

Studio Legale Avv. Carlo Cermignani

- Patrocinante in Cassazione -
00193 - Roma, Piazza A. Capponi 16
pec: carlocermignani@ordineavvocatiroma.org
Tel. 06.3213239 - Fax 06.68891777

avv. Carlo Cermignani

SINTESI DELL'INTERVENTO DEL 17 maggio 2014.

- Brevi cenni pratici sulla mediazione civile, in tema di responsabilità medico-sanitaria.

PREMESSA SULLA MEDIAZIONE

La mediazione civile è un istituto giuridico previsto dall'Unione Europea, che ne ha richiesto l'adozione agli Stati membri; l'Italia ha recepito la Direttiva con il D. Lgs n.28 del 04.03.2010, per la composizione dei conflitti tra soggetti privati relativi a diritti disponibili.

La Corte Costituzionale, con sentenza n.272 del 24.10.2012 n. 272, ha dichiarato incostituzionale il suddetto D. Lgs. n.28/2010, per mero eccesso di delega.

Quindi, il cd. "Decreto del fare" - Decreto Legge n.69 del 21.06.2013 (convertito in Legge n.98 del 09.08.2013) - ha riproposto l'istituto, modificando alcuni profili della procedura, e confermando la condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le materie espressamente previste.

Tale condizione di procedibilità è stabilita "in via sperimentale" per 4 anni dall'entrata in vigore della Legge (21.09.2013) e, dopo i primi 2 anni, il Ministero della Giustizia attiverà un monitoraggio per verificare gli esiti di tale sperimentazione.

*

ASPETTI PRATICI DELLA MEDIAZIONE

La mediazione civile è suddivisa in tre categorie:

- a) - facoltativa: rimessa alla volontà delle parti;
- b) - giudiziale: il giudice, anche in appello, se ne ravvisa l'opportunità, "può disporre" la mediazione in qualunque materia;
- c) - obbligatoria (condizione di procedibilità): in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

La locuzione "e sanitaria", ha eliminato ogni dubbio in merito all'esperimento del tentativo di mediazione in relazione, anche, alla responsabilità della sola struttura sanitaria (pubblica e privata) ed alla responsabilità di qualunque altro soggetto esercente una "professione sanitaria"(infermiere, ostetrica, podologo, fisioterapista, dietista).

Pertanto, oggi, qualunque danno sofferto dal paziente, sia esso riconducibile all'operato di qualsivoglia esercente una professione sanitaria, sia esso riconducibile anche solo esclusivamente alla struttura sanitaria (responsabilità del Direttore Sanitario), dovrà passare per il tentativo obbligatorio di mediazione.

La riforma ha introdotto la competenza territoriale secondo le norme del codice di procedura civile. Quindi: sede legale della struttura ospedaliera dove è stato eseguito l'intervento e/o residenza del medico convenuto.

E' stata introdotta, altresì, l'assistenza obbligatoria dell'avvocato. Il verbale di accordo sottoscritto anche dagli avvocati, i quali attestano e certificano la non contrarietà a norme imperative ed all'ordine pubblico, costituisce titolo esecutivo, per espropriazione forzata, esecuzione per consegna e rilascio, esecuzione degli obblighi di fare e non fare, iscrizione di ipoteca giudiziale.

E' necessario rivolgersi immediatamente ad un Avvocato. Infatti, mentre per la causa civile sono previsti termini a comparire di almeno 90 giorni, per la mediazione è previsto che il primo incontro sia fissato entro il termine massimo di soli 30 giorni. Pertanto, è necessario rivolgersi immediatamente ad un avvocato, affinché questo possa avere il tempo materiale per studiare tempestivamente tutti gli aspetti della controversia.

Inoltre, è opportuno che la copia del ricorso di mediazione ricevuto dal medico, sia trasmesso immediatamente, mediante Raccomandata con avviso di Ricevimento, alla Compagnia di assicurazione, con invito a partecipare alla

mediazione sin dal primo incontro. Infatti, il ricorso di mediazione costituisce notizia del sinistro (e produce gli effetti della domanda giudiziale): quindi, sorge l'obbligo di avviso nei confronti dell'Assicurazione.

Sull'argomento, è opportuno ricordare l'importanza delle clausole cd. "claims made" (cioè, "a richiesta fatta"): tali clausole prevedono la copertura dei sinistri denunciati in corso di polizza, non dei fatti commessi in corso di polizza. Pertanto, se coprono, favorevolmente, anche i fatti commessi precedentemente al contratto di assicurazione, non coprono, sfavorevolmente, i fatti commessi durante l'efficacia della polizza ma denunciati dopo la scadenza della stessa. Pertanto, esaminare sempre attentamente il testo del contratto di assicurazione e, quando si cessa l'attività (per es. pensionamento), sottoscrivere un accordo di ultrattività del contratto (di solito, pagamento di un premio biennale), per i fatti denunciati successivamente alla cessazione del contratto.

Infine, è opportuno che la domanda sia trasmessa, sempre mediante Raccomandata con avviso di Ricevimento, anche alla Struttura presso la quale è stato eseguito l'intervento, nell'ipotesi in cui questa non risulti convenuta nella procedura di mediazione (basterà esaminare il contenuto della domanda di mediazione ricevuta).

E' previsto un primo incontro informativo e programmatico, nel quale le parti devono prestare il consenso all'ulteriore corso della procedura. Questo primo incontro informativo è la vera e propria condizione di procedibilità. Se una parte non presenzia al primo incontro (senza giustificato motivo), il giudice, nel successivo processo, trae argomenti di prova dalla mancata comparizione; quindi è opportuno partecipare sempre al primo incontro, onde evitare di essere pregiudicati nel giudizio di merito.

E' imposto il dovere di riservatezza, a carico di chiunque presta la propria opera nell'organismo di mediazione, rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

Pertanto, è opportuno partecipare collaborativamente alla mediazione, considerato che la disponibilità dimostrata in mediazione non potrà essere considerata, nel successivo processo, quale fonte di ammissione di responsabilità o di altra circostanza a sfavore, essendo, invece, vero il contrario.

E' opportuno ricordare, comunque, che la cartella clinica è un atto pubblico e, quindi, la mancata consegna al paziente o al Consulente Tecnico di Ufficio, in fase di mediazione, se proseguita, o in giudizio, costituisce omissione d'atti d'ufficio, anche in ipotesi di consegna di cartella clinica incompleta. La consegna deve essere eseguita dal Primario del reparto (nell'ipotesi in cui il paziente sia ancora ricoverato) o dal Direttore Sanitario (nell'ipotesi in cui il paziente sia stato dimesso).

La mediazione prevede delle spese di avvio della procedura e, in caso di prosecuzione, delle spese di mediazione, in relazione al valore.

La durata massima della mediazione è di **3 mesi**, decorrenti dal deposito della domanda di mediazione presso un Organismo autorizzato dal Ministero della Giustizia ed iscritto in apposito registro ministeriale.

Tutti gli Ordini professionali (quindi anche i Medici), possono fare domanda di costituzione di un Organismo di mediazione, ovviamente nella materia di propria competenza (responsabilità medica e sanitaria). Nella pratica, tuttavia, risultano piuttosto convenzioni con le Università e con gli Ordini degli Avvocati.

*

ESITO DELLA MEDIAZIONE

Se le parti raggiungono un accordo, il mediatore forma un processo verbale, al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo.

Se le parti non raggiungono un accordo, il mediatore "può formulare" una proposta di conciliazione, da inviare alle parti per iscritto. Le parti devono rispondere per iscritto entro 7 giorni. In difetto, la proposta si considera rifiutata. Il mediatore forma il processo verbale con l'esito negativo della procedura, indicando la proposta formulata, che non può contenere riferimenti alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite.

Pertanto, la procedura si conclude, normalmente, con una proposta del mediatore, alla quale è opportuno

rispondere, preferibilmente motivando adeguatamente l'eventuale rifiuto.

All'esito del processo civile, se il provvedimento del giudice corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, condannandola al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte soccombente, nonché al pagamento del contributo unificato e al pagamento dell'indennità spettante al mediatore (e all'esperto, se nominato).

Pertanto, è fondamentale, sotto tale profilo, affidarsi al giudizio tecnico dell'avvocato, il quale esaminerà la probabilità che la proposta rifiutata possa essere interamente confermata in giudizio.

CONCLUSIONI SULLA MEDIAZIONE

- 1) - Rivolgersi immediatamente all'**Avvocato** di fiducia.
- 2) - Trasmettere immediatamente copia della domanda di mediazione ricevuta, alla **Compagnia di assicurazione**, invitandola a partecipare sin dal primo incontro, **nonché alla Struttura sanitaria**, se non presente nella domanda di mediazione.
- 3) - Partecipare a tutte le sessioni, **in modo collaborativo**, essendo tutelati dal dovere di riservatezza della controparte e dal segreto professionale del mediatore, anche al fine di evitare di essere pregiudicati nel giudizio di merito.
- 4) - Se si ritiene, sulla scorta del parere tecnico fornito dall'Avvocato anche alla luce della C.T.U., che vi sia una ragionevole probabilità di condanna in giudizio, **definire la mediazione con un accordo**, soprattutto se si è assicurati.

LA RESPONSABILITA' MEDICA

- Brevi cenni sugli aspetti giuridici della responsabilità medica, alla luce della recente giurisprudenza e della cd. "Legge Balduzzi" (Legge 08.11.2012, n. 189, art. 3).

Un breve cenno a due particolari forme di responsabilità:

- a) – quella derivante dalla inesatta esecuzione dell'opera professionale, per colpa lieve;
- b) – quella derivante da vizi del cd. "consenso informato".

RESPONSABILITA' PER COLPA LIEVE

Si intende soltanto chiarire la portata, ai fini civilistici, dell'art. 3 della cd. "Legge Balduzzi" (Legge 08.11.2012, n. 189), la quale ha depenalizzato la condotta di "colpa lieve" del medico, prevedendo che:

"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.

In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile.

Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

Ciò rileva per tutti i reati e, quindi, non soltanto lesioni colpose, ma anche omicidio colposo.

Di recente, infatti, la Cassazione Penale ha assolto un medico condannato, nei precedenti gradi di giudizio, per omicidio colposo, proprio ai sensi della nuova normativa (Cass. Pen., Sez. IV, sentenza 9 aprile 2013, n.16237, secondo cui **"la regola d'imputazione soggettiva è ora quella della (sola) colpa grave; mentre la colpa lieve è penalmente irrilevante."**, peraltro precisando che **"Tale disciplina, naturalmente, trova il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, e non anche in caso di negligenza o di imprudenza.**

Sul versante civilistico, invece, la colpa lieve continua a costituire fonte di responsabilità risarcitoria, ma con due precisazioni:

1) – la sussistenza di colpa lieve, e non di colpa grave, comporta l'obbligo del Giudice di diminuire l'entità del risarcimento altrimenti dovuto. Va precisato che, ai fini della sussistenza della colpa lieve, il medico deve dimostrare (l'onere della prova grava sul medesimo) di essersi attenuto alle Linee guida ed alla buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (e non a quelle della struttura).

2) – la responsabilità del medico che opera in una Struttura è extra-contrattuale (cfr. rinvio all'art. 2043 c.c.). Da ciò deriva che il danneggiato (e quindi il suo Avvocato), sarà portato ad agire nei confronti della struttura sanitaria, e non già nei confronti del

medico, essendo più agevole la strada del risarcimento. Infatti, oltre alla maggiore prescrizione (10 anni contrattuale, 5 anni extracontrattuale), il danneggiato potrà limitarsi a dedurre l'esistenza del danno e dell'inesatta esecuzione della prestazione sanitaria, gravando invece sulla struttura sanitaria l'onere di fornire la prova liberatoria. Citando il medico, invece, il danneggiato dovrebbe dimostrare specificamente i profili di inesatta esecuzione dell'intervento, pena il rigetto della domanda per difetto di prova.

*

CONSENSO INFORMATO

La corretta prospettazione del cd. "consenso informato", passa attraverso una preliminare precisazione terminologica.

Deve parlarsi, infatti, di "consenso consapevole, previa completa informazione".

Dunque, ci sono due momenti logici distinti:

1) - informazione completa ed esauriente, da parte del medico, rispetto a diagnosi, prognosi, alternative di cura e prevedibili conseguenze dell'atto medico ("prevedibili", quindi tutte le conseguenze possibili, non soltanto quelle "probabili", con esclusione, quindi, delle sole circostanze "eccezionali e straordinarie", che costituiscono "caso fortuito");

2) - prestazione del consenso, da parte del paziente, rispetto alle informazioni ricevute, e soltanto rispetto a queste.

Sulla base di tali premesse, il consenso consapevolmente prestato dal paziente, rappresenta il presupposto di liceità del successivo intervento medico.

Trattasi di aspetti inseparabili dell'unico rapporto obbligatorio vigente tra le parti: in altri termini, la previa completa informazione, legittima il successivo intervento medico.

Da quanto sopra, la Cassazione (da ultimo, Cass. Civ., Sez. III, sent. 16.05.2013, n.11950) ha fatto derivare le seguenti conseguenze:

*"La violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare **due diversi tipi di danni**:*

*- un **danno alla salute**, sussistente quando sia ragionevole ritenere che **il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subire le conseguenze invalidanti**:*

*- **nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in se stesso**, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), **diverso dalla lesione del diritto alla salute**."*

Pertanto, la corretta esecuzione dell'intervento medico, non esclude la liceità dell'intervento stesso, qualora il paziente dimostri:

1) - la incompletezza delle informazioni ricevute dal medico;

2) - un conseguente pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, differente dal danno alla salute.

La Cassazione (sentenza 27.11.2012, n.20984) ha recentemente chiarito che

- non può esservi un consenso tacito per *facta concludentia*;

- la qualità personale del soggetto da informare (nella specie, medico) non fa venire meno l'obbligo di informazione;

- l'onere della prova con riguardo all'avvenuta illustrazione delle possibili conseguenze dannose della terapia spetta al medico, una volta dedotto dal paziente il relativo inadempimento.

Pertanto, tranne in ipotesi particolari (volontà di non essere informati, stato di necessità per la vita del paziente, consenso implicito per cure di routine o farmaci d'uso comune, trattamenti sanitari obbligatori), è opportuno fornire **sempre informazioni complete per iscritto**, opportunamente indicando che le predette informazioni sono state fornite al paziente (da solo), **alla presenza di collaboratori indicati nominativamente nel testo dell'informativa**, onde poter usufruire di prova testimoniale in merito agli approfondimenti degli aspetti non indicati nell'informativa.

Roma, 13 maggio 2014.

Avv. Carlo Cermignani