regione Basilicata 37/2009 e la conseguente sentenza della Corte n. 300/2010) per i motivi legati al conflitto Stato-Regioni che sono diventati usuali dopo la riforma del titolo V della Costituzione. La mansioni di fatto determinano la "presa in carico" (terminologia professionale) e la conseguente "posizione di garanzia" (terminologia giuridica). Stesso orientamento nella sentenza sul "medico frequentatore volontario" figura non regolamentata e ammessa consuetudinariamente nei reparti previa autorizzazione e stipula di una polizza di responsabilità professionale.

Anche in questo caso la presa in carico determina la posizione di garanzia e il riconoscimento di responsabilità indipendentemente da fonti giuridiche formali di riferimento. In questi casi, in genere, è chiaro che il medico "frequentatore volontario" non debba essere, sulla carta, un professionista incardinato nella struttura e nelle sue decisioni. Alcune importanti realtà organizzative hanno regolamentato l'accesso e le funzioni di questa figura. L'azienda ospedaliera di Padova, ad esempio, specifica: "I frequentatori volontari sono osservatori, a fini di studio, formazione o ricerca, delle attività svolte nelle strutture aziendali di riferimento. I frequentatori non possono in alcun modo svolgere attività in sostituzione del personale dipendente.

Non possono esercitare direttamente in autonomia mansioni o funzioni che rientrino nelle competenze tecnico professionali del personale dipendente o convenzionato, né essere impiegato in attività che comportino autonomia decisionale", altri specificano che il medico frequentatore non "rilascia certificazione alcuna" (Università di Milano), altri ancora (Azienda per i servizi sanitari di Trento) equiparano ai frequentatori alcuni doveri che sono però del dipendente: obbligo di firma, di orario, di certificazione medica per assenza per malattia, altri infine (Università di Bari) pongono una serie di divieti: non possono eseguire atti operatori, atti invasivi, non possono firmare indagini diagnostiche, non possono firmare cartelle cliniche, non possono svolgere turni di guardia.

Nonostante questo corollario di regolamenti quasi del tutto univoci la Corte di cassazione guarda alle mansioni di fatto svolte: su queste si basa la posizione di garanzia.
Questo orientamento porta al superamento di molte disquisizioni sul carattere letterale di alcune norme e definizioni. In un recente articolo su Qs Daniele Rodriguez opera una sottile e approfondita analisi sulla comparsa del termine "cura" nel "comma 566" della legge di Stabilità 2015 enfatizzandone il significato in quanto contenuto in una fonte formale.
Lo stesso Rodriguez aveva però avuto modo di ricordare che la cura è "una competenza intrinsecamente connaturata alla professione medica, nonché a qualunque professione sanitaria".

È proprio su quest'ultimo punto che si incentra la più recente giurisprudenza sulla posizione di garanzia che la Corte di cassazione riconosce sempre più frequentemente, proprio in virtù della "concezione sostanzialistica" che abbiamo sopra riportato, che, prescindendo da specifiche norme di riferimento, punta alla sostanza delle attività, come dimostra la vicenda del medico "frequentatore volontario" e, ancora di più, dell'autista soccorritore, figura che, abbiamo avuto modo di ricordare, non è prevista dall'ordinamento giuridico e comunque verrebbe inquadrata nel ruolo tecnico e non sanitario del personale del servizio sanitario nazionale.

Luca Benci
Giurista

27 maggio 2015

Cosa cambia se passa la legge sull'atto medico

Dalle ricadute sul Codice deontologico al comma 566. La proposta D'Incecco si presenta, tuttavia come un enorme pasticcio giuridico dagli effetti non direttamente calcolabili in termini di ricadute nell'ordinamento e nell'organizzazione.

La discussione sulla regolamentazione per legge del c.d. "atto medico" si è intensificata negli ultimi mesi a causa della discussione apertasi dopo l'apertura del "comma 566" della legge di stabilità 2015 e della proposta dell'onorevole D'Incecco, inizialmente presentata come "proposta del Pd" e che ora sembra godere dell'appoggio anche della Federazione nazionale degli ordini dei medici oltre che di alcune sigle dei sindacati della dirigenza medica.

Prima di analizzare quale possa essere l'impatto dell'atto normativo – ovviamente se approvato – può essere utile fare il punto della situazione della normativa vigente in merito all'attività medica.

La necessità di definire (o delimitare) l'attività medica è recente e trova una sua prima definizione nella legge 26 febbraio 1999, n. 42 "Disposizioni in materia di professioni sanitarie". Come è noto l'articolo 1 della legge 42 ha posto come "criterio limite" dell'attività delle professioni sanitarie "le competenze previste per le professioni mediche". In assenza di definizioni contenute nel diritto positivo sono state ipotizzate due interpretazioni delle "competenze" mediche. Nel nostro ordinamento la prima interpretazione che si opera su un testo normativo è quella letterale e i vari interpreti si cono concentrati proprio sul termine "competenza".

La prima interpretazione letterale dell'attività medica – delle competenze appunto – è stata quella relativa allo stabilire l'equivalenza di competenza come "compito", la seconda è stata relativa all'equivalenza della competenza come "capacità".
Nell'interpretazione competenza come compito (o come "pertinenza", Rodriguez 1999) diventa necessario individuare le fonti normative di diretta attribuzione alla figura medica di determinate attività. La seconda individua le attività mediche in relazione al loro livello di complessità sanitaria: un'attività diventa/è/resta medica quando è necessario il sapere medico, la sua alta formazione, il suo patrimonio di esperienza per svolgere una determinata attività. Si è più volte discusso se l'interpretazione più confacente allo spirito della norma fosse la prima o la seconda.

Una riflessione più matura ci porta a riconoscere che l'interpretazione più corretta sposi il criterio misto: un'attività può essere "esclusivamente" medica in quanto direttamente attribuita dall'ordinamento giuridico al medico – es. la prescrizione farmacologica – mentre per altre attività – la gran parte – l'attività medica coincide con la capacità a porre in essere attività sanitarie. Bisogna capire se le attività mediche siano solo ed esclusivamente quelle "alte" (senza dare connotazioni positive o negative a questo termine) oppure siano anche quelle "alte".

Dato che la norma è contenuta nella legge di riordino complessivo delle professioni sanitarie dovremo arrivare alla conclusione che l'attività esclusiva delle "competenze" mediche altro non possa essere che quella "alta". La questione – sul punto – non è del tutto pacifica in quanto la giurisprudenza della Corte di cassazione, sul punto non si è espressa univocamente.
Su questo impianto normativo si è inserito il "comma 566" della legge di Stabilità (legge 190/2014) che, in relazione al nuovo atto per definire altre competenze, pone al primo punto una sorta di definizione embrionale, non voluta e incidentale di attività medica: gli "atti complessi e specialistici di prevenzione, diagnosi, cura e terapia".

Non vi sono dubbi che il legislatore abbia voluto precisare l'invalicabilità delle attività da parte di altre professioni sugli "atti complessi e specialistici". Lunga e animata è stata la discussione sui criteri di individuazione degli "atti complessi e specialistici" e, soprattutto, se i restanti atti, non complessi e non specialistici, siano da ricondursi alla esclusività medica oppure siano condivisi con le altre professioni sanitarie.

L'interpretazione più immediata non può che portare all'esclusione del riconoscimento di attività "esclusiva" – termine caro alla Corte di cassazione per il riconoscimento dell'esercizio abusivo della professione medica – in quanto posto come nuovo limite in luogo delle più ampie competenze previste per le professioni mediche ex legge 42/99". Il "comma 566" apre dunque – anche lessicalmente – agli atti non complessi e non specialistici di prevenzione, diagnosi, cura e terapia effettuabili dalle professioni sanitarie.

Si tratta di un'apertura importante per l'ordinamento giuridico ma, al momento, senza conseguenze: senza l'atto concertativo e il suo recepimento dalla Conferenza Stato Regioni, infatti, il regime giuridico di abilitazione all'esercizio professionale rimane quello precedente regolato dalla legge 42/99. Questa apertura ha portato alla forte opposizione della parte medica.

Viene spesso, inoltre, evocato il codice di deontologia medica come unico atto regolatore dell'attività medica. Il codice deontologico è, lo ricordiamo un atto normativo, non giuridico, di diretta emanazione della rappresentanza istituzionale della professione medica. La più recente versione (Fnomceo 2014) ha prodotto una definizione di attività medica e ha cercato di porre dei paletti normativi.

Vi è da domandarsi, in primo luogo, se il codice deontologico sia un luogo idoneo per una definizione che, laddove si ritenga opportuno cristallizzarla, spetti in modo naturale al legislatore. In altre parole, può un atto proveniente da una categoria professionale normare in modo unilaterale una materia che riguarda anche altre categorie ed è inerente al diritto costituzionale alla salute? La domanda è retorica e la risposta non può che essere negativa.

Per antica, autorevole e non contestata dottrina medico legale (Benciolini, 1999) i codici deontologici contengono norme sostanzialmente rapportabili a quattro categorie:

a) norme deontologiche rapportabili a precise previsioni di legge: rafforzano e integrano precetti legislativi;
b) norme di natura puramente etica;
c) norme di natura strettamente deontologica (es. "i rapporti con i cittadini", "i rapporti con i colleghi");
d) norme di natura disciplinare.

Una definizione di "atto medico" esce dalle quattro tipologie sopra riportate e prova a presentarsi come supplenza di supposte carenze legislative. Luogo improprio, quindi, per norme definitorie di ambiti professionali. Il codice di deontologia medica (Fnomceo, 2014) all'articolo 3, rubricato come "Doveri generali e competenze del medico" individua l'esercizio professionale del medico, nell'ambito delle competenze, definendole "**specifiche ed esclusive**", riconducendole alla formazione ricevuta, alle conoscenze della medicina, alle abilità tecniche e non tecniche, alla pratica professionale e alle innovazioni organizzative e gestionali in sanità. I riferimenti si chiudono con l'insegnamento e la ricerca.

Il riferimento a tali pratiche, che abbiamo visto autodefinirsi "specifiche ed esclusive" (formula usata dalla Corte di cassazione e dalla dottrina giuridica per il reato di esercizio abusivo della professione) è di carattere generale e non tocca i rapporti con le altre professioni visto che tale formulazioni può essere adottata da qualunque altra professione sanitaria.

Diverso è il discorso sulla diagnosi che, a "fini preventivi, terapeutici e riabilitativi, **viene definita come una diretta, esclusiva e non delegabile competenza del medico e impegna la sua autonomia e responsabilità**" e sulla prescrizione definita in modo similare. In questo caso il codice di deontologia medica tenta di blindare i tradizionali ambiti di competenza medica, alcuni dei quali, sono supe-

rati da molti lustri, in alcune attività: la somministrazione di farmaci in protocolli di emergenza sono realtà dal 1992 nell'ordinamento giuridico italiano e curiosamente quindi il codice di deontologia medica pone delle disposizioni contra legem nel proprio articolato, quando al massimo può porle *secundum legem*.

È stato acutamente notato che non vi è corrispondenza concettuale fra le "attività basate sulle competenze, specifiche ed esclusive" dell'art. 3 del codice di deontologia medica e gli atti complessi e specialistici del comma 566. Anche se poi lo stesso autore minimizza eccessivamente la portata del "comma 566" arrivando a affermare che le competenze dei medici "attengono a tutti gli atti" e non solo a quelli complessi e specialistici. Non si vede, a questo punto il motivo, di tutte le polemiche e, soprattutto, non si comprende la ratio della norma del comma 566.

La proposta di legge dei deputati del Pd, c.d. proposta "D'Incecco" (inserire link con allegato) dal nome del suo primo proponente, viene presentata come recepente il codice di deontologia medica e denominata "Disposizioni in materia di definizione dell'atto medico e di responsabilità professionale medica" (Atto Camera 2988 del 25 marzo 2015).

La proposta di legge si compone di soli tre articoli – per altro, per motivi non chiari, non rubricati – dove al secondo comma dell'articolo 1 si afferma che "L'atto medico è una responsabilità del medico abilitato e deve essere eseguito dal medico o sotto la sua diretta supervisione o prescrizione". La prima considerazione che possiamo fare della proposta dei deputati del Pd è relativa all'estensione, non della definizione di "atto medico" bensì delle sue modalità di attuazione che vedono la diretta effettuazione del medico di tali atti o eseguiti "sotto la sua diretta supervisione o prescrizione".

Da questo punto di vista, la proposta "D'Incecco", si presenta giuridicamente sgrammaticata in quanto individua una attività "esclusiva" ma ne permette l'esecuzione sotto "supervisione". Decine di sentenze hanno sanzionato professionisti che si avvalevano di "collaboratori" che agivano sotto "supervisione": si pensi al più tradizionale ambito dell'abusivismo sanitario: l'abusivismo odontoiatrico. L'odontotecnico o l'igienista dentale che esorbita i propri limiti e che agisce in uno studio dentistico commette esercizio abusivo della professione e, con lui, il professionista abilitato.

Diverso è, invece, l'agire professionale dietro prescrizione. Come è noto la prescrizione medica può essere farmacologica o di trattamento. La prima è normata precisamente e la recente giurisprudenza della Cassazione conferma orientamenti consolidati. La seconda – prescrizione di trattamento - presenta tratti incerti e, anche in questo caso, è spesso regolamentata da norme delle professioni dei profili eccezion fatta per la prescrizione radiologica che vede un medico prescrittore e un medico "giustificatore" come il medico radiologo (ma qui versiamo in una atto medico specialistico).
La prescrizione di trattamento è variegata e non riconducibile a unità. A titolo esemplificativo la prescrizione di medicazioni, la prescrizione di fisioterapia, la prescrizione di regimi dietetici ecc.

In questi casi sono proprio i profili professionali a porre dei limiti all'ampiezza della prescrizione. Sempre a titolo di esempio: il fisioterapista agisce "in relazione alla diagnosi e alla prescrizione del medico". La prescrizione, in questo caso, non ha la cogenza delle altre prescrizioni e lascia spazio al fisioterapista di muoversi con tutta la sua professionalità. Inoltre il livello di dettaglio della prescrizione non deve essere tale da ledere le prerogative del fisioterapista che si sostanziano nell'elaborazione del "programma di riabilitazione" che non può essere ridotto alla mera esecuzione della dettagliata prescrizione medica.

L'articolo 3 della proposta D'Incecco attribuisce al medico "la titolarità e la responsabilità di tutte le decisioni relative alla salute del paziente" che porta, non il medico ma il sistema, ad essere non tanto "medico-centrico" quanto piuttosto "medico-dipendente". Le lancette dell'orologio tornano indietro al lontano 1994, anno di emanazione dei principali profili professionali. Se al medico spettano "tutte le decisioni" relative alla salute dei pazienti questa disposizione porta a una abrogazione implicita del sistema dei profili professionali e della legge 42/99 soprattutto nella parte in cui la competenza viene declinata come capacità.

L'abrogazione implicita – per *jus supervenies* – determinerebbe una immediata lacuna normativa non riempibile altrimenti che non attraverso la reviviscenza delle normative ante/legge 42/99 e quindi, per le professioni che ne erano provviste, del sistema dei mansionari. Banalmente non avrebbe più diritto di cittadinanza quella parte del profilo dell'infermiere che attri-

buisce a questa figura professionale "l'individuazione dei bisogni,", la pianificazione", la "gestione e la valutazione dell'intervento assistenziale infermieristico. Se ogni intervento sulla salute del paziente è medico, anche l'intervento assistenziale infermieristico, in quanto incidente sulla salute del paziente, deve essere ricondotto alla potestà medica.

Vi è infine da domandarsi gli effetti che potrebbe avere sul "comma 566" della legge di Stabilità, sempre in assenza di una abrogazione esplicita. Vi è cioè da domandarsi se il "dimagrimento" delle competenze mediche limitate alle attività complesse e specialistiche in materia di prevenzione, diagnosi, cura e terapia" si riespanda di fatto anche alle attività non complesse e non specialistiche. Anche in questo caso la risposta non può che essere positiva e allargata – non potrebbe essere altrimenti – alla "attività sanitaria" in generale e non solo all'attività medica.

Da un punto di vista della responsabilità professionale è ben intuibile che ben poco cambi vista la continua trascuranza della normativa di settore sulle sentenze di responsabilità professionale dove si citano apoditticamente compiti e funzioni che non hanno alcun riscontro nel diritto positivo vigente attraverso il grimaldello della "posizione di garanzia".

L'ultima parte del primo comma dell'articolo 3 della proposta D'incecco attribuisce, sempre alla professione medica, "la conseguente e necessaria unitarietà dei percorsi clinico-assistenziali che esse comportano e i correlati assetti organizzativi". Qui si pongono le basi per una sostanziale abrogazione implicita della legge 251/2000 facendo ricadere tutta l'organizzazione in mano alla dirigenza medica in nome della necessaria unitarietà dei percorsi clinico assistenziali".

La recente sentenza del Tar del Lazio link sembrerebbe dare ragione a questa impostazione. In realtà di giudici amministrativi romani sono intervenuti su un atto normativo (non scritto bene) equivocando e confondendo tra la "gestione del personale" con "la linea assistenziale". Il Tar del Lazio, in questa sentenza, si è comportato come fosse un giudice supremo, di ultima istanza, evitando di citare il diritto positivo vigente, e motivando con una sorta di buon senso non informato.

Per il ricorso al Consiglio di Stato serviranno giuste parole e giuste intelligenze per non creare l'effetto del "precedente" che rischierebbe di danneggiare gravemente le più avanzate organizzazioni di questo paese. Su questo specifico argomento mi riprometto di tornarci sopra a breve. La proposta D'Incecco si presenta, insomma, come un enorme pasticcio giuridico dagli effetti non direttamente calcolabili in termini di ricadute nell'ordinamento e nell'organizzazione.

Luca Benci
Giurista

20 ottobre 2015

Responsabilità singola o d'équipe? Un'altra sentenza controversa dal Tribunale di Lecce

Questa volta il pendola oscilla verso la responsabilità del singolo medico ritenuto il solo responsabile del decesso di un paziente dopo un'errato posizionamento della piastra del bisturi elettronico utilizzato in un intervento chirurgico. Una sentenza in controtendenza rispetto agli orientamenti più recenti della Cassazione che identificano la responsabilità "corale" e "plurale", come l'unica idonea a garantire la sicurezza. LA SENTENZA.

Durante un intervento chirurgico un paziente subisce una grave "ustione da contatto a stampo faccia laterale e mediale collo piede sn", con ipoestesia e deficit motorio del piede sinistro e complicazioni nel decorso clinico della lesione, il tutto a causa dell'erroneo posizionamento della piastra del bisturi elettronico" utilizzato dal chirurgo urologo nel corso di un intervento di resezione prostatica (T.U.R.P.).

Viene accertato che il posizionamento dell'elettrodo è stato scorretto (applicato al piede anziché al polpaccio e malamente fissato.) Durante l'intervento, a fronte della dispersione di corrente nel circuito, si è aumentata la potenza causando l'ustione nella parte dove era posizionata la placca.

L'effetto lesivo si è dunque verificato per un triplice meccanismo:
- cattiva ed errata applicazione del la placca;
- placca usurata dall'uso;
- non adeguato fissaggio della stessa.

Viene condannato in primo grado per le lesioni il chirurgo, unitamente all'azienda sanitaria, in quanto il Tribunale di Lecce ha ritenuto sussistente la responsabilità per colpa omissiva del medico in quanto avrebbe dovuto controllare l'operato del personale sanitario e parasanitario che lo assisteva nel corso dell'intervento", tanto più in considerazione della sua posizione apicale di primario, in forza della quale "era di certo esigibile un controllo analitico delle attività del predetto personale".

In particolare, ha rimarcato il primo giudice, "il suo dovere di vigilanza sull'attività del personale sanitario e parasanitario imponeva, quantomeno, che egli si procurasse informazioni precise sulle iniziative intraprese dagli altri sanitari, con riguardo a possibili, e non del tutto imprevedibili, eventi che potevano intervenire. Nel caso di specie, era pertanto preciso dovere del F. accertarsi della corretta applicazione della placca, del suo adeguato fissaggio ovvero dell'usura della stessa, prima di procedere all'intervento chirurgico".

Il medico propone appello sulla base di una pluralità di motivi:
- intervento chirurgico eseguito per via endoscopica con diligenza e perizia tecnica, secondo le linee guida;
- i danni erano riconducibili al cattivo stato dell'elettrodo e al non corretto posizionamento dello stesso. Quest'ultimo è riferibile al comportamento del personale infermieristico in quanto "manovra delegata al personale di sala operatoria";

- il chirurgo non era nelle condizioni di verificare eventuali anomalie del funzionamento dell'elettrobisturi;
- che il funzionamento dell'elettrobisturi fosse riservato in via esclusiva all'infermiere "ferrista";
- la responsabilità del chirurgo in qualità di capo equipe si estende solo all'attività strettamente chirurgica e non anche all'attività di sala operatoria.

La Corte di appello di Lecce condivide la decisione del giudice di primo grado operando una serie di ragionamenti sul "principio di affidamento" interessanti. Nella responsabilità del lavoro di equipe agisce, come è noto, proprio il principio in questione: ognuno si concentra i compiti spettanti confidando (fidandosi!) della professionalità e dell'agire altrui.

Tale principio, sostengono i giudici pugliesi, deve però essere contemperato con l'obbligo di garanzia verso il paziente in quanto la mera applicazione del principio dell'affidamento "consentirebbe ad ogni operatore di disinteressarsi completamente dell'operato altrui, con i conseguenti rischi legati a possibili difetti di coordinamento tra i vari operatori".

Specifica inoltra la sentenza che la posizione di garanzia, in questi casi, è riferibile sia alla posizione di controllo che a quella di protezione. In virtù della prima il medico apicale – si continua a citare come riferimento l'abrogato DPR 761/1979... - non risponde del fatto lesivo se l'inosservanza non poteva essere prevista altrimenti "il suo ruolo di garante" lo espone a responsabilità. Dopo avere citato una norma abrogata i giudici leccesi analizzano i rapporti tra chirurgo, personale infermieristico e principio di affidamento arrivando a sostenere che tale principio non si applica nei rapporti tra chirurgo e infermiere in quanto il personale infermieristico negli interventi chirurgici ha il mero compito di "assistenza del personale medico", citando inconsapevolmente, l'abrogato mansionario infermieristico ex DPR 225/1974.

In sintesi il chirurgo è responsabile in quanto per la sua posizione apicale – che non è riferibile solo al suo essere "primario" (l'aggiornamento della normativa e dei termini, abbiamo visto, non è proprio la prerogativa principale dei giudici pugliesi) -del mancato controllo del posizionamento della placca in quanto è lui ad avere azionato lo strumento operatorio e di conseguenza le modalità di funzionamento ricadono nell'ambito delle sue conoscenze e dei suoi obblighi di controllo con la conseguenza dell'inosservanza, nel caso di specie, dell'obbligo di "controllare che la placca neutra fosse stata correttamente posizionata e fissata, al fine di evitare spostamenti nel corso dell'intervento".

Inoltre la perdita di potenza dell'elettrobisturi durante l'intervento avrebbe dovuto indurre il chirurgo a "verificare ulteriormente il regolare posizionamento della placca neutra, poiché, come segnalato anche dal C.T.U., è stato proprio il precario contatto della placca con l'arto del paziente a far scaricare parte della corrente sul piede sinistro diminuendo l'intensità della stessa sulla loggia prostatica". Quello che stupisce in queste motivazioni della Corte di appello di Lecce è non soltanto il riferimento a un capo equipe che nelle attività legate alle attività di sala operatoria (e quindi non legate strettamente all'esecuzione della corretta tecnica di intervento chirurgico che, ovviamente, è esclusivamente medica) il ruolo del capo equipe si è nel corso dei decenni necessariamente affievolito proprio per le misure di sicurezza che non possono, in alcun modo, essere garantite da un "uomo solo al comando". La Cassazione penale ha parlato, in questi casi, nella sua giurisprudenza più recente, di responsabilità "corale" e "plurale", l'unica idonea a garantire la sicurezza.

Si rischia di caricare di eccessive responsabilità – sarebbe meglio dire di eccessive competenze – un primo operatore che per ruolo, funzioni e tecnica è spesso impossibilitato a operare controlli come quelli richiesti dalla Corte di appello di Lecce. Sostenere che, all'interno dell'equipe operatoria, il primo operatore abbia il dovere di procurarsi "informazioni precise sulle iniziative intraprese dagli altri sanitari" e "accertarsi della corretta applicazione della placca" del fissaggio e dell'usura è francamente eccessivo, carica di responsabilità di fatto oggettive il primo operatore e deresponsabilizza l'equipe chirurgica restante.

Per altro, da quanto si comprende, il sistema placca-elettrobisturi appare decisamente datato per la mancanza evidente di sistemi di sicurezza che avrebbero permesso di evitare l'evento lesivo. Una sentenza in controtendenza rispetto agli orientamenti più recenti della Cassazione.

Luca Benci
Giurista

29 novembre 2015

Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succederebbe se venisse approvato il ddl Gelli

La proposta di legge prosegue con la strada aperta del decreto Balduzzi sulla creazione di un "sottosistema" della responsabilità professionale sanitaria con il dichiarato scopo di alleggerire la pressione del contenzioso medico-paziente. Vi sarebbe da domandarsi se tale risultato risulti anche rispettoso delle esigenze di giustizia dei cittadini.

Il Ddl "Gelli" sulla responsabilità professionale prosegue con la strada aperta del decreto Balduzzi sulla creazione di un "sottosistema" della responsabilità professionale sanitaria con il dichiarato scopo di alleggerire la pressione del contenzioso medico-paziente. Vi sarebbe da domandarsi se tale risultato risulti anche rispettoso delle esigenze di giustizia dei cittadini che si rivolgono alle aule di Tribunale.

Procediamo per gradi. Il Ddl Gelli può essere suddiviso sostanzialmente in due parti:

a) i primi cinque articoli contenenti disposizioni sulla sicurezza e sull'implementazione di un sistema di prevenzione dei rischi;

b) i restanti articoli contenenti disposizioni riguardanti il personale sanitario.

Il Ddl, dopo avere opportunamente rinunciato a una improbabile definizione delle attività sanitarie, contiene all'**articolo 1** un'importante affermazione sul diritto alla sicurezza delle cure che è destinata a diventare un principio generale del diritto alla salute stesso e a costituire un riferimento essenziale integrativo del corretto agire professionale e dell'agire delle strutture del servizio sanitario nazionale.

All'**articolo 2** si ribadisce quanto già previsto dalla legge Balduzzi sulla creazione di un sistema di risk management che rischia di risultare inapplicato stante il mancato finanziamento del sistema che si vuole porre in essere: rilevazione dei rischi, attivazione dei sistemi di audit, formazione del personale finalizzata al rischio ecc. mA distanza di tre anni dalla previsione di Balduzzi non si comprende bene quale sia la novità sul punto. Le aziende e le regioni che avevano tali sistemi li hanno adottati in modo precedente alla legge e la previsione normativa non li ha incrementati anche perché in entrambi i casi, devono essere attuate con la ormai pigra e onnipresente formula, che tali disposizioni devono essere attuate "senza o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". Quindi i sistemi di prevenzione dei rischi continuano a non essere finanziati.

Curiosa invece è l'individuazione della figura professionale competente a coordinare le attività aziendali del rischio sanitario: un medico in igiene, epidemiologia e sanità pubblica. Senza volere pensare male è, guarda caso, lo stesso profilo professionale dell'onorevole Gelli precedente alla sua entrata, a tempo pieno, in politica.

All'**articolo 3** il ddl rianima uno degli organismi più inutili e inefficaci degli ordinamenti regionali: il difensore civico ergendolo a "Garante del diritto alla salute". Il difensore civico non ha inciso in questi decenni e non inciderà per i prossimi. Risulta veramente incomprensibile come si possa attribuire la il compito della garanzia ai cittadini del diritto alla salute a un organismo che versa da anni in un penoso stato vegetativo. Viene poi creato il Centro regionale per la gestione del rischio – laddove non ancora esistente – e l'Osservatorio nazionale sulla sicurezza in sanità. Entrambi, ca va sans dire, "senza o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". Non finanziati, quindi.

Ultima norma a favore dei pazienti quella contenuta nell'**articolo 4** relativa alla trasparenza dei dati con l'obbligo della struttura di rilasciare la cartella clinica entro trenta giorni dalla richiesta. Norma che risulta ripetitiva di norme già esistenti.

Dall'articolo 6 cominciano le disposizioni riguardanti gli esercenti le professioni sanitarie. L'**articolo 6** contiene tre ordini di disposizioni:

a) le condizioni di liceità del trattamento sanitario (primo comma);
b) l'introduzione di un nuovo articolo del codice penale denominato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario" (secondo comma);
c) una norma transitoria sugli effetti della legge Balduzzi (terzo comma).

LE CONDIZIONI DI LEGITTIMITÀ DELLE PRESTAZIONI SANITARIE E LA RESPONSABILITÀ PENALE

Le condizioni di liceità delle prestazioni sanitarie "erogate con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, eseguite da esercenti le professioni sanitarie" sono stabilite previa acquisizione del "consenso informato del paziente salvo i casi stabiliti dalla legge" come primo requisito e, come secondo requisito

l'osservanza delle " buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida" ("tenuto conto"). Quando ricorrono le tre condizioni richieste le prestazioni sanitarie "non costituiscono offese all'integrità psico-fisica".

Il primo requisito – il consenso informato – è tassativo mentre gli altri due risulterebbero meno tassativi: "tenuto conto" appunto.
Il medico, rectius, qualunque esercente una professione sanitaria partendo dall'imprescindibile consenso deve "tenere conto" nel suo agire professionale, delle "buone pratiche clinico- assistenziali" e delle "raccomandazioni previste dalle linee guida".
Il ddl Gelli cambia la formulazione prevista dalla legge Balduzzi, la quale specifica che l'esercente la professione sanitaria "si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica".

L'individuazione esatta di questi documenti professionali non è un elemento secondario. Secondo le più note definizioni le linee guida sono "raccomandazioni" di carattere clinico.
Per costante convinzione e per costante giurisprudenza le linee guida sono non obbligatorie e sono meramente orientative. Più complesso tentare di capire cosa siano esattamente le buone pratiche (formulazione Balduzzi). Dato che non esiste una definizione univoca di buona pratica rintracciabile riscontriamo una pluralità di definizioni che hanno una costante: buona pratica è quella che ha nel suo Dna la "sicurezza delle cure".
Non a caso le "Raccomandazioni" ministeriali (Corretto utilizzo del cloruro di potassio, Raccomandazione per prevenire la ritenzione di garze, strumenti o altro materiale all'interno del sito chirurgico, Raccomandazione per la prevenzione della morte materna correlata al travaglio e/o parto, Raccomandazione per la prevenzione degli errori in terapia con farmaci antineoplastici ecc.) sono definite dall'Agenas "buone pratiche".

Il Ddl Gelli cambia la formulazione delle condizioni di liceità ribattezzando le "buone pratiche" di Balduzzi in "buone pratiche clinico-assistenziali" e le linee guida di Balduzzi in "raccomandazioni previste dalle linee guida". Entrambe le nuove formulazioni – erano necessarie? – rischiano di operare confusioni. Lo abbiamo già detto: tra le buone pratiche rientrano le "raccomandazioni" ministeriali (ma non sono linee guida) mentre le linee guida sono "raccomandazioni". Si vuole intendere qualcosa di diverso parlando di "raccomandazioni previste dalle linee guida"? Si erano riscontrate criticità nella precedente formulazione di Balduzzi? Per "buone pratiche clinico-assistenziali" si intende qualcosa di diverso dalle raccomandazioni ministeriali? Con una formulazione simile – se approvata a titolo definitivo – il legislatore demanderebbe alla giurisprudenza il compito di chiarire l'oscuro punto.

Il secondo comma dell'articolo 6 introduce una fattispecie speciale di "omicidio colposo" e di "lesioni personali colpose" in "ambito sanitario" (più correttamente per l'esercente la professioni sanitaria). Riportiamo per esteso l'articolo:
ART. 590-BIS CODICE PENALE

L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di cui al primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali. L'articolo 3, comma 1, del DL 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, continua ad applicarsi, con riferimento a ciascun settore di specializzazione medico-chirurgica, sino alla pubblicazione delle linee guida relative al medesimo settore.

Prosegue il lavoro iniziato da Balduzzi sulla esenzione dalla responsabilità penale, circoscrivendola opportunamente ai soli reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, e limitandole linee guida alla sola imperizia (criterio già indicato dalla giurisprudenza).

Il secondo comma del (possibile) nuovo reato però va oltre laddove escludendo anche la colpa grave quando vengano rispettate le "raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali". Quindi depenalizzazione totale in caso di imperizia "salve le rilevanti specificità del caso concreto". Resta la responsabilità penale per i casi di negligenza e imprudenza e per imperizia – solo colpa grave – in caso di inosservanza di linee guida e buone pratiche. In questo caso rimangono del tutto in piedi le argomentazioni poste dal Tribunale di Milano (ordinanza 21 febbraio 2013) che analizzando la legge Balduzzi che esentava dalla responsabilità penale per colpa lieve aveva modo di affermare che la norma "deresponsabilizza penalmente soltanto chi si attiene alle linee guida e alle buone prassi con l'effetto di inibire a atrofizzare la libertà del pensiero scientifico, la libertà di ricerca e di sperimentazione clinica, la libertà terapeutica all'interno di ciò che è stato consacrato dalle linee guida e dalla buone prassi".

Inoltre, chiosavano i giudici milanesi "l'area della non punibilità è ingiustificatamente premiale per coloro che manifestano acritica e rassicurante adesione alle linee guida o alle buone prassi ed e è altrettanto ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica".

Se pensiamo che – rispetto a Balduzzi che indicava nell'esercizio professionale le linee guida e le buone pratiche "accreditate dalla comunità scientifica", per l'articolato Gelli valgono solo le linee guida di società scientifiche iscritte in un "apposito elenco" determinato da un decreto ministeriale. Non possiamo non concordare con chi, in queste pagine, ha da tempo parlato di "medicina amministrata" (**Ivan Cavicchi**) o da chi ha acutamente parlato di linee guida figlie della politica (**Silvestro Scotti**).

Le stesse preoccupazioni sono state espresse da **Filippini** e **De Fiore** sulla necessità che le formulazione delle linee guida siano slegate da interessi di tipo economico e politico. La "comunità scientifica" di Balduzzi diventa una sorta di comunità scientifica parastatale nell'articolato di Gelli.
Da questo punto di vista il ddl Gelli si pone sullo stesso piano del decreto sull'appropriatezza in discussione in queste settimane dove lo Stato si fa medico, indicando attraverso il linguaggio burocratico delle condizioni di erogabilità e di dispensabilità, per oltre duecento esami, quale medico debba prescrivere, con quale tempistica, a quali condizioni e a quali pazienti. Siamo nella stessa logica premiale: in questo caso il medico conserva, per intero, la retribuzione mentre nel caso del ddl Gelli acquisisce il diritto all'impunibilità penale.

Si vede quindi premiato il medico (e l'esercente la professione sanitaria) timoroso e osservante che non osa prendersi responsabilità specifiche sul caso concreto. Siamo lontanissimi dall'antico precetto ippocratico – giustamente superato per l'eccesso di autoreferenzialità e per le strumentalizzazioni che ha provocato, ma non certo nel suo spirito migliore – del medico che agisce in "scienza e coscienza".

Siamo sicuri che questo sia il miglior modo per curare i cittadini e tutelarne il loro diritto costituzionale alla salute? La mera osservanza di linee guida determinate da società scientifiche riconosciute dal ministero supererà il vaglio di quella giurisprudenza che ha già avuto modo - nei contenziosi di responsabilità – di porre interpretazioni "costituzionalmente orientate" che hanno portato a condanne in quanto le linee guida non devono essere ispirate a logiche di "economicità della gestione" in quanto tali scelte non devono "in alcun modo interferire con la cura del paziente"? (Cassazione, sezione IV, sentenza 11493/2013). Negli ultimi anni, lo sappiamo, sono state, per il legislatore, prioritarie le esigenze di bilancio più che il diritto alla salute.
Nella logica della "posizione di ga-

ranzia" conseguente alla presa in carico il limite non è quello delle linee guida statali, ma quello della migliore scienza per oramai costante giurisprudenza. Intendiamoci quest'ultima non è certo esente da critiche soprattutto laddove ha, in nome del diritto costituzionale alla salute, autorizzato anche cure prive di efficacia (Di Bella, Stamina), ma farebbe il proprio mestiere nel giudicare colpevole la disapplicazione proprio di linee guida "parastatali" che rischiano di essere influenzate da altri fattori che non siano proprio quelli della cura al paziente. La scienza è da sempre insuscettibile di reale controllo e trova conforto e forza anche nell'articolo 33 della Costituzione che stabilisce che "la scienza è libera e libero ne è l'insegnamento".

ULTIMO MA NON ULTIMO IL RILIEVO SULLA POSSIBILE INCOSTITUZIONALITÀ DELLA ESENZIONE DALLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL DDL GELLI.

Nella sua argomentata ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale il Tribunale di Milano eccepì, tra l'altro, la violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e del diritto alla salute (art. 32 Cost.). Argomentavano i giudici milanesi che il paziente, in qualità di persona offesa dal reato, non può ricevere alcuna tutela in sede penale ma solo in sede civile. Attenzione si parlava solo dell'impunibilità della colpa lieve.

Con l'articolato Gelli vi è l'estensione anche alla colpa grave. I giudici meneghini specificano che si tratta di un "grave vuoto di tutela in sede penale che impedisce a un soggetto danneggiato" di agire penalmente. La tutela penale e civile non sono identiche e non sono fungibili in quanto la persona offesa nel caso del procedimento penale non può avvalersi dell'azione pubblica, accodarsi all'acquisizione probatoria del pubblico ministero e quindi fruire di una attività investigativa che altrimenti non potrebbe sostenere con una mera azione civile".

Diminuzione della tutela, quindi, a fronte dell'unico diritto che la nostra Costituzione definisce "fondamentale" come il diritto alla salute. Le argomentazioni dei giudici milanesi rimangono tutte in piedi e si rafforzano per l'ampliamento della esenzione dalla responsabilità prevista dal ddl Gelli (La Corte Costituzionale ha giudicato manifestamente inammissibile l'ordinanza del Tribunale di Milano per motivi meramente procedurali senza entrare nel merito della vicenda). Infine la norma transitoria salva le linee guida della comunità scientifica fino alla pubblicazione delle linee guida "parastatali" previste dall'articolato di Gelli.

Fine prima parte

Luca Benci
Giurista

02 dicembre 2015

Responsabilità professionale/2. Ecco cosa potrebbe succederebbe se venisse approvato il ddl Gelli

Il ddl Gelli rischia di essere l'ennesima legge flop della sanità. Sembra essere idealmente suddiviso in due parti con una prima parte a "favore" del cittadino e una seconda parte a "favore" dell'esercente la professione sanitaria. Quest'ultima è assolutamente preponderante facendo venire meno una serie di tutele oggi esistenti a favore della "vittima" del reato. Per contro i rimedi a favore della tutela del paziente sono assolutamente risibili e inconsistenti.

Dopo le premesse contenute nella prima parte, passiamo ora alla seconda parte della mia analisi sul disegno di legge.

SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE

L'articolo 7 del ddl Gelli riforma la responsabilità civile delineando la responsabilità extra-contrattuale nei confronti del professionista. Il tentativo di riforma era stato già operato dalla legge Balduzzi con meno chiarezza – anzi con una disposizione normativa decisamente oscura e variamente interpretabile – di quanto faccia il ddl in questione.
Vengono quindi superate le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziale sulla responsabilità da "contatto" e sul "contratto di spedalità".

Il regime della prova, nei confronti del professionista, torna a essere quello tipico della responsabilità extracontrattuale abbandonando la formula del "più probabile che non". Il sistema ha una sua ragione di essere ma proprio per questo non si comprende l'estensione della responsabilità extracontrattuale alla libera professione intramuraria: questa ha la sua ragione d'essere proprio nella libera scelta del medico ed è difficile sostenere il contrario.

Nella libera scelta del medico non ha ragione di essere un regime di prescrivibilità inferiore e un diverso regime probatorio per il solo fatto che venga svolto fuori o dentro la struttura. Il paziente danneggiato si troverebbe in una condizione di svantaggio nella scelta di affidarsi alle cure di un medico nella libera professione extramuraria e il medico stesso avrebbe una penalizzazione non bene comprensibile.

SULL'AZIONE DI RIVALSA E SULL'OBBLIGO DI ASSICURAZIONE

L'articolo 9 e l'articolo 10 meritano di essere esaminati congiuntamente. Alcuni punti sono stati già giudicati contraddittori da altri proprio in queste pagine. A me preme sottolineare il totale silenzio sulle assicurazioni e sui prodotti assicurativi anomali che sono presenti sul mercato e che vengono offerti agli esercenti le professioni sanitarie. Ricordiamo che, in questo momento, l'obbligo assicurativo non è previsto, nella sostanza, neanche per i liberi professionisti nonostante la previsione legislativa.

Il terzo comma dell'articolo 10 sancisce l'obbligo di assicurazione a carico di "ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in presidi sanitari pubblici o nelle aziende del servizio sanitario nazionale o in strutture private" con oneri a carico del professionista. Per l'obbli-

go di stipula si utilizza, come da tradizione, la troppo vaga formula della "adeguata polizza di assicurazione". Il tutto al dichiarato fine di "garantire efficacia all'azione di rivalsa". Assicurazione obbligatoria per tutti i professionisti dipendenti dunque ma senza una disposizione di "obbligo a contrarre" da parte delle imprese assicurative simile a quella presente nel settore RC auto laddove è specificato che le "imprese di assicurazione sono tenute ad accettare…".

Non solo. Il ddl sulla responsabilità professionale poteva (e può ancora) diventare il luogo dove si riportano le clausole assicurative ai livelli di qualunque polizza in linea con il codice civile. Si tratta di mettere mano all'inaccettabile clausola Claims made che, ricordiamo, copre solo i comportamenti colposi posti in essere nel corso di validità del contratto obbligando il professionista a ulteriormente tutelarsi con i periodi di retroattività e di postuma rischiando, in caso contrario, di non trovare tutela assicurativa, in una serie di casi, pur avendo sempre avuto una polizza di assicurazione.

Non è pensabile, non è corretto, non è giusto costringere il professionista sanitario a districarsi tra una serie di clausole contrattuali che ha il diritto non conoscere e che non sono normalmente presenti in altre polizze. Non può sapere e conoscere il dibattito intorno alla "atipicità" del contratto assicurativo sulla responsabilità professionale: ha solo bisogno di comprare una polizza che consenta a lui certezza e sicurezza del periodo di copertura assicurativa.
Così non è oggi e così rischia di non essere all'indomani dell'approvazione del ddl Gelli.

L'inadempienza all'obbligo assicurativo non è sanzionata in alcun modo facendo venire meno, quindi, l'effettività dell'obbligo stesso e lo stesso dichiarato fine di garanzia dell'efficacia dell'azione di rivalsa. In sanità riscontriamo l'esempio della mancata sanzionabilità degli obblighi ECM che hanno reso il sistema solo formalmente obbligatorio, ma di fatto assolutamente facoltativo.

CONCLUSIONI

Il ddl Gelli rischia di essere l'ennesima legge flop della sanità. Abbiamo già espresso i rischi dei dubbi di costituzionalità per l'esenzione dalla responsabilità penale che, tra l'altro, le associazioni di tutela del malato hanno già denunciato.

Il ddl sembra essere idealmente suddiviso in due parti con una prima parte a "favore" del cittadino-utente- paziente e una seconda parte a "favore" dell'esercente la professione sanitaria. Quest'ultima è assolutamente preponderante (depenalizzazione e incardinamento nella responsabilità extra-contrattuale) facendo venire meno una serie di tutele oggi esistenti a favore della "vittima" del reato. Per contro i rimedi a favore della tutela del paziente sono assolutamente risibili e inconsistenti quando non anacronistici (la riesumazione del difensore civico).

Vi sono poi alcuni passaggi che rischiano di danneggiare egualmente paziente e medico: mi riferisco all'eccessiva cristallizzazione e formalizzazione delle linee guida (parastatali) che diventano strumenti cogenti e sostanzialmente inderogabili. Inaccettabile, tra l'altro, il totale silenzio sulle assicurazioni. Nell'approfondimento abbiamo visto che rimangono una serie di aporie che non si sono volute risolvere. Devono essere ripensati e riscritti alcuni articoli se si vuole una reale riforma equilibrata della responsabilità professionale che abbia un effetto duraturo nel tempo.

Quello che talvolta (spesso) il legislatore non capisce e che una volta approvato il testo legislativo vive di vita propria spesso andando oltre le intenzioni, più o meno dichiarate, del legislatore stesso (vedi, ad esempio, la recente sentenza della Corte di cassazione sull'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori al pubblico impiego sempre negato nelle aule parlamentari da esponenti governativi).

Luca Benci
Giurista

16 gennnaio 2019

Se c'è l'errore, la responsabilità è dell'équipe o del singolo professionista? Le "apparenti" contraddizioni della Cassazione

Negli anni la giurisprudenza della suprema corte potrebbe apparire contraddittoria laddove alcune sentenze sembrerebbero assodare che la responsabilità di un'équipe sanitaria (sia mono o multiprofessionale) non può che essere condivisa tra tutti i membri dello staff mentre altre pronunzie sembrerebbero invece ribadire che la responsabilità è del singolo professionista. Ma, come vedremo, sono valide ambedue le fattispecie.

L'esercizio professionale sanitario è sempre più caratterizzato dal lavoro di équipe, consistente nella presenza organizzata di più professionisti sanitari che agiscono contestualmente, contemporaneamente o con passaggi successivi e si caratterizza per la finalizzazione comune dell'agire professionale.

In questa, ormai prevalente tipologia di organizzazione (essendo ormai residuale l'attività professionale esercitata in forma singola e del tutto avulsa da una équipe), possiamo riscontrare:

a) l'équipe monoprofessionale (es. tutti medici);
b) l'équipe monoprofessionale e monospecialistica (es. tutti medici e della stessa specialità);
c) l'équipe monoprofessionale e plurispecialistica (es. tutti medici ma di diversa specialità)
d) l'équipe interprofessionale, composta dalla contemporanea presenza di più professionisti sanitari.

Si pone il problema dell'addebito della responsabilità a titolo di colpa in caso di errore professionale, con particolare riferimento all'estensione della responsabilità anche ai membri dell'équipe che non hanno causato l'errore.

Si possono distinguere due tipologie di cooperazione professionale: la "cooperazione sincronica" e la "cooperazione diacronica" (Corte di Cassazione, IV sezione penale, sentenza 18 maggio 2018, n. 22007).

La prima è caratterizzata da un agire professionale contestuale per la cura di un paziente, "*in cui i contributi si integrano a vicenda e in un unico contesto temporale in vista del conseguimento del risultato sperato*" (es. un intervento chirurgico, un intervento di emergenza in un pronto soccorso); la seconda è caratterizzata, invece, dalla successione terapeutica di atti sanitari che si esplicano attraverso "*attività tecnico-scientifiche di competenza di sanitari diversi, funzionalmente o temporalmente successive*".

Da alcuni decenni i fondamenti per valutare la responsabilità di équipe ruotano intorno al "principio di affidamento" e alla "posizione di garanzia e protezione" che hanno tentato di superare i limiti dell'impostazione del codice penale che ha costruito il sistema della colpa professionale sul modello dell'esercizio in forma singola.

Questi orientamenti hanno permesso di superare la concezione "gerarchica" del modello della responsabilità di équipe che attribuiva al "capo-équipe" la responsabilità di tutto quello che veniva posto in essere dall'équipe stessa. La gerarchia dell'organizzazione era molto evidente in ambito ospedaliero: l'esistenza di una figura denominata "primario", con una legislazione proveniente dalla riforma ospedaliera degli anni sessanta dello scorso secolo, avvalorava l'orientamento del riconoscimento della responsabilità al capo-équipe. Nel corso del tempo questo orientamento si è decisamente affievolito – in linea con l'attenuazione del principio gerarchico – per mancanza di aderenza ai principi basilari del nostro ordinamento giuridico e per la pericolosità insita nella deresponsabilizzazione di tutti coloro che capo-équipe non erano ma ponevano in essere atti erronei causativi di danno. Tra i due principi vi sono delle decise continguità e interferenze.

LA POSIZIONE DI GARANZIA

La posizione di garanzia deriva dal comportamento omissivo, previsto dal secondo comma dell'articolo 40 del codice penale che recita testualmente: "*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*". Si tratta quindi di individuare le fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.
Sono state elaborate tre diverse concezioni:

- la concezione formalistica;
- la concezione sostanzialistica;
- la concezione mista formale-sostanziale.

Secondo la concezione formalistica il riconoscimento della responsabilità omissiva esige l'espressa previsione dell'obbligo di agire da parte di "fonti giuridiche formali" che sono individuate dalla legge, dal contratto e dalla consuetudine. Solo quindi ciò che è scritto in tali fonti determina l'obbligo giuridico di agire.

Secondo la concezione sostanzialistica invece la responsabilità per omes-

so impedimento è insita nell'esigenza solidaristica della tutela rafforzata di beni giuridici rilevanti per incapacità dei titolari di proteggere tali beni. Secondo questa concezione si realizzano "di fatto" degli speciali vincoli di tutela tra il soggetto e il suo garante. Tipico esempio viene determinato dalla presa in carico di un soggetto debole (es. un paziente).

La concezione mista, formale-sostanziale si pone come sintesi tra le due concezione sopra esposte ed è oggi prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana.

In sintesi l'obbligo di garanzia può essere definito come "*l'obbligo giuridico che grava su specifiche categorie di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità die titolari di adeguatamente proteggerli*". In questi casi si equipara il non impedire al causare, al fine di riequilibrare una situazione di svantaggio.

Non vi sono dubbi che la posizione di garanzia – espressione giuridica – corrisponda alla presa in carico – espressione professionale – e che il contenuto debba riferirsi alla parte professionale.

Il professionista che "prende in carico" un paziente – o una pluralità di pazienti – è tenuto a preservarne l'integrità attraverso la posizione di garanzia. La presa in carico determina quindi un insieme di attività e di controlli da porre in essere singolarmente e in équipe. Il contenuto della presa in carico cambia da professione a professione, da specialità a specialità, dalla composizione dell'équipe multidisciplinare e dal setting di cura (ospedale o territorio).

La posizione di garanzia, all'interno dell'équipe, la assumono tutti i professionisti che operano sincronicamente e diacronicamente. Conseguenza della posizione di garanzia in équipe, come elaborato dalla giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione, è che in caso di cooperazione multidisciplinare e multiprofessionale, "*ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare (nei limiti in cui sia da lui conoscibile e valutabile) l'attività precedente e contestuale di altro collega e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errore altrui (laddove, ovviamente, ne abbia le capacità)*".

La posizione di garanzia viene assunta anche dai consulenti chiamati a supportare interventi di emergenza. In questo caso la giurisprudenza della Cassazione riconosce la posizione di garanzia sia ai sanitari esperti chiamati in ragione della loro competenza anche se non presenti nella turnazione ospedaliera. Laddove cioè questi professionisti intervengano attivamente assumono la piena posizione di garanzia di équipe e non sono da considerarsi un "assembramento estemporaneo" di professionisti chiamati d'urgenza.

In questo caso tutti assumono la posizione di garanzia. La posizione di garanzia permane nel tempo anche dopo la fine del turno di lavoro (Corte di Cassazione, IV sezione penale, sentenza 12 novembre 2010, n. 119 – dep. 2011), laddove il professionista responsabile dell'atto non si sia attivato nella soluzione dei problemi. In questi casi gli errori causali dell'affidante la posizione di garanzia – es. il medico smontante dal servizio – e dell'affidato – medico subentrante – ne fanno condividere la responsabilità a meno che possa affermarsi l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta (e quindi dell'operato del medico subentrato).

La posizione di garanzia viene meno solo quando viene "trasmessa" ad altri professionisti e si pone quindi il problema della responsabilità in caso di successione della stessa posizione. In questo caso il professionista "*perde*" la posizione di garanzia solo laddove sia un altro ad assumerla. Per evitare vuoti di tutela, si "*impone un passaggio di consegne efficiente ed informato ed il garante successivo deve essere posto in condizione di intervenire. Solo quando questo obbligo di informazione sia stato assolto correttamente, il garante originario potrà invocare, in caso di evento infausto, il principio di affidamento, avendo dismesso correttamente i propri doveri*".

Il passaggio di consegne diventa quindi lo strumento professionale e organizzativo che permette la successione corretta della posizione di garanzia. Le consegne possono avere per oggetto un solo paziente o una sola situazione clinica, oppure anche un intero reparto. In quest'ultimo caso, sono discutibili le prassi storiche del "cambio a vista" che tradizionalmente contrassegna il personale di assistenza nella propria attività, laddove non seguito da un procedimento informativo vero e proprio.

L'affermarsi della posizione di garanzia in modo ampio ha fatto affermare la Cassazione che l'équipe sia da considerarsi una "entità unica e compatta e non come una collettività di professionisti" regolata dal princi-

pio dell'affidamento in cui ognuno deve svolgere il proprio ruolo salvo accorgersi dell'errore altrui e intervenire (Corte di Cassazione, IV sezione penale, sentenza 26 ottobre 2011, n. 46824).

Abbiamo visto che la posizione di garanzia permane fino alla trasmissione della posizione stessa ad altri professionisti. Nelle équipe operatorie si pone il problema dello "scioglimento anticipato" dell'équipe stessa che si verifica laddove uno dei suoi componenti si allontana prima della fine dell'atto operatorio. In questo caso diventa rilevante il motivo per cui lo scioglimento si è effettuato.

Se, infatti, lo scioglimento si è avuto per motivi dovuti alla semplicità delle operazioni residue da compiere o da impellente necessità di prestare assistenza a un altro caso urgente non vi è dubbio che non si possano addebitare profili di colpa al medico che si è allontanato.

Diverso è invece il fatto dello scioglimento anticipato dell'équipe, in assenza di valide giustificazioni, quando la presenza al completo dell'équipe stessa, può determinarne il successo. In questo caso permane la posizione di garanzia per il sanitario che si allontana.

Bisogna però ricordare che, se è pure vero che l'intervento finisce con l'uscita del paziente dalla sala operatoria, la responsabilità si estende, come criterio di carattere generale, anche al periodo post operatorio gravando sul medico la persistenza della posizione di garanzia imponendo al medico stesso "*l'affidamento legittimo e consapevole ad altri sanitari*" debitamente informati e capaci (Corte di Cassazione, IV sezione penale, sentenza 6 aprile 2005, n. 22579).

Deve precisarsi però che lo scioglimento anticipato dell'équipe non è strettamente riconducibile all'abbandono del primo operatore. È stata infatti affermata la penale responsabilità del secondo operatore che si è allontanato dall'équipe, in assenza di altre esigenze organizzative professionali, lasciando solo il primo operatore alla fine di un intervento complesso della durata di dieci ore in cui lo stesso primo operatore risul-

tava "provato" e che ha portato a un errore nella conta delle garze o, più correttamente, nella mancata ispezione del campo operatorio.

IL PRINCIPIO DELL'AFFIDAMENTO

È un principio caratterizzato dal principio della suddivisione del lavoro e dal fatto che ogni membro dell'équipe professionale è tenuto a rispettare, nella sua fase di lavoro e per le sue attività, le regole cautelari tese a prevenire il verificarsi di un evento lesivo. Al fine di permettere al singolo professionista, competente e responsabile della sua fase di lavoro, di concentrarsi sul suo specifico professionale, il principio dall'affidamento presuppone che il professionista non possa che fidarsi del comportamento di un altro collega. In base al principio dell'affidamento ogni membro può e deve contare sul corretto adempimento dei compiti altrui e ha l'obbligo di intervenire solo quando ravvisa l'errore di un altro membro dell'équipe.

Il principio dell'affidamento non può, però, tradursi in un obbligo generalizzato di controllo dell'operato degli altri membri dell'équipe, oltre a essere tenuto a operare diligentemente per la propria parte. L'eventuale addebito di responsabilità può essere giustificato solo laddove in concreto si possa accertare che oltre ai propri adempimenti era legittimo attendersi il controllo dell'operato altrui. Più difficilmente in caso di cooperazione sincronica più facilmente in caso di cooperazione diacronica.

La responsabilità di équipe tra posizione di garanzia e il principio dell'affidamento: quale prevalenza?
La posizione di garanzia e il principio dell'affidamento sembrano due posizioni antitetiche all'interno della responsabilità di équipe.
Da un lato si afferma un obbligo del professionista di attivarsi e di controllare quanto fatto precedentemente, dall'altro si afferma, invece, come principio quello della fiducia dell'operato precedente e delle altre figure professionali, fatto salvo ravvisarne l'errore. Non vi è dubbio che oggi il principio prevalente nell'individuazione della responsabilità di équipe sia la posizione di garanzia di cui, però, il principio dell'affidamento ne costituisce un importante limite che permette, come abbiamo visto, a ogni professionista di concentrarsi sulla propria prestazione confidando sulla corretta prestazione degli altri membri dell'equipe.

Il principio dell'affidamento prevale nei rapporti tra professionisti di diversa specialità, con particolare riguardo alle prestazioni professionali iperspecialistiche non sindacabili da chi iperspecialista non è; prevale generalmente nella cooperazione professionale sincronica (es. lavoro in sala operatoria); prevale nella cooperazione professionale diacronica laddove sia impossibile controllare l'altrui precedente operato e laddove vi sia la trasmissione della posizione di garanzia attraverso documentate consegne di cui si presume la buona fede e la veridicità.

Il principio dell'affidamento però non può essere invocato nel momento in cui la condotta colposa di un membro dell'equipe si "*concretizzi nell'inosservanza delle leges artis che costituiscono il bagaglio professionale di ciascun medico e di ciascun professionista sanitario*". In altre parole laddove l'errore sia rilevabile e riscontrabile si riespande la posizione di garanzia e non vale più il principio dell'affidamento.
Si pone a titolo di esempio la mancata conta delle garze in un intervento che non permette, ad esempio, all'infermiere strumentista di invocare il principio dell'affidamento nel momento in cui è, egli stesso, titolare della posizione di garanzia che impone, come regola cautelare, la conta stessa. Si riespande, invece, laddove nella conta lo strumentista affermi la giustezza della conta. In questo caso il chirurgo non può che "fidarsi" dell'operazione contabile effettuata, come del resto lo strumentista non può che "fidarsi" dell'ispezione del campo operatorio effettuata dal chirurgo.

In entrambi i casi assistiamo alla decisa attenuazione della responsabilità gerarchica e, nel caso delle équipe operatorie, del capo-équipe. La posizione di garanzia viene assunta da ogni professionista sanitario in virtù del suo essere professionista e non della posizione rivestita all'interno dell'organigramma aziendale. La giurisprudenza civilistica attribuisce a ogni membro dell'équipe la responsabilità, non soltanto dell'errore nei compiti a lui affidati, ma anche il controllo sull'operato degli errori altrui che siano "*evidenti e non settoriali*" indipendentemente dalla posizione gerarchica "*sovra o sotto ordinata*" (Corte di Cassazione, III sezione civile, sentenza 29 gennaio 2018, n. 647007).

Questo aspetto vale anche nei rapporti tra diverse professioni per errori di natura medica non rilevati dal personale infermieristico (Corte di Cassazione, IV sezione penale, sentenza 16 gennaio 2015, n. 2192).

Questa posizione, però, non può essere estremizzata fino a negare il potere direttivo della figura apicale medica. Se è vero che le decisioni cliniche erronee della figura direttoriale, se non contrastate con un evidente dissenso, attribuiscono a titolo di colpa la responsabilità anche della figura non apicale è altresì vero, al contrario che laddove vi sia, nell'organizzazione del lavoro, un vero potere di direzione dell'attività diagnostica o terapeutica da svolgersi sincronicamente, un eventuale errore sia da ricondurre non a tutta l'équipe, ma al singolo che ha compiuto l'errore come nel caso del primo operatore chirurgico il cui operato esatto può sfuggire, in talune fasi, anche al secondo operatore.

Il rapporto tra la posizione di garanzia e il principio dell'affidamento è da valutarsi di volta in volta in quanto la mera applicazione del principio dell'affidamento, notano i supremi giudici, "*consentirebbe a ogni operatore di disinteressarsi completamente dell'operato altrui, con i conseguenti rischi legati a possibili difetti di coordinamento tra i vari operatori*". Sull'altro versante l'applicazione della posizione di garanzia, senza temperamenti, attribuirebbe agli altri membri dell'équipe il riconoscimento di un'automatica responsabilità aprioristica che non può invece essere riconosciuta senza una ricostruzione dei ruoli e della verifica di ogni sanitario all'interno dell'équipe (Corte di Cassazione, IV sezione penale, sentenza 21 dicembre 2017, n. 2354).

Luca Benci
Giurista

Ps: Il probema è che manca un riferimento giuridico preciso allla responsabilità d'équipe.
I temi trattati in questo articolo sono decisamente complessi in quanto tutti incentrato sul versante della dottrina e della giurisprudenza che hanno tentato di superare la lacuna del nostro ordinamento giuridico di un articolo di legge sulla responsabilità di équipe.

Il nostro codice penale incentra infatti tutta la costruzione della responsabilità sul modello della responsabilità del singolo. Inizialmente quindi si attribuiva tutta la responsabilità al più alto in grado – primario o primo operatore – con relativa deresponsabilizzazione degli altri membri dell'équipe.

Con le costruzioni del principio dell'affidamento e della posizione di garanzia si è voluto ovviare a questa mancanza, inizialmente dando maggiore importanza al primo e, successivamente negli ultimi anni, con la prevalenza della posizione di garanzia. Il punto di incontro dei due principi deve essere contemperato caso per caso in sede di giudizio.

(L.B.)

26 agosto 2019

Assicurazione legge Gelli: senza assolvimento obblighi ECM nessuna copertura per il professionista

Per i professionisti soggetti a responsabilità extracontrattuale la polizza principe è relativa alla rivalsa per colpa grave. Per questa tipologia di polizza il diritto di rivalsa "può essere esercitato nei confronti dell'assicurato qualora l'esercente la professione sanitaria non abbia regolarmente assolto l'obbligo formativo e di aggiornamento" previsto per l'ECM nel triennio precedente la data del fatto generatore di responsabilità.

Un tassello fondamentale – ad oggi mancante - della legge sulla responsabilità professionale del personale sanitario, la 24/17 c.d. Gelli, è il decreto sulla determinazione dei " requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie" che doveva essere emanato dal Ministero dello sviluppo economico, con il concerto del Ministero della salute, entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge (quindi entro il 31 agosto 2017).

Ricordiamo che la legge 24 prevede all'articolo 10 l'obbligo di assicurazione per tre distinte tipologie di copertura assicurativa obbligatoria:

a) obbligo per le strutture sanitarie e sociosanitarie di essere previsti di copertura assicurativa o di analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi per danni cagionati dal personale sanitario a "qualunque titolo operante presso le strutture", ivi compresa la libera professione intramuraria;
b) l'obbligo di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie operanti in regime libero professionale e quindi con responsabilità contrattuale verso il paziente;
c) l'obbligo di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie operanti a qualunque titolo presso strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private per la c.d. rivalsa o responsabilità amministrativa che scatta in caso di eventi commessi con colpa grave.

Lo schema di decreto del Ministero dello sviluppo economico di concerto con il Ministero della salute

È stato fatto circolare lo schema di decreto contenente le misure minime di garanzia delle polizze assicurative che è suddiviso in tre distinti titoli contenenti rispettivamente le "disposizioni generali", i "requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione" e i "requisiti minimi di garanzia e condizioni di operatività delle misure analoghe" (es. autoritenzione). Lo schema di decreto è corredato, all'articolo 1 di una serie di definizioni che opportunamente fanno immediata chiarezza e si pongono come una sorta di glossario guida.

Non sempre però le definizioni riescono a essere esaustive. Ci riferiamo a quella relativa all'esercente la professione sanitaria. Come è noto la legge Gelli ha sempre rappresentato le professioni sanitarie nella sua interezza senza distinzione alcuna: per capirsi non compare mai il termine medico. Per esercente la professione sanitaria si intendono tutte le professioni sanitarie che oggi, sostanzialmente, si formano all'interno di quella che un tempo veniva chiamata facoltà di medicina. Stiamo parlando di un insieme complessivo attuale di ventiquattro professioni.

Secondo il glossario del decreto per esercente una professione sanitaria si intende "il professionista che, in forza di un titolo abilitante, svolge attività negli ambiti delle rispettive competenze di prevenzione, diagnosi, cura assistenza e riabilitazione". La definizione è riduttiva e contrastante non solo con la legge 24 ma con lo stesso decreto che negli articoli successivi estende le coperture assicurative anche alle attività di "formazione, aggiornamento, sperimentazione e ricerca clinica".

Per quanto riguarda l'oggetto della garanzia assicurativa non si ravvisano novità di sorta sull'oggetto dell'assicurazione: le polizze coprono di danni patrimoniali e non patrimoniali per eventi causati da morte, lesioni e distruzioni e deterioramento di beni cagionati a terzi con dolo o colpa grave. Inoltre si coprono i danni dovuti a responsabilità extracontrattuale – una delle novità della legge Gelli – per gli esercenti le professioni sanitarie operanti, a qualunque titolo nella struttura.

Per le stesse professioni, con polizze stipulate a spese proprie, viene coperta la c.d. rivalsa o responsabilità amministrativa.

Per i liberi professionisti che assumono invece una responsabilità contrattuale l'assicurazione la copertura è ovviamente riferita ai danni cagionati colposamente a terzi.

Si prevede la possibilità, del tutto già operante, per i professionisti, di aderire a "convenzioni o a polizze collettive per il tramite delle rappre-

sentanze istituzionali delle professioni sanitarie". A una lettura più attenta, in realtà, la formulazione - rappresentanze istituzionali – sembra riferirsi agli ordini professionali escludendo quindi le rappresentanze sindacali. Questa sarebbe una vera e impattante novità visto che pressoché tutte le organizzazioni sindacali offrono oggi copertura assicurativa ai propri iscritti e che, secondo una interpretazione letterale del decreto, non potrebbero più offrire.

I massimali di garanzia variano in relazione alla pericolosità dell'attività – "classi di rischio" - posta in essere e sono compresi in un range da uno a quattro milioni di euro di copertura minima sia per le strutture che per i liberi professionisti che assumono responsabilità contrattuale, mentre sono limitati alla rivalsa del triplo della retribuzione lorda per i professionisti dipendenti.

La polizza viene stipulata nella ormai classica formula "claims made" con un periodo di retroattività e ultrattività decennale e senza disdetta.
Del tutto positiva anche la previsione della copertura per l'intero importo di danno in caso di responsabilità solidale. Il terzo titolo del decreto affronta i requisiti delle "misure analoghe" di assicurazione.

La mancata copertura in caso di inadempimento agli obblighi di Educazione continua in medicina (ECM)
Un novità rilevante è costituita invece dalle conseguenze, per i professionisti e anche per le aziende, dell'inadempimento degli obblighi ECM.
Per i professionisti soggetti a responsabilità extracontrattuale - sostanzialmente, ma non soltanto, i dipendenti del Servizio sanitario nazionale e delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private – la polizza principe è relativa alla rivalsa per colpa grave. Per questa tipologia di polizza il diritto di rivalsa "può essere esercitato nei confronti dell'assicurato qualora l'esercente la professione sanitaria non abbia regolarmente assolto l'obbligo formativo e di aggiornamento" previsto per l'ECM nel triennio precedente la data del fatto generatore di responsabilità.

Per le strutture e liberi professionisti invece il mancato raggiungimento

dei crediti ECM viene in gioco alla scadenza contrattuale che dovrà prevedere la variazione in aumento o in diminuzione in relazione a tre criteri:

a) al verificarsi di sinistri durante la vigenza contrattuale;
b) alla valutazione della sinistrosità specifica tenuto dei dati soggetti a pubblicazione dalla stessa legge;
c) dall'assolvimento dell'obbligo formativo e di aggiornamento ECM.

Per i professionisti dipendenti e convenzionati, quindi, è in pericolo la copertura della rivalsa, mentre per le aziende e i liberi professionisti il rischio è l'aumento del premio assicurativo. È la prima volta che un provvedimento normativo – fatta salva la normativa settoriale sui medici competenti – prevede un qualche provvedimento sanzionatorio sul mancato assolvimento dei crediti ECM. L'obbligo della formazione continua in medicina è vigente da circa venti anni e non ha mai previsto sanzioni legislative, contrattuali e deontologiche.

È curioso che questa sanzionabilità – nella forma della mancata copertura assicurativa – avvenga in un decreto sulle assicurazioni e non in atti normativi e deontologici più inerenti l'esercizio professionale.

Il professionista non in regola, comunque, potrà continuare a esercitare, ma si troverà "scoperto" in caso di un sinistro per colpa a lui addebitata. La mancata copertura è relativa alla rivalsa per colpa grave. In caso di attività libero professionale esercitata contrattualmente la copertura viene garantita salvo poi, alla scadenza annuale, vedere aumentato in aumento il premio, così come per le strutture.
Si inserisce quindi una maggiore conseguenza per i professionisti dipendenti e convenzionati e minore per i liberi professionisti al fine di garantire comunque il risarcimento dei danni alla persona danneggiata.

L'obbligo ECM rimane, quindi, un classico obbligo all'italiana privo di una vera sanzionabilità generale. Una via di uscita potrebbero essere i codici deontologici in quanto in seguito alla previsione del DL 138/2011 all'articolo 3, comma 4, si prevedeva che fosse dichiarato come illecito disciplinare il mancato raggiungimento dei crediti ECM. Si sono adeguati solo gli ordini non sanitari – architetti, avvocati, ecc. – non anche gli ordini sanitari, o quanto meno con formulazioni che non ne fanno prevedere un obbligo cogente. Lo testimonia la recente notizia della conferma della sanzione a un odontoiatra per il mancato assolvimento degli obblighi formativi presentato come "il primo caso in Italia".

Fermo restando l'opportunità di un sistema sanzionatorio – legislativo, contrattuale o deontologico – la norma contenuta nello schema di decreto rischia di essere iniqua in quanto da un lato fissa i requisiti per l'assicurazione, dall'altro ne limita la copertura retrodatando l'assolvimento degli obblighi al triennio precedente. Come è noto l'assolvimento dei crediti ECM non è elevato e subordinare l'operatività della polizza – ancorché per la sola rivalsa per colpa grave – a un deficit formativo che non è più possibile colmare diventa un problema per decine di migliaia di professionisti (medici, infermieri, professioni sanitarie della riabilitazione, tecniche e della prevenzione).

Serve una norma intertemporale che permetta al sistema di partire senza penalizzare un passato non sanabile. Le norme transitorie contenute nell'articolo 16 rischiano comunque di non essere sufficienti in quanto, se è pur vero che ci sono dodici mesi di tempo per adeguare le attuali polizze – che non prevedono l'obbligo dei crediti ECM - è altresì vero che la formulazione prevista – "il triennio precedente del fatto generatore di responsabilità" – rischia di essere interpretata retrodatando l'assolvimento dei crediti ECM non al triennio ma ai trienni precedenti.

Luca Benci
Giurista

15 dicembre 2017

Consenso informato. Cosa cambia con la nuova legge

Per la prima volta, con il provvedimento approvato ieri in via definitiva, il consenso informato e il testamento biologico diventano anche parte della legislazione ordinaria con un ritardo pluridecennale. Non vi sono dubbi sul fatto che la pratica del consenso informato sia degenerata, talvolta, in una mera attività di medicina difensiva attraverso una eccessiva burocratizzazione del rapporto. L'eccessiva burocratizzazione nega di fatto il diritto, ma "i diritti hanno sempre convissuto con la loro violazione" (prima parte).

L'approvazione in via definitiva da parte del Senato del ddl "**Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento**" è senza dubbio una buona notizia. La legge si struttura sostanzialmente in due parti: la prima sul consenso informato e la seconda sul testamento biologico chiamato "disposizioni anticipate di trattamento".
Il testo, lungi dall'essere rivoluzionario, è sostanzialmente una fotografia, all'interno di una legge ordinaria, della situazione esistente e che si è affermata per volontà giurisprudenziale – ricostruita sui principi costituzionali e internazionali – per volontà deontologica e per la consuetudine ormai consolidata nelle strutture sanitarie.

Ricordiamo che il consenso informato nel nostro ordinamento viene introdotto dalla famosa sentenza "Massimo" degli anni novanta dello scorso secolo e che di fatto ha aperto la breccia a cambiamenti nella deontologia medica – e non solo – e a parziali modifiche solo in alcune normative di settore. Ricordiamo anche che il testamento biologico era stato introdotto anch'esso per via giurisprudenziale sul caso Englaro.
Per la prima volta, con questo provvedimento, il consenso informato e il testamento biologico diventano anche parte della legislazione ordinaria con un ritardo pluridecennale.

IL CONSENSO INFORMATO

L'espressione, come è noto, è la pigra trasposizione dall'inglese informed consent non è certo felice – antepone, in italiano, illogicamente il consenso all'informazione – è però ormai parte integrante della consuetudine delle strutture sanitarie. Il testo normativo la fa propria richiamando, opportunamente gli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea seguendo quanto la giurisprudenza della Corte costituzionale aveva già fissato come principi.

Il Consenso informato è la sintesi di tre diritti fondamentali della persona: l'autodeterminazione prevista dall'articolo 2, l'inviolabilità della persona umana come "libertà della persona di disporre del proprio corpo" prevista dall'articolo 13 e il diritto alla salute previsto dall'articolo 32.
L'autodeterminazione e l'inviolabilità del proprio corpo sono parti integranti del consenso informato e "costituzionalizzano" la persona come felicemente definì questo processo Stefano Rodotà. Non ci possono essere autorità esterne che con fini paternalistici possono sostituirsi alla persona. È il cittadino – ricordiamo la felice espressione introdotta dal codice di deontologia medica del 1998– non più paziente che decide sui propri destini di salute, anche lad-

dove forieri di peggioramento secondo i parametri altrui. Il cittadino come espressione della volontà di uscire dallo status eccezionale di malato e paziente per rimanere nella pienezza dei propri diritti e della propria dignità. Il consenso informato come parte costitutiva del diritto di cittadinanza di ciascun soggetto, dunque. Il testo approvato dal Parlamento, all'articolo 1, è lungo e dettagliato, ancorché non completo e non privo di contraddizioni. L'informazione deve essere "completa" per permettere alla persona di esercitare pienamente la sua autodeterminazione e il primo comma della legge appena approvata specifica che "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata" fatti salvi i casi di legge.

Un trattamento sanitario è lecito solo con il consenso informato quindi e non possono esistere deroghe paternalistiche proprie di un passato di cui dovrebbero occuparsi ormai solo gli storici. Nel dibattito parlamentare vi sono stati echi di questo passato nel tentativo – per fortuna risultato vano - di delimitare il perimetro dell'autodeterminazione o, più correttamente, di far saltare la legge in concomitanza con la fine della legisaltura.
I continui richiami all'antico e superato giuramento di Ippocrate – da molti decenni abbandonato tanto che nessun medico in attività lo ha prestato, oggi la formula del giuramento è frutto della elaborazione della Fnomceo – si ponevano in palese contraddizione con l'impianto costituzionale. Un'autorevole storica della medicina, Donatella Lippi, ha scritto e insegnato in tempi non sospetti che "giurare sul giuramento di Ippocrate vuol dire, in primo luogo, accettare un atteggiamento paternalista nei confronti del malato, che non corrisponde più alla moderna bioetica della relazione di cura".
Non più un medico che dispone la cura con un rapporto fortemente asimmetrico ma un medico che all'interno di una "relazione di cura e di fiducia" – espressione mutuata dal codice di deontologia medica e oggi inserita nel secondo comma dell'articolo 1 - integrata dagli altri "esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe" come recita il secondo comma dell'articolo 1. Opportunamente la relazione di cura si estende a tutta l'equipe curante – quindi anche a infermieri, ostetriche, fisioterapisti e tecnici - che contribuisce a una relazione completa con la persona assistita.

Il terzo comma dell'articolo 1 chiarisce in modo esaustivo l'ampiezza dell'informazione precisando che la persona ha diritto di "conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi".

La decisione finale comunque spetta alla persona sia in caso di rifiuto sia in caso di alternative prospettate. La Corte di cassazione, in tempi non sospetti, lo aveva già stabilito sentenziando che "l'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi" (Cass.15.1.1997 n. 364). Il tutto interpretato nell'ottica dei principi generali dell'ordinamento: le alternative devono essere comunque di pari dignità scientifica: alternatività dei trattamenti, dunque, non alternatività delle medicine.

La persona ha diritto di essere informata ma non ne ha l'obbligo. La legge prevede la possibilità dell'informazione e della delega a persone di fiducia di ricevere informazioni e di "esprimere il consenso in sua vece". Il rifiuto all'informazione non può essere desunto paternalisticamente nell'interesse del paziente – come in passato – ma deve essere un rifiuto esplicito e deve essere annotato in cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico e, in generale, su tutta la "documentazione sanitaria" come da nuova definizione della legge 24/17 (c.d. Gelli).
La normativa entra anche nella forma della documentazione. Riportiamo per dovere di completezza il comma 4. "Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico".
È evidente che questo comma non introduce irragionevolmente l'obbligo della forma scritta per ogni tipo di consenso. Sovviene a questa affermazione il fatto che comunque la pratica del consenso informato è inquadrabile giuridicamente nella

categoria dei "negozi giuridici" per i quali vige il principio della libertà della forma, fatti salvi gli specifici e rari casi in cui la forma scritta sia richiesta per legge. In questo caso è senza dubbio utile ricordare i casi in cui tale adempimento sia richiesto ad substantiam – senza il quale cioè l'atto è da considerarsi illecito – dai casi in cui è richiesto ad probationem, messo in atto solo per provare l'avvenuta informazione.

La forma scritta – ci viene in aiuto la deontologia medica – oltre ai casi di legge, è opportuno prenderla in tutti i casi "prevedibilmente gravati da elevato rischio di mortalità o da esiti che incidano in modo rilevante sull'integrità psico-fisica". Interessante la previsione di acquisire il consenso tramite videoregistrazioni o comunque con modalità che permettano alle persone con disabilità di comunicare. Il tutto inserito all'interno della cartella clinica. Il quinto comma stabilisce il diritto della persona a rifiutare "qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario". La norma ha valenza generale e si colloca ben oltre le decisioni di fine vita anche se, in modo scoordinato, nell'articolo dedicato al consenso si inseriscono tematiche tipiche del fine vita recependo quanto la giurisprudenza aveva già stabilito sul caso Englaro sul riconoscimento di trattamento sanitario – quindi rifiutabile – della nutrizione e dell'idratazione artificiale in quanto atti da porre "su prescrizione medica di nutrienti mediante dispositivi medici". Il medico – e con lui tutta l'equipe curante in una lettura sistematica – si legge al sesto comma (e siamo ancora sulla tematica del consenso informato e non ancora sulle disposizioni anticipate di trattamento) "è tenuto a rispettare le volontà espresse dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità penale".

Deve essere sottolineato che il rispetto della volontà della persona esenta da responsabilità penale, il mancato rispetto espone il sanitario a responsabilità penale – violenza privata e lesioni personali principalmente ma la ricostruzione dell'attività sanitaria compiuta senza consenso è annosa e non può essere ricostruita adeguatamente in questa sede – come ha sottolineato da anni la dottrina giuridica e la giurisprudenza. Sul punto ricordiamo, infine, le clausole di non copertura assicurativa contenute nelle più recenti polizze di responsabilità professionale per danni che derivano da "assenza del consenso informato".

Spazi di discrezionalità si aprono nelle situazioni di emergenza avendo sempre come faro il tentativo di ricostruzione della volontà del paziente. Decisamente interessante è la previsione dell'obbligo di "ogni struttura sanitaria pubblica o privata" di garantire la "piena attuazione dei principi" contenuti nella legge, senza eccezione alcuna, anche attraverso la necessaria formazione del personale. L'articolo 1 contiene infine l'enfatica espressione, anch'essa mutuata dalla deontologia medica, dell'informazione come "tempo di cura". Il rischio che tale previsione rimanga lettera morta è altissimo stante gli attuali numeri delle dotazioni organiche del personale.

La legge dedica un apposito articolo alla problematica del consenso dei minori e degli incapaci non introducendo grandi novità. La decisione sui minori spetta agli esercenti la responsabilità (ex potestà) genitoriale tenendo conto della volontà e della maturità del minore e si specificano, opportunamente, le prerogative dell'amministratore di sostegno. Non vi sono dubbi sul fatto che la pratica del consenso informato sia degenerata, talvolta, in una mera attività di medicina difensiva attraverso una eccessiva burocratizzazione del rapporto. È stato giustamente rilevato da Mariella Immacolato che un cambiamento di mentalità dopo millenni di paternalismo ippocratico non poteva essere immediato.

L'eccessiva burocratizzazione nega di fatto il diritto, ma come è stato efficacemente scritto in tempi non sospetti "i diritti hanno sempre convissuto con la loro violazione".

Fine prima parte

Luca Benci
Giurista

20 dicembre 2017

La legge sul testamento biologico. Cosa cambia con le Dat

Una legge nata – come la legge sull'aborto – con evidenti spinte dal "basso" che parte dai casi "eroici" di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro, alle tante associazioni che hanno elaborato le varie modulistiche di direttive anticipate che oggi costituiscono l'ossatura preziosa da cui partire per determinare il contenuto delle Dat (seconda e ultima parte).

Nel contributo precedente avevamo affrontato le innovazioni della recente legge "Norme di materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" approvata in via definitiva dal Senato in data 14 dicembre u.s. relativamente alla pratica del consenso informato.
In questa seconda parte ci occuperemo delle disposizioni anticipate di trattamento o D.A.T. che costituiscono la terminologia italiana del testamento biologico o biotestamento. Preliminarmente affronteremo la questione dell'idratazione e della nutrizione artificiale, dell'accanimento terapeutico e della sedazione palliativa profonda.

LA NATURA DELLA NUTRIZIONE E IDRATAZIONE ARTIFICIALE

La discussione sulla natura della nutrizione e dell'idratazione artificiale è stata posta in ordine alla sua rifiutabilità come trattamento sanitario. Le posizioni che si fronteggiavano erano e sono due: il fronte laico che la considera avente natura sanitaria in quanto "posta in seguito a una valutazione dello stato dello stato energetico del paziente e monitorata da medici e operatori sanitari professionali" (Commissione ministeriale c.d. Veronesi-Oleari) e il fronte cattolico che anche sulla base di un parere del Comitato nazionale di bioetica li considera "acqua e cibo" e quindi non rifiutabili in quanto da considerarsi "sostentamento ordinario di base" finalizzate a garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere" (CNB, parere del 30 settembre 2005).
È opportuno ricordare che sia il mondo scientifico – tra tutti il parere della Società italiana di nutrizione parenterale (SINPE, Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della nutrizione artificiale, gennaio 2007) sia, soprattutto, la Corte di cassazione sul caso Englaro avevano già chiarito la natura terapeutica delle pratiche: "Non vi è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario.

Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici e consiste nella somministrazione di preparati come composti chimici implicanti procedure tecnologiche". (Cassazione civile, I sezione, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748).

La posizione del mondo scientifico d'altra parte non poteva non partire dal presupposto che la miscela nutrizionale alla base della nutrizione artificiale sia a tutti gli effetti un composto farmaceutico e più esattamente una preparazione "galenica magistrale" soprattutto laddove venga infusa per via parenterale.

L'annosa discussione si chiude con l'approvazione della legge. Alimentazione e idratazione artificiale sono atti sanitari e quindi sottoposti alla volontà del paziente con la possibilità del suo rifiuto. Non possono, di conseguenza, essere imposti. Il tentativo di limitare il perimetro dell'autodeterminazione non è passato.

LA QUESTIONE DELL'ACCANIMENTO TERAPEUTICO

Non esiste una definizione condivisa di accanimento terapeutico – espressione contraddittoria nella parte in cui premette l'accanimento all'impossibile beneficialità terapeutica – e sui vari tentativi di delineare ambiti e limiti il mondo professionale, bioetico e giuridico si è diviso.

Il secondo comma dell'articolo 2 della legge approvata si limita a una minima definizione nel solo circoscritto ambito dei pazienti con "prognosi infausta a breve termine" o di "imminenza della morte" e lo individua nella "ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati". La definizione minimale riconosciuta dalla legge deve essere interpretata necessariamente con i principi fissati direttamente dall'articolo precedente sul consenso informato. Si allarga quindi il perimetro dell'accanimento a tutte le terapie non volute.

Difficile in questi casi non concordare con chi autorevolmente ha affermato che è "oggettivamente accanimento terapeutico tutto ciò che non è voluto dal paziente" (Mori M., *Il caso Eluana Englaro*, Pendragon, 2008). In questa ottica è "terapia accanita", senza consenso, a titolo esemplificativo, l'amputazione di un arto, un trattamento dialitico, il posizionamento di un sondino nasogastrico o di una peg attuate anche non nell'imminenza della morte.

LA QUESTIONE DELLA SEDAZIONE PALLIATIVA PROFONDA

L'articolo 2 della legge interviene anche istituzionalizzando la pratica della sedazione continua profonda già introdotta, nei fatti, da un parere del Comitato nazionale di bioetica del 29 gennaio 2016.

Con tale pratica si intende la "somministrazione intenzionale di farmaci ipnotici, alla dose necessaria richiesta, per ridurre il livello di coscienza fino a annullarla" al precipuo scopo di alleviare o abolire la percezione di un sintomo refrattario, fisico e/o psichico, altrimenti intollerabile. Il Comitato nazionale di bioetica lo circoscriveva alle condizioni di malattia terminale inguaribile nell'imminenza della morte". Le tre situazioni contestuali devono essere tutte presenti: malattia inguaribile in uno stato avanzato, imminenza della morte e presenza di uno o più sintomi refrattari. La pratica, ovviamente, necessita del consenso del paziente.
Nella sostanza, questa volta, la legge recepisce quanto indicato dal Comitato nazionale di Bioetica.

LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

I modi di chiamare il testamento biologico – espressione più nota e utilizzata tanto che la si è sempre utilizzata durante l'approvazione della legge soprattutto sui mezzi di comunicazione – sono diversi e scontano logiche diverse in merito alla loro vincolatività.

Nella scorsa legislatura ci fu un tentativo di approvare un disegno di legge che le definiva "dichiarazioni" (ddl Calabrò) con il chiaro intento di negarne la vincolatività. Le dichiarazioni dovevano semplicemente "essere tenute in considerazione". Nel fine vita quindi si riespandeva il potere del medico e dell'equipe curante che avrebbe avuto l'ultima parola sulle cure da apprestare.
Le "disposizioni" hanno invece un deciso segno contrario e pongono l'accento sulla volontà del disponente e la loro vincolatività serve, oltre che per riaffermarne i principi costituzionali di autodeterminazione, per evitare quella penosa "giurisdizionalizzazione" del fine vita di cui siamo stati, negli ultimi anni, tutti testimoni.

Ogni persona potrà dunque esprimere attraverso le disposizioni anticipate di trattamento in "previsione di una futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte". Ecco allora che la legge mo-

stra il lato migliore di se stessa. Da un lato stabilisce in modo incontrovertibile che l'autodeterminazione della persone è un principio che non si affievolisce nel fine vita, dall'altro specifica che permane il connubio del consenso informato (questa volta come previsione anticipata) che fa gravare sul medico l'onere informativo affinché la persona possa prendere le proprie decisioni in modo consapevole. Il contenuto delle DAT è relativo alle volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari".

La legge prevede anche l'eventuale nomina di un "fiduciario" da farsi direttamente delle disposizioni o anche successivamente. Le DAT sono un atto formale. Non solo richiedono la necessaria forma scritta – o misure come la videoregistrazione da considerarsi equivalenti – ma devono essere redatte per atto pubblico o scrittura privata autenticata o anche la mera scrittura privata presso il Comune di residenza laddove questo abbia istituto l'apposito registro.
Un vero e proprio *punctum dolens* dell'impianto normativo è la specifica mancanza di previsione di un registro unico nazionale in quanto demanda alle regioni la "possibilità" di istituire registri regionali. Il registro nazionale però viene istituto dall'emendamento proposto nella legge di Bilamcio 2018 con relativo finanziamento di due milioni di euro che si presenta come una tempestiva integrazione di una legge ancora non promulgata. Un caso più unico che raro nella storia repubblicana.

Le DAT sono vincolanti ma possono essere non attuate solo qualora "appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita". Il testo della norma non lascia spazio a interpretazioni diverse da quella letterale.

Le Dat per essere disattese devono essere "palesemente incongrue" – rilevabili cioè *ictu oculi* senza bisogno di approfondite disamine cliniche – o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente" – in questo caso si ingenera un equivoco tra Dat e sua applicazione – e terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione – situazione che si può verificare quando intercorre un periodo temporale ampio tra la sottoscrizione delle Dat e la loro applicazione – con la avvertenza che non devono essere foriere di generici benefici ma di "concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita".

LA PIANIFICAZIONE CONDIVISA DELLE CURE

Le DAT possono essere redatte da chiunque in previsione di una futura incapacità che potrebbe non verificarsi mai. Diversa, invece, è la pianificazione anticipata delle cure che prevede uno stato di malattia "cronica e invalidante" già instaurato e "caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta".

La pianificazione, viene specificato, una volta effettuata è vincolante. Si precisa infatti che "il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità".

Anche in questo caso è prevista la nomina di un fiduciario e la forma scritta con qualche formalità in meno (non però l'annotazione in cartella clinica e sul fascicolo sanitario elettronico). La pianificazione condivisa delle cure appare viziata da una contraddizione evidente: la condivisione richiama, nei fatti, l'ambigua formulazione della sempre invocata e auspicata "alleanza terapeutica" – situazione che mostra, da sempre, i suoi limiti visto che è stato necessario ricorrere a una legge per disciplinare i rapporti tra medico e paziente – dall'altro fa correre il rischio della riduzione del perimetro dell'autodeterminazione nei casi in cui il curante non condivida le determinazioni del paziente.

L'istituto della pianificazione è solo eventuale – "può"- e sostituisce nei fatti, una volta redatta, una precedente DAT. In caso di non condivisione si applica la DAT laddove presente.
Una volta redatta la pianificazione condivisa diventa vincolante per il "medico e per l'equipe sanitaria". La specificazione paventa il rischio di un mutamento di opinione del medico – attore con cui deve essere redatta la pianificazione – e di tutta l'equipe – comunque tenuta alle volontà del paziente anche se non ne è richiesta la partecipazione all'atto condiviso – che " tradendo" le intenzioni iniziali con il progredire della malattia disattenderebbe le volontà del paziente (pur in una logica di condivisione).

Altra questione da porre è relativa al rapporto tra il medico che ha sottoscritto la pianificazione condivisa e gli altri membri dell'equipe mono e interprofessionale. Si pone il problema quindi della vincolatività della pianificazione effettuata, a titolo esemplificativo, da un medico di una

equipe ospedaliera nei confronti di tutti i medici della stessa equipe anche con diverso e maggiore incarico dirigenziale (struttura semplice, complessa e dipartimentale).

La risposta, in prima approssimazione, sembra comunque propendere per la vincolatività anche se dovrebbero essere approfonditi meglio, in altra sede ovviamente, gli aspetti specifici della normativa di settore.
Non vi sono dubbi invece sulla vincolatività della pianificazione condivisa nei confronti del personale infermieristico. Diverso ancora è il caso di cambio di curante – esempio cambio reparto – che non è tenuto al rispetto della pianificazione condivisa con altri professionisti se non era già parte dell'equipe. In questo caso vi è la reviviscenza della precedente Dat se esistente e comunque, nello spirito della legge, si apre alla ricostruzione della volontà precedentemente espressa secondo quanto indicato dalla Corte di cassazione sul caso Englaro.

VINCOLATIVITÀ DELLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO E MANCATA PREVISIONE DI ESONERO PER LE STRUTTURE E DI OBIEZIONE DI COSCIENZA PER I PROFESSIONISTI

Il legislatore ha chiarito bene il carattere vincolante delle disposizioni anticipate di trattamento sia nei confronti della struttura che del professionista.
Per quanto riguarda le organizzazioni sanitarie si precisa all'articolo 1 che "ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi" della legge. Vi è da domandarsi se il riferimento al privato debba essere solo a quello convenzionato o anche al privato che non ha alcun collegamento e finanziamento dal Servizio sanitario nazionale. Stante il carattere di principi costituzionali della norma si ritiene che qualunque struttura anche se svolge l'attività a livello di pagamento diretto da parte del paziente debba assoggettarsi al rispetto delle indicazioni legislative. Le norme non prevedono esclusioni di sorta, neanche per le strutture religiose, che sono comunque tenute tutte al rispetto dei principi costituzionali.

La persona non perde i suoi diritti solo perché ricoverata in un luogo di ricovero di impronta religiosa. Stesso orientamento è previsto sui professionisti in cui, volutamente, non viene previsto lo scivoloso istituto dell'obiezione di coscienza che riporterebbe il rischio dell'autoreferenzialità paternalistica con il depotenziamento dell'autodeterminazione. A poco vale il richiamo all'ingannevole istituto della "clausola di coscienza" visto che la deontologia professionale non può in alcun modo contenere norme o essere interpretata *contra legem*.

CONCLUSIONI

La legge "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" è una buona legge sul consenso informato e sul testamento biologico.
Vi sono anche lacune evidenti quali il regime sanzionatorio degli atti posti in essere senza consenso a cui non si può che rimandare alle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali degli ultimi decenni. È la terza legge a impronta bioetica dopo la legge sull'interruzione della gravidanza e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Come impianto è senza dubbio più ispirata alla prima – dove l'autodeterminazione, pur nelle contraddizioni del testo, è presente – che non sulla seconda, caratterizzata da clamorosi e incostituzionali divieti sanzionati per ben quattro volte dalla Suprema Corte.

Questa legge attribuisce diritti di cittadinanza sul "governo della vita" e del morire che della vita ne è parte.
Una legge nata – come la legge sull'aborto – con evidenti spinte dal "basso" che parte dai casi "eroici" di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro, alle tante associazioni che hanno elaborato le varie modulistiche di direttive anticipate che oggi costituiscono l'ossatura preziosa da cui partire per determinare il contenuto delle Dat. Da un punto di vista istituzionale è impossibile non ricordare il contributo fondamentale della giurisprudenza e dei tanti Comuni che hanno istituito i registri di fine vita. Una partecipazione corale, diffusa, sentita sulla materia della salute e del fine vita che ha evitato di confinare il dibattito tra gli addetti ai lavori e a un ceto politico ristretto.

Non è però una legge complessiva sul "fine vita" visto che non è intervenuta sulle azioni volontarie dirette a porre fine alla vita nel momento in cui rimangono materia da codice penale questioni come il suicidio assistito e l'eutanasia. Il caso del Dj Fabo che ha emozionato la pubblica opinione non trova risposta in questa legge e le problematiche rimangono quindi totalmente aperte. In questi casi i cittadini italiani non possono fare altro che rifugiarsi nella clandestinità professionale – la c.d. eutanasia clandestina – o a migrare – come "migranti di diritti" - in Svizzera.

Luca Benci
Giurista

20 dicembre 2019

L'informazione al paziente spetta ad ogni professionista sanitario, non solo al medico

La relazione di cura non riguarda esclusivamente il medico, ma è estesa alla equipe sanitaria comprendente i vari professionisti sanitari. Conseguentemente, i professionisti sanitari partecipano a tutte le attività che contribuiscono a realizzare la relazione di cura e che si basano sul "consenso informato", vale a dire sul conferimento dell'informazione e sulla raccolta del consenso.

La discussione relativa al ruolo delle professioni sanitarie, diverse dal medico, in merito all'informazione al paziente è antica.
I pertinenti riferimenti normativi non lasciano dubbi circa l'obbligo anche giuridico per qualsiasi professionista sanitario di informare la persona assistita. Questo obbligo discende dai contenuti di fonti nazionali e sovranazionali.

LA CONVENZIONE DI OVIEDO

Fra queste ultime, è da prendere in considerazione la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina adottata a Orvieto il 4 aprile 1997 e ratificata dalla legge 28 marzo 2001 numero 145. La Convenzione prevede due tipologie di informazione, rispettivamente contemplate una nell'articolo 5, compreso nel capitolo II intitolato "Consenso" e l'altra nell'articolo 10, facente parte del capitolo III relativo a "Vita privata e diritto all'informazione".

L'articolo 5 postula l'obbligo di informare, collocandolo in una prospettiva doppiamente limitata, perché 1) l'informazione è presentata come ancillare rispetto all'obiettivo di ottenere il consenso e 2) il suo contenuto riguarda i esclusivamente l'*intervento* nel campo della salute.

Articolo 5. Regola generale
Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi.

Questa disposizione, relativa all'informazione previa al consenso, va considerata quale integrazione di quanto previsto dall'articolo 10 che, specificamente attinente all'informazione in quanto tale, ha un contenuto più ampio, riferito al concetto di salute globalmente intesa e non ad un particolare singolo intervento.

Articolo 10. Vita privata e diritto all'informazione
… 2. Ogni persona ha il diritto di conoscere ogni informazione raccolta sulla propria salute. Tuttavia, la volontà di una persona di non essere informata deve essere rispettata.

L'informazione citata nell'articolo 10 concerne dunque la salute della persona nella sua globalità e quella dell'articolo 5 l'intervento sanitario subordinato al consenso. Si tratta di due aspetti della medesima entità, corrispondenti a fasi diverse della relazione con il paziente e a diversi bisogni di quest'ultimo all'interno del rapporto di cura.

La distinzione operata dalla convenzione di Oviedo ha una forma prettamente didascalica, che il professionista, nella pratica, deve saper superare, realizzando una connessione armonica, nella relazione con l'assistito, fra i due aspetti dell'informazione. In ogni caso, la distinzione è quanto mai opportuna, perché conferisce il giusto risalto all'aspetto dell'informazione che prescinde dall'obiettivo di ottenere il consenso e che costituisce componente sostanziale della *progressione* del rapporto di cura. In sintesi, i diversi aspetti dell'informazione e delle sue finalità sono raggruppabili in due tipi: accanto alla scontatissima informazione specificamente finalizzata alla raccolta del consenso, vi è una informazione "di base" svincolato da qualunque rapporto con esigenze sanitarie di diagnosi, di terapia o di assistenza.

È un'informazione che, apparentemente fine a sé stessa, arricchisce comunque il patrimonio culturale (in senso antropologico) della persona e costituisce il mezzo per consentire alla stessa di definire consapevolmente il proprio progetto di vita.

La convenzione di Oviedo non specifica chi debba provvedere ad informare la persona. L'analisi dei due articoli citati porta ad induzioni univoche circa l'identità del professionista sanitario cui compete l'informazione.
Il disposto dell'articolo 5 riguarda, in ultima analisi, "l'intervento in campo sanitario"; questa è l'espressione testualmente usata, che rende evidente che l'informazione finalizzata al consenso riguarda non solo il campo medico bensì, più estensivamente, quello *sanitario*.

Ne consegue che qualsiasi intervento in campo sanitario richiede un previo consenso ed ogni consenso una previa informazione.

In pratica, schematizzando:

a) se si tratta di intervento progettato ed eseguito dal medico, senza l'intervento di altri professionisti sanitari, l'informazione e la raccolta del consenso sono di competenza esclusiva di quel medico;
b) se si tratta di un intervento che comporta prescrizione medica e messa in opera da parte di un professionista sanitario, occorre una doppia informazione ed un doppio consenso: informazione e consenso dapprima da parte del medico riguardo soprattutto al significato e agli obiettivi dell'intervento, informazione e consenso successivamente da parte del professionista sanitario circa le modalità di effettuazione dell'intervento; il problema pratico in questi casi è definire accordi o stilare procedure che chiariscano le competenze dei vari professionisti, precisando i rispettivi contenuti dell'attività informativa;
c) se si tratta di intervento che il professionista sanitario deve progettare e realizzare, secondo previsioni del proprio profilo professionale, su propria iniziativa ed a prescindere da prescrizione medica, ovviamente l'informazione e la raccolta del consenso sono prerogative esclusive di quel professionista sanitario.

Ricapitolando, l'articolo 5 contempla l'informazione (e la raccolta del consenso) in relazione a qualsiasi intervento *sanitario*, non solo in relazione all'intervento del *medico*; vi può essere una componente dell'informazione, relativa ad attività di pertinenza di un dato professionista sanitario, che ricade su quel professionista.

Analogamente l'art. 10, prevedendo per ogni persona "il diritto di conoscere tutte le informazioni relative alla propria salute", impone a qualunque professionista sanitario, che abbia una relazione di cura con la persona, di tenerla informata in merito ai rilievi ed alle valutazioni di sua competenza.

LA LEGGE 22 DICEMBRE 2017, N. 219

Fra le fonti nazionali, è fondamentale la recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" ed in particolare il contenuto del comma 3 dell'articolo 1.

Art. 1 Consenso informato.
… 3. Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.

Il comma 3 non indica chi è deputato ad informare la persona sulle condizioni di salute che è suo diritto conoscere. L'indeterminatezza della norma conferma la tesi che ad ogni professionista sanitario che interviene nella cura della persona competa l'informazione connessa alla sua attività. Le indicazioni testuali circa il contenuto dell'informazione sembrano richiamare prevalentemente attività e conoscenze mediche, come per esempio la valutazione della prognosi o delle conseguenze di un even-

tuale rifiuto. Però, a ben considerare, questa è solo una impressione destituita di fondamento, perché alcuni dei contenuti indicati possono riguardare sia il medico sia il professionista sanitario in genere: solo la diagnosi *nosologica* è prerogativa medica ed altre tipologie di diagnosi competono ad altri professionisti; le informazioni generali sui rischi dell'accertamento o del trattamento spettano al medico ma, al momento della effettuazione dello stesso, ulteriori informazioni *contingenti* sono fornite dal professionista che svolge determinati atti circa i quali il paziente chiede di essere edotto.

In ogni caso, il comma 3 citato postula il diritto del paziente di conoscere le proprie condizioni di salute e propone successivamente un elenco dei contenuti dell'informazione che è da considerare come meramente esemplificativo e quindi non inclusivo di tutti i possibili contenuti idonei a realizzare il *diritto di conoscere le proprie condizioni di salute*.
Parte di questi contenuti scaturiscono dagli approcci peculiari delle varie professioni sanitarie e dalle rispettive modalità di rilevare ed analizzare i bisogni della persona e di pianificare le modalità di intervento.

Chi ritiene che il comma 3 comporti un obbligo di informazione al paziente che grava solo sul medico perché la legge 219/2017 nel suo complesso si riferisce ad attività dovute da parte del medico e non cita mai i professionisti sanitari, è in errore.

È in errore perché, se è vero che è la figura del medico ad essere prevalentemente citata nella norma in oggetto, occorre tuttavia conferire il giusto valore a quanto riportato nel comma 2 del medesimo articolo 1.

Art. 1 Consenso informato.
… 2. È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria.

La relazione di cura non riguarda esclusivamente il medico, ma è estesa alla equipe sanitaria comprendente i vari professionisti sanitari. Conseguentemente, i professionisti sanitari partecipano a tutte le attività che contribuiscono a realizzare la relazione di cura e che si basano sul "consenso informato", vale a dire sul conferimento dell'informazione e sulla raccolta del consenso.

All'interno dell'equipe andranno definiti i contenuti informativi che ogni professionista componente dell'equipe dovrà garantire al paziente.
Ecco allora che l'ambito dichiarato di esclusività nell'informazione medica si affievolisce e si integra con le informazioni provenienti dalle altre professionalità per fornire, alla persona assistita, informazioni tali da permettere alla stessa persone una "migliore adesione alle cure".

Coerentemente i codici deontologici delle professioni sanitarie hanno, nel tempo, riservato spazio all'anamnesi e alla comunicazione degli stati di salute. È il caso, ad esempio, del fisioterapista che raccoglie l'anamnesi e comunica la diagnosi fisioterapica. È il caso del logopedista che raccoglie il bilancio logopedico come sintesi della raccolta alla anamnestica e della diagnosi logopedica.

LO STRANO CASO DELLE PROFESSIONI SANITARIE NON ABILITATE ALL'INFORMAZIONE

Date queste premesse, siamo disorientati di fronte a chi, come il Presidente della Federazione delle Società Medico-Scientifiche, **Franco Vimercati** (lettera al direttore, QS del 24 ottobre scorso), costruisce e descrive scenari assurdi e irragionevoli, palesemente *contra legem*, attribuendone la proposta a soggetti istituzionali, per poi criticare le competenze dei professionisti sanitari chiamati a svolgere attività in questi scenari ipotetici, introducendo surrettiziamente nelle critiche considerazioni non pertinenti.

Più esplicitamente, nell'intervento citato si riferisce che "si ventila l'ipotesi di affidare il consenso informato, la raccolta di notizie anamnestiche e la prescrizione a personale sanitario", precisando che si tratta di personale sanitario "non abilitato a questo compito".

Questa indicazione è semplicistica, fuorviante e non rispettosa delle competenze dei professionisti sanitari. Con l'abilitazione all'esercizio professionale si riconosce a qualsiasi professionista sanitario competenza nell'informare, nel raccogliere il consenso nonché l'anamnesi. È pacifico che il professionista espleta queste funzioni in relazione alle attività a lui attribuite dal profilo professionale. È pacifico che il medico non può investire il professionista sanitario di funzioni per le quali quest'ultimo non è abilitato. Ma chi descrive questo scenario assurdo, non può approfittare dell'occasione della sua costruzione ipotetica per dire che il professionista sanitario "non ha il compito dell'ac-

quisizione del consenso informato" ed "è ovviamente impreparato per una inadeguata informazione sui rischi insiti nelle procedure che interessano il paziente".

Dopo che il medico ha raccolto in consenso del paziente, per esempio a sottoporsi ad un determinato accertamento diagnostico, il professionista sanitario chiamato a svolgere le connesse attività tecniche o manuali ha comunque l'incombente di informare il paziente circa quanto si accinge a fare e a raccoglierne l'adesione.

Inoltre, il professionista sanitario ha competenza in una attività complessa, quale è quella del ricevere e gestire la revoca del paziente al consenso manifestato al medico. In ogni caso, è impensabile un professionista sanitario, come quello descritto nella lettera, impreparato sui rischi insiti nella procedura che si accinge a porre in essere ed incapace a darne adeguata informazione alla persona.

Ovviamente le informazioni da conferire al momento dell'esecuzione pratica dell'attività e la revoca del consenso da parte della persona devono essere gestite secondo progettualità preventivamente elaborata dall'equipe.

Tutto ciò è ben lontano da quanto paventato nella lettera, cioè dal "toglierel paziente stesso il diritto di confrontarsi con il medico nel momento più importante e delicato per lui, ovvero quello delle decisioni terapeutiche utili a garantire il suo stato di salute"; anzi la figura del professionista sanitario, che accompagna il paziente nella scelta che ha già manifestato al medico, va proprio a rinforzare questo diritto. Resta comunque fermo che il professionista sanitario svolge anche attività che non richiedono prescrizione medica e circa le quali egli ha il dovere di informare e raccogliere il consenso.

Nella lettera di Vimercati, l'epilogo della costruzione di questo scenario ipotetico è sconcertante, perché si sviluppa secondo un'*escalation* avulsa dalla realtà e scollegata da quanto precedentemente ipotizzato come attribuito arbitrariamente ai professionisti sanitari: si postula conclusivamente "una "sanità" nella quale le refertazioni diagnostiche o le scelte terapeutiche possano essere affidate a personale non autorizzato a tale compito".

È certo che una "sanità" così organizzata spaventi chiunque. Ma non è concepibile che qualcuno possa aver immaginato una cosa del genere e comunque proprio non ha senso proporla al pubblico per dichiarare l'ovvio: cioè che suscita spavento.
Lo sconcerto sommo è dato dalla frase conclusiva della lettera in cui si riafferma – in realtà si afferma perché questo concetto è un colpo di scena finale mai precedentemente enunciato – che "gli "atti medici" debbano rimanere tali a garanzia e tutela dei pazienti".

Questa considerazione finale, anch'essa del tutto avulsa dal testo precedente, è solo in parte condivisibile. Non è condivisibile la scelta di fare un passo indietro rispetto alle indicazioni preliminarmente proposte sulla relazione medico-paziente, attente alla "dimensione empatica che caratterizza il rapporto di fiducia tra il paziente ed il medico" e concludere limitando la riflessione agli "atti medici". È comunque pacifico che essi siano a garanzia e a tutela dei pazienti.
Meno chiaro è il significato dell'auspicio che gli atti medici "debbano rimanere tali". Ci limitiamo a considerare che gli atti medici sono soggetti a cambiamenti in relazione, se non altro, all'evoluzione delle tecnologie in ambito sanitario, alla riorganizzazione del servizio sanitario e alla maturazione del rapporto con il paziente. E nulla può (o a maggior ragione "deve") "rimanere tale" di fronte al cambiamento.

Resta fermo che tutti i professionisti sanitari sono chiamati a funzioni (o se si preferisce attività; "atti" è proprio riduttivo) a garanzia e a tutela non solo dei pazienti ma anche delle persone sane e che anche per i professionisti sanitari non è accettabile l'idea che le funzioni "restino tali" escludendo aprioristicamente che si modifichino, ovviamente nel rispetto dei riferimenti normativi e con la garanzia della pertinente adeguata formazione, peraltro prevista dalle stesse norme.

Daniele Rodriguez
Medico legale

Luca Benci
Giurista
Componente del Consiglio
superiore di sanità

www.opiverona.it

Ordine delle Professioni Infermieristiche di Verona

Via Ca' di Cozzi, 14/B - 37124 VERONA
Telefono: 045.913938 - Fax: 045.914671
E-mail: info@opiverona.it