

## PARERE NON AVENTE ALCUN VALORE GIURIDICO VINCOLANTE

### CASO 4. "Se sei una persona con disabilità in ospedale vieni ricoverato solo se accompagnato"

#### IL TRIBUNALE DEI DIRITTI DEI DISABILI

così composto:

Dott. Piero F. Calabrò, **Presidente**;

Dott. Mario Fraticelli, Dott. Pietro Grasso, Dott. Claudio Castelli, Dott. Alberto Nobili, Dott. Riccardo Atanasio, Dott. Nicola Proto, Dott. Roberto Spanò, Dott. Filippo Di Benedetto, Dott. Ciro Angelillis, Dott. Luca Villa, Dott. Cosmo Crolla, Dott. Nicola Clivio, Dott. Dario De Luca, Dott. Pierluigi Perrotti, Dott. Francesco Vignoli, Dott. Salvatore Dovere, Dott. Silvio Cinque **componenti**;

Dott. Filippo di Benedetto, Dott. Nicola Proto - **componenti relatori**;

Nella XII sessione, tenutasi in Ferrara il 10 ottobre 2009, riunito in camera di consiglio, ha pronunciato il seguente

#### PARERE

#### FATTO

Fabio (nome di fantasia), 22 anni, persona con disabilità intellettiva di grado medio, presenta discrete competenze adattive e senza menzione in anamnesi di comportamenti problematici o di altre manifestazioni psicopatologiche.

Purtroppo, un giorno Fabio ha necessità di essere sottoposto ad un intervento al miocardio e di rimanere nella struttura ospedaliera del suo Comune di residenza durante tutto il decorso post-operatorio.

La struttura ospedaliera, però, all'atto del ricovero, richiede che i familiari siano costantemente presenti in ospedale per assicurare adeguata assistenza a Fabio, dato che, come persona con disabilità, potrebbe creare, in virtù di una supposta necessità di maggiore assistenza, una difficoltà all'organizzazione interna del personale infermieristico.

I parenti di Fabio, dopo aver, tra l'altro, consumato tutti i propri periodi di ferie dal lavoro, non possono più assicurare tale continua presenza e, allarmati dal fatto che Fabio potrebbe rimanere del tutto privo di assistenza, assumono un'assistente alla persona, corrispondendo alla stessa ben 2 mensilità di retribuzione.

Passata l'emergenza, i familiari si rendono conto che non avrebbero dovuto cedere alle richieste dell'ospedale, che, di regola, avrebbe dovuto avere personale a sufficienza per assistere persone anche del tutto non autosufficienti.

Ritengono, però, che sia inutile fare una causa civile lunga e dispendiosa solo per recuperare le due mensilità di retribuzione per l'assistente e un risarcimento per le richieste ferie dal lavoro.

Successivamente, però, scoprono che esiste un procedimento giudiziario celere che tutela le persone con disabilità, ma solo se esse sono state vittime di una discriminazione.

Convinti che la struttura ospedaliera abbia posto in essere una discriminazione indiretta, per non aver predisposto tutti quegli interventi utili a far in modo che Fabio potesse usufruire del servizio ospedaliero gratuitamente, come tutti gli altri ricoverati, chiedono ad un'Associazione di agire, in nome e per conto di Fabio, avverso l'ente ospedaliero stesso, chiedendo il risarcimento integrale del pregiudizio economico sofferto.

## NORMATIVA DI RIFERIMENTO

### LEGGE nr. 67 / 2006

#### DISCRIMINAZIONE DIRETTA

Il comma II dell'art. 2 della legge 67/2006, che richiama la lettera A) dell'art. 2 del D.lgs 216/03, afferma che **“si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga”**.

In altri termini, si ha discriminazione diretta allorché, a parità di condizioni, la persona affetta da disabilità viene trattata meno favorevolmente rispetto a chi non presenta disabilità.

Il concetto di discriminazione diretta attiene al principio di uguaglianza formale ed astratta, secondo cui una stessa regola viene applicata allo stesso modo a tutte le persone siano esse con disabilità o meno, Ne consegue che, laddove, in situazioni analoghe, una persona viene trattata meno favorevolmente in ragione del suo stato fisico o psichico, una stessa regola viene ad essere applicata in modo difforme in violazione del principio di uguaglianza formale.

Perché ricorra discriminazione diretta è necessario che la situazione del soggetto discriminato sia analoga a quella del soggetto non discriminato, e che la situazione di quest'ultimo sia stata risolta in maniera diversa con pregiudizio del soggetto con disabilità.

### **DISCRIMINAZIONE INDIRETTA**

Sempre secondo l'art. 2 legge 67/2006 si ha discriminazione indiretta **“quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone”**

Il concetto di discriminazione indiretta attiene al principio di uguaglianza sostanziale o concreta. In questa ipotesi si è in presenza di situazioni non omogenee che vengono trattate in maniera identica, senza tenere conto delle differenze di condizioni dei soggetti destinatari dei provvedimenti o comportamenti che si risolvono in discriminazioni di fatto.

In altri termini a condizioni diverse si applica la stessa norma o si adotta lo stesso comportamento. Si tratta di discriminazione nascosta, mascherata da disposizioni, criteri, prassi apparentemente neutri che, al contrario, richiedono soluzioni diverse in ragione della condizione dei soggetti destinatari dei provvedimenti.

### **STRUMENTI DI TUTELA**

In ipotesi di atti discriminatori diretti o indiretti l'art. 3 della legge 67/06 rimanda alla procedura prevista dall'art. 44 commi da 1 a 6 D.lvo 286/98, per la tutela in sede giudiziaria.

Si tratta di procedura assai rapida articolata secondo le seguenti fasi.

1. L'interessato propone ricorso **anche personalmente** davanti al giudice monocratico del luogo di domicilio.

2. Il Tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti istruttori ritenuti necessari per la decisione, e, con ordinanza, accoglie o rigetta il ricorso.
3. Nei casi di urgenza il Tribunale può provvedere immediatamente con decreto ( provvedimento che non necessita di motivazione) e nel termine di 15 giorni deve confermare o meno con ordinanza i provvedimenti urgenti emessi con decreto.
4. Al Giudice sono conferiti ampi poteri inibitori. Può ordinare, infatti, la cessazione del comportamento o atto discriminatorio ove ancora in atto, ovvero predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Contestualmente il Giudice può provvedere sulle richieste di risarcimento del danno sia patrimoniale che non patrimoniale.

### **LEGITTIMAZIONE AD AGIRE**

La legittimazione ad agire spetta in primo luogo al soggetto passivo della discriminazione, il quale può presentare il ricorso anche personalmente.

L'art. 4 della legge 67/06, inoltre, attribuisce la legittimazione ad agire anche alle associazioni od enti.

I presupposti per il deposito del ricorso da parte della associazione o ente sono i seguenti:

1. L'associazione o ente che agisce deve essere preventivamente individuato dal Ministro per le pari opportunità di concerto con il Ministro del lavoro e politiche sociali, sulla base delle finalità perseguite
2. L'associazione o ente che agisce in nome e per conto del soggetto passivo deve avere la delega rilasciata o per atto pubblico ( in genere atto notarile) ovvero per scrittura privata autentica. E' prevista la sanzione della nullità del ricorso introduttivo in carenza di delega.

L'autorizzazione del Giudice tutelare è richiesta nelle sole ipotesi di cui all'art. 374 nr. 5 c.c.

### **RISOLUZIONE DEL CASO**

Il caso portato alla attenzione del Tribunale non pare rientrare nelle ipotesi di atto o comportamento discriminatorio.

La richiesta ai familiari di assistenza al disabile è stata fatta dal personale della struttura sanitaria in ragione della incapacità della struttura di far fronte alla completa assistenza del paziente disabile. Lo stato del paziente ha rappresentato la causa che ha messo in luce ed evidenziato ai familiari una carenza della struttura, non in grado di far fronte ad una assistenza completa.

Tale richiesta, e susseguente condotta della famiglia, non rientrerebbe, alla luce del quesito proposto al Tribunale, in ipotesi di discriminazione ( diretta o indiretta) in quanto mancano, o non sono stati evidenziati, i presupposti per poter accedere alle forme di tutela previste dalla legge 67.

Come sopra esposto, per aversi atto discriminatorio diretto è necessario che due situazioni analoghe vengano trattate, in concreto, diversamente proprio in ragione della disabilità. Nel caso di specie manca, o non è stato adeguatamente prospettato, la "condizione analoga" di confronto necessaria per accertare se nella condotta della struttura sanitaria vi sia stata violazione del principio di uguaglianza formale.

In ogni caso, deve essere sottolineato che la prospettazione di una eventuale situazione discriminatoria e l'utilizzazione del più agile strumento procedurale di cui alla legge 67/06 condurrebbe ad una situazione di incertezza quanto all'esito della iniziativa processuale, in termini sia di rito che di merito.

Sarebbe, infatti, controproducente vedere negata l'affermazione di un diritto del disabile dal semplice opinamene negativo del Giudice adito quanto alla procedura utilizzata.

Ritiene il Tribunale che la vicenda vada correttamente ( e comunque con maggiori certezze procedurali e sostanziali) inquadrata nell'ambito di un rapporto obbligatorio che si perfeziona con il ricovero del soggetto e l'accettazione da parte della struttura sanitaria.

Secondo costante Giurisprudenza, l'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità, in base alla quale la stessa è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generaliste e specialistiche) già prescritte dall'art. 2 legge n. 132 del 1968, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle "lato sensu" alberghiere.

Tale orientamento ritiene, pertanto, che oggetto della obbligazione non sia solo la prestazione del medico, ma una prestazione complessa definita di “*assistenza sanitaria*” che nasce dal contratto di ospedalità.

In tale rapporto sono individuabili prestazioni di natura medica di competenza del personale medico, e di natura assistenziale di competenza del personale ausiliario.

In particolare per quanto attiene il personale infermieristico con decreto del Presidente della Repubblica 225 del 14 marzo 1974 è stato approvato il regolamento riguardante le mansioni del personale infermieristico professionale e generico

Il punto 1 del titolo I del decreto prevede che **l'assistenza completa** al paziente rientra nei compiti dell'infermiere professionale

Nel titolo VI sono dettagliatamente indicate le mansioni dell'infermiere generico.

Il punto 6 dispone che l'infermiere generico coadiuva l'infermiere professionale in tutte le sue attività e su prescrizione del medico provvede direttamente alle seguenti operazioni: **assistenza completa al malato, particolarmente in ordine alle operazioni di pulizia e di alimentazione, di riassetto del letto e del comodino del paziente e della disinfezione dell'ambiente e di altri eventuali compiti compatibili con la qualifica a giudizio della direzione sanitaria**

E' quindi la norma che specifica il contenuto dell'obbligo, imponendo alla struttura sanitaria una assistenza completa da assicurare tramite il personale.

Il non assicurare detta assistenza comporta inadempimento della obbligazione con conseguente obbligo al risarcimento del danno.

Né la struttura a propria discolpa potrebbe invocare carenza organizzative.

Gli Enti ospedalieri sia pubblici che privati sono stati trasformati in “*aziende*”, strutturate secondo le regole della moderna impresa e soggetti anche al rischio d'impresa che consiste nella conseguente responsabilità per la cattiva, insufficiente ed inidonea gestione dell'azienda.

La struttura risponde, pertanto, del danno da disorganizzazione, quale danno conseguente alla violazione dell'obbligo accessorio di predisporre tutti gli strumenti idonei a garantire completa assistenza al paziente

Non esistono norme di riferimento che qualificano il principio di “*efficiente*” organizzazione della struttura sanitaria

Occorre ricorrere ad un concetto generale di efficienza rapportato alla specificità dei compiti e della funzione della struttura sanitaria e di ogni singolo caso che si presenta alla decisione del Giudice.

La responsabilità della struttura sanitaria si estende ai comportamenti colposi posti in essere dal personale medico ed ausiliario, cui consegue il risarcimento dei danni subiti dal paziente a titolo di responsabilità contrattuale. Ciò in base al principio che fa risalire alla persona giuridica, pubblica o privata, la responsabilità nella quale incorre, nell'esercizio delle sue funzioni, la persona legata da rapporto di dipendenza con l'Ente.

Il personale ausiliario qualificato e presente deve, quindi, essere prontamente reperibile anche per far fronte ad improvvise emergenze.

La mancanza o insufficienza del personale non esclude la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

L'orientamento in termini di responsabilità si fonda sulla natura contrattuale della prestazione, con conseguente applicazione dell'art. 1218 c.c. per l'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, e dell'art. 1228 c.c. in base al quale il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi e colposi di questi.

L'aver ricondotto la responsabilità della struttura sanitaria, in caso di inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di ospitalità, nell'alveo della responsabilità contrattuale comporta che l'attore deve solo provare l'esistenza del rapporto obbligatorio e del danno.

Vige la regola della inversione dell'onere probatorio in capo al debitore il quale “si libera” dall'obbligo di risarcire il danno solo provando che l'inadempimento è dovuto a cause a lui non imputabili.

**Nel caso di specie basterà provare l'avvenuto ricovero e dichiarare la mancata assistenza da parte del personale sanitario della struttura. Occorrerà, inoltre, provare l'entità del danno subito.**

La tutela risarcitoria può, inoltre, comprendere sia il danno patrimoniale che non patrimoniale. Pacificamente possono coesistere responsabilità sia a titolo contrattuale ( art. 1218 c.c. ) che

extracontrattuale ( art. 2043 c.c.) laddove la condotta del debitore comporti oltre l'inadempimento della obbligazione, anche la lesione di un diritto soggettivo o interesse legittimo ( principio generale del *neminem ledere* ex art. 2043 c.c.).

L'attuale orientamento della Giurisprudenza è basato sul c.d. sistema bipolare del danno patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo costituito non solo dal danno morale soggettivo (turbamento e sofferenza psichica) ma anche dal danno biologico in senso stretto (lesione in sé dell'intergrità psico fisica della persona), e dal danno esistenziale derivante dalla lesione di beni costituzionalmente garantiti.

Ne deriva che, se dalla mancata assistenza al paziente con disabilità, oltre all'inadempimento, sia conseguita lesione alla sua integrità psico fisica ovvero lesione di altro bene costituzionalmente garantito, la richiesta di risarcimento potrà essere estesa anche al danno non patrimoniale.

#### PQM

Il Tribunale dei diritti dei disabili esprime il seguente parere:

1. Prima facie, non pare sussistere una sicura ipotesi di condotta discriminatoria da parte della struttura sanitaria che ha richiesto ausilio alla famiglia per l'assistenza del figlio.
2. Sussiste, per contro, una sicura responsabilità per inadempimento del contratto di ospedalità ed in particolare per incompleta assistenza del paziente affetto da disabilità.
3. La struttura sanitaria è tenuta a risarcire il danno patrimoniale per inadempimento (responsabilità contrattuale) e il danno non patrimoniale da responsabilità extracontrattuale.