

Mediazione e responsabilità medica: spunti per lo sviluppo di un modello conforme su base nazionale

Prof. avv. Ilaria Pagni
Facoltà di Giurisprudenza di Firenze
Como, 29-30 aprile 2011

Quali ambiti per la mediazione in materia di responsabilità “medica”?

- 1) prima dell’inizio del processo, quando il tentativo è condizione di procedibilità della domanda (non quando l’azione civile è esercitata nel processo penale)**
- 2) nel corso del processo, demandata dal Giudice (art. 5, 2° co., D.Lgs. 28/2010)**
- 3) in sede di consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite (art. 696 bis c.p.c.)**
- 4) nel corso del processo, in seno al tentativo giudiziale (art. 185 c.p.c.)**

Quale organismo?

nell'alternativa tra:

1) organismo costituito dall'Ordine degli Avvocati, con cui l'Ordine dei Medici si convenzioni

- la collaborazione ipotizzata dal legislatore delegato e dal D.M. 180/2010 è nel senso, quantomeno, della messa a disposizione di un elenco di co-mediatori

- può essere anche “per singoli affari di mediazione” (designazione *ad hoc* e principio di imparzialità?)

... segue ...

2) organismo costituito presso la Camera di Commercio, con la quale l'Ordine dei Medici si convenzioni

Pro e contro:

- **ampia diffusione degli organismi sul territorio**
- **possibilità di una “fusione” tra organismi pubblici**
- **assenza, ad oggi, di specializzazione dei mediatori in materia, e mancanza, nell'attuale regolamento Unioncamere, di norme *ad hoc* (peraltro assenti, allo stato anche nei regolamenti degli organismi costituiti dagli Ordini degli avvocati)**
- **la collocazione “presso i locali del Tribunale” dell'organismo costituito dall'Ordine degli avvocati ne fa il destinatario privilegiato delle mediazioni demandate dal Giudice (art. 5, 2° comma, D.Lgs. 28/2010)**

... segue ...

3) organismo costituito direttamente dall'Ordine dei Medici chirurgi e Odontoiatri, in base a quanto consente l'art. 19 D.Lgs. 28/2010

E' opportuno?

Quali i rischi? v. art. 10, comma 2, D.M. 180/2010

... segue ...

4) organismo costituito dalla Regione, o direttamente dalla ASL che richieda l'accreditamento (e lo ottenga, in assenza di norma analoga all'art. 832 c.p.c.)

è superabile l'eccezione di parzialità, visto il rapporto che lega la Regione alle strutture sanitarie?

è sufficiente l'imparzialità del mediatore?

La clausola di conciliazione

la necessità – nell'interesse del destinatario della domanda di mediazione – di incanalare, attraverso la clausola di conciliazione, le domande di mediazione presso organismi che presentino criteri di collegamento non solo con chi attiva il tentativo di conciliazione, ma anche coi destinatari della richiesta

la clausola è vessatoria? in quale momento potrebbe essere sottoscritta?

Il problema della responsabilità erariale

- Manca una previsione analoga a quella dell'art. 66, d.lg. 165/2001, oggi abrogato dalla L. 4 novembre 2010, n. 183, ma riprodotto nel novellato art. 410 c.p.c.

Nelle controversie di lavoro privato e pubblico “la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave”

... segue

- *“non è sindacabile, da parte della Corte dei conti, la scelta discrezionale dell’amministrazione di addivenire ad una composizione stragiudiziale della controversia, a patto però che la stessa non sia assolutamente irragionevole ed irrazionale” (C. Conti, sez. giur. reg. Marche, 7 aprile 2008, n. 188)*

... segue

- *la transazione eccezionale o irragionevole “è idonea, in caso di danno indiretto (che si ha quando l’amministrazione venga chiamata a rispondere del danno cagionato all’amministrazione di appartenenza che, in forza di atto transattivo o di sentenza, abbia risarcito un terzo per un evento lesivo riconducibile alla condotta illecita del dipendente) ad interrompere il nesso di causalità tra il pregiudizio e il comportamento illecito che ha determinato il presunto danno al terzo” (C. conti, sez. I giur. centr. app., 12 giugno 2006, n. 133/A)*

Opportunità della previsione, da parte dell'organismo, di:

- **requisiti specifici di formazione del/i mediatore/i chiamato a condurre il tentativo**
- **norme *ad hoc* nel regolamento**

per un esempio, v. l'art. 9 della *“Proposta di Regolamento Unitario per gli Organismi di mediazione costituiti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati”*, predisposto dalla Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione istituita presso il Consiglio Nazionale Forense

Le caratteristiche del/i mediatore/i

- **Il ruolo del sapere giuridico (il giurisperito come mediatore)**
- **Il ruolo del sapere scientifico: co-mediatore o perito?**
L'esperienza della consulenza tecnica preventiva, e la difficoltà di adattare al procedimento di mediazione le norme sulla consulenza tecnica che operano nel processo
- **il tipo di sapere scientifico: medico, o medico legale?**

Qual e formazione?

V. ord. Tar Lazio di rimessione alla Corte Costituzionale

E allora, opportunità di prevedere:

- che già il cd. corso base, di 50 ore, contenga un focus sulla materia medica e sulla perizia ex art. 696 bis c.p.c., oltre ad approfondimenti sui temi peculiari a questo settore (ad esempio, artt. 8, 9 e 10 D.Lgs. 28/2010)

- che i role playing siano incentrati su casi di responsabilità medica

epoi

Segue ...

- che al corso base sia annesso un numero di ore aggiuntive, rimesse a formatori medici e giuristi (non necessariamente accreditati) che insegnino i temi classici del settore (consenso informato, rischio clinico, audit, cartella clinica ecc.)

Opportunità di una formazione congiunta?

Mediazione e contumacia

E' possibile che il procedimento di mediazione si svolga in contumacia, con formulazione di una proposta da parte del mediatore?

v. art. 11, 4° co., D.Lgs. 28/2010, art. 7, 2° co., lett. b) D.M. 180/2010, art. 9 della proposta di Regolamento Unitario CNF

Le conseguenze della mancata
partecipazione
al procedimento di mediazione

- **argomenti di prova, ex art. 8, 5° co. D.Lgs. 28/2010**
- **condanna alle spese, in caso di proposta in contumacia**

**da valutare non solo nell'interesse del paziente,
ma anche del medico**

v. l'art. 1917 cc

... segue...

visto dalla parte del medico:

è opportuno un regolamento che, in caso di mancata adesione al tentativo di conciliazione, prevede, a fini di contenimento dei costi, che la Segreteria si limiti a rilasciare una dichiarazione di conclusione del procedimento? (v. anche la circolare del Ministero del 4 aprile 2011)

Conseguenze della natura “multiparte” della lite

- **dalla prospettiva del procedimento di mediazione**
- **dalla prospettiva del processo**

La presenza personale delle parti

- La necessità o meno della presenza personale delle parti
- in particolare, la presenza del medico: partecipare è ammettere la responsabilità?

L'assistenza alle parti in mediazione

L'opportunità di prevedere l'invito alle parti a che si presentino in mediazione debitamente assistite (dal medico, dal giurisperito, o da entrambi?)

Co-mediatore o perito?

Come scegliere tra co-mediatore e “perito” individuato in base agli albi degli esperti presso i Tribunali (v. art. 5, 10° co., della *Proposta di Regolamento unitario*)

Il tipo di tecnica di mediazione praticata,
nella scelta tra:

- **un approccio di tipo “trasformativo”**
- **un approccio di tipo completamente diverso**
- **un approccio “misto”, che tenga conto della natura multipartite della lite**

Riservatezza “interna” ed “esterna”

Come ricordare le regole sulla riservatezza (artt. 9 e 10 D. Lgs. 28/2010) e la messa a disposizione di eventuali perizie di parte, della perizia d'ufficio e della cartella clinica del paziente?

Esito positivo del tentativo e contenuti dell'accordo

L'accordo, nell'art. 11 D.Lgs. 28/2010 e nell'art. 696-bis c.p.c.

- *an e quantum?*

- chi si deve preoccupare della "tenuta" del verbale?