

Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio Arturo Carlo Jemolo

CONVEGNO

RESPONSABILITÀ MEDICA:

RIFLESSIONI SULLA LEGGE 8 MARZO 2017 n. 24

Lunedì 26 giugno 2017

Sede Regionale di Frosinone

PAOLO SORDI

Presidente del Tribunale di Frosinone

Buongiorno a tutti e grazie di essere intervenuti in questa occasione che a me sembra particolarmente significativa. Si tratta di una prima occasione di riflessione su un intervento legislativo di grandissima rilevanza a mio avviso sia per l'importanza del tema ovviamente, ma anche e forse soprattutto per l'impianto della legge, cioè per il tipo di intervento del legislatore. Si tratta di un intervento che si riferisce un po' a tutti gli aspetti o quasi coinvolti dal tema della responsabilità medica perché la legge 24 del 2017 detta disposizioni di diritto pubblico, di diritto penale, di diritto civile e di diritto processuale civile, quindi è un intervento davvero a mio avviso anche dotato di una certa organicità, quindi una volta tanto forse non ci dovremmo lamentare della, diciamo così, bassa qualità dell'intervento del legislatore o almeno questa è la mia idea a prima lettura di questa legge.

Tralasciando la parte più specificatamente pubblicistica, che ci interessa più limitatamente diciamo in questa occasione, il legislatore è intervenuto a ridefinire i caratteri della responsabilità penale del medico, dell'esercente la professione sanitaria, quindi introducendo una nuova norma all'interno del codice penale, l'articolo 590-sexies, e abrogando la corrispondente previsione che era stata introdotta invece dal decreto legge 158 del 2012.

Poi è intervenuto in maniera ancora più significativa nell'ambito della disciplina di diritto civile perché ha qualificato espressamente il tipo di responsabilità sia della struttura sanitaria, sia

dell'esercente la professione sanitaria, qualificando la prima in termini come sappiamo di responsabilità contrattuale e la seconda in termini di responsabilità extracontrattuale, ponendo sicuramente un punto fermo direi. Poi ovviamente spetta all'interprete porsi nei confronti di queste norme come nei confronti di qualsiasi norma in un atteggiamento di buona fede, come dico io, cioè non per cercare di smontare la legge o di valorizzare elementi o segmenti che pure possono prestarsi a questo scopo per cercare di far dire alla legge una cosa diversa rispetto a quello che la legge evidentemente ha voluto dire e cioè che la responsabilità del medico è una responsabilità di tipo extracontrattuale. Speriamo che qualcuno non si offenda per questo intervento del legislatore e cominci a tirar fuori tutta una serie di argomentazioni per poi arrivare a conclusioni pratiche diverse, comunque è un dato di fatto che il legislatore ha detto chiaramente che si tratta di una responsabilità extracontrattuale quindi mandando, per così dire, al macero non intere biblioteche ma interi repertori di giurisprudenza ovviamente.

Ma da un punto di vista civilistico non è intervenuto solamente su questo aspetto, cioè sulla qualificazione, ma anche sull'aspetto della quantificazione del danno che se vogliamo forse presenta aspetti ancora più interessanti per qualcuno che voglia approfondire anche a livello teorico queste questioni perché, oltre al riferimento agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 205 del 2009, contiene una norma che a mio avviso è parecchio interessante e cioè quella che sembra attribuire una rilevanza al comportamento del medico nella quantificazione del danno. Qua ci sono illustri studiosi di diritto civile che forse ci potranno dire qualcosa perché forse si tratta di una novità il fatto che il grado, diciamo così, della colpa del danneggiante sia un elemento che incide sulla quantificazione del danno.

E poi c'è la disciplina processuale, disciplina sulla quale per quanto mi riguarda, sempre a prima lettura, il giudizio non è così positivo come lo è con riferimento alle altre norme di cui ho parlato fino a adesso e non tanto per la previsione della possibilità di un'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice, né per la previsione di un litisconsorzio necessario tra la struttura sanitaria e l'assicurazione o l'esercente della professione medica e la sua assicurazione, quanto piuttosto per la introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione congegnato in maniera abbastanza farraginosa e abbastanza complicata. Già solamente il fatto che si prevede che questo tentativo obbligatorio di conciliazione tramite un accertamento tecnico preventivo debba esaurirsi entro sei mesi, chiunque abbia una minima pratica di queste procedure sa che non sia particolarmente facile esaurire una procedura giudiziale, e quindi con tutte le garanzie, il termine a difesa tanto per dirne una, in una materia in cui spesso gli accertamenti in fatto non sono così semplici, entro sei mesi. Ecco, quello secondo me è il punto secondo me forse debole di questa disciplina.

Ora, a parlare di questa legge sono stati invitati, come avete visto, relatori autorevoli e espressioni di diverse professionalità e quindi questo secondo me aggiunge un pregio particolare a questa occasione. Ora, prima di iniziare quindi con i nostri relatori, lascio la parola però al Commissario Straordinario dell'Istituto Jemolo il Prof. Sterpa per un indirizzo di saluto.

ALESSANDRO STERPA

Commissario straordinario dell'Istituto Arturo Carlo Jemolo

Grazie, grazie Presidente, grazie a voi che siete qui a questo incontro. Il ringraziamento al Presidente Sordi è duplice per la sua presenza oggi, ma soprattutto perché questo incontro nasce da un confronto, da una chiacchierata dalla quale è emersa l'esigenza di creare un'occasione per approfondire non solo una legge recente ma anche una normativa che in qualche modo in maniera plurale tocca tantissimi dei settori nei quali l'Istituto stesso è impegnato in questi anni. Vedo molta continuità tra l'incontro di oggi e le attività che noi a Roma abbiamo fatto con il Presidente Bresciano anche attraverso l'Osservatorio sui conflitti e sulla mediazione che ogni anno ci porta a pubblicare un volume in cui raccogliamo, anche all'interno della compagine regionale dei vari distretti, dati, elementi, riflessioni sui temi della mediazione, i sistemi ADR e in particolare anche della Camera di Conciliazione Regionale. La seconda parte del Convegno è infatti dedicata a questo specifico tema, ossia un organismo, nato con una legge regionale sul modello che ha come unico precedente la Regione Veneto, che tenta, inserendo una clausola di negoziazione assistita nei contratti di pubblico servizio, di incrementare la cultura della mediazione e della conciliazione anche nel settore dei servizi pubblici, in particolare della sanità. Io chiudo con altri tre ringraziamenti veloci. Il primo ovviamente ai collaboratori e ai dipendenti dell'Istituto che hanno permesso l'organizzazione di questa giornata, in particolare poi all'Avv. Maria Francesca Russo che ha coordinato molta della attività e poi il ringraziamento non certo da ultimo all'Ordine degli Avvocati di Frosinone, c'è qui il Presidente Iadanza che saluto, che ha riconosciuto 4 crediti per questa iniziativa e con il quale speriamo nei prossimi mesi di svolgere ulteriori attività anche in questa sede, ma anche nella nostra piccola sede che si trova a Viale Giuseppe Mazzini dove nell'aula intitolata al compianto giudice Vari noi svolgiamo anche attività di incontri, di formazione e di mediazione. Grazie davvero Presidente, le ridò la parola e ringrazio tutti voi. Buona giornata.

SORDI

Allora, come avete visto, i lavori della giornata sono articolati in due parti. Prima della pausa sono chiamati ad intervenire, proprio a conferma di quello che vi dicevo cioè del coinvolgimento in questo convegno delle varie professionalità che possono essere coinvolte dalla nostra materia, il Prof. Gaetano Edoardo Napoli, che è Prof. Associato di Diritto privato oltre che Avvocato, il Dott. Antonio Masone che è uno dei più autorevoli giudici del Tribunale di Frosinone, l'Avv. Andrea

Melucco e il Dott. Armando Novi, quindi abbiamo l'accademia, la magistratura, il foro e l'arte medica.

Ora per dare un po' un ordine ai nostri lavori io inviterei i relatori a contenere i loro interventi sui 20-25 minuti in maniera tale che verso mezzogiorno possiamo quindi fare la pausa. Allora do subito la parola al Prof. Napoli che ci parlerà della nuova responsabilità medica e sanitaria nel diritto civile. Prego.

GAETANO LEONARDO NAPOLI

Prof. Associato di Diritto privato e Avv. Del Foro di Catania

“La nuova responsabilità medica e sanitaria nel diritto civile”

Grazie. Grazie Presidente, un ringraziamento va da parte mia sentito all'Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio Arturo Carlo Jemolo, quindi grazie al Prof. Alessandro Sterpa.

I ringraziamenti si attenuano un po' quando penso al tema che mi accingo ad affrontare in quanto è uno dei temi più spinosi certamente in materia di responsabilità civile, tema che è necessario affrontare con un occhio al passato perché il passato ci spiega forse meglio quello che è il presente, quello che potrà essere il presente. Il Presidente parlava di punto fermo, io mi auguro che davvero si arrivi, si sia arrivati ad un punto fermo.

E il passato ci spiega anche in quale misura il contesto sociale di riferimento, il contesto di riferimento relativo al progresso della scienza medica, come questo contesto di riferimento abbia influito sullo stesso inquadramento di questa responsabilità. È un settore talmente spinoso, talmente autonomo e specialistico che si parla della responsabilità medica come un sottosistema della responsabilità civile. La questione, l'inquadramento su cui più mi soffermerò proprio perché è quello su cui si è avuto un maggiore dibattito è quello riguardante il rapporto che sussiste tra un soggetto che fa una richiesta di cure a una struttura sanitaria pubblica e il riscontro che questa struttura sanitaria dà incaricando un medico. Sotto il profilo privatistico tendenzialmente a me sembra che forse qualche punto fermo in più ci sia quando si parla di medico privato incaricato da un soggetto privato oppure di un medico che lavora presso una struttura privata, il dibattito maggiore si è avuto con riguardo al rapporto tra il paziente e il medico che lavora presso una struttura sanitaria pubblica.

Si è vissuto fino alla prima metà del secolo scorso un retaggio di quello che avveniva nell'Ottocento in cui, quando già la scienza medica cominciò a rendersi autonoma rispetto alle altre scienze, il

paziente non poteva sicuramente affidarsi a una struttura sanitaria di cure sperando davvero di avere un diritto a essere curato, tanto che per alcuni la posizione del paziente di fronte al medico era una posizione di un soggetto che si vedeva di fronte un potere autoritativo, così questo retaggio ce lo siamo portati fino alla prima metà del Novecento. Potere autoritativo che degradava la posizione del paziente sicuramente non a un diritto soggettivo bensì a qualcosa che è assimilabile al limite ad interesse legittimo. Nel XIX secolo infatti il paziente si rivolgeva a una medicina spersonalizzante, aveva al limite il diritto a essere preso in cura, non certo quello di ritenere di avere il diritto a essere curato e questo è strettamente legato a quello che era il progresso della scienza medica in quel periodo perché appunto abbiamo detto che solo nella metà del XIX secolo la scienza medica comincia a rendersi autonoma e nella metà del XIX secolo a un certo punto cominciano alcuni cambiamenti.

Il primo cambiamento che mette al centro, che finalmente mette al centro la persona del paziente è un cambiamento che è avvenuto dentro la scienza medica: l'introduzione pensate dell'anestesia. Prima il paziente doveva soffrire, si affacciava alle cure con la sicurezza di soffrire, a un certo punto si introduce l'anestesia, l'anestesia pone l'accento verso la persona, verso la persona del paziente e via via questo comincia a scardinare quell'assetto per cui il paziente si poneva di fronte al potere autoritativo del medico. Poi via via si cominciano ad affermare all'inizio del Novecento le specializzazioni della medicina, si afferma la radiologia dapprima come attività diagnostica, poi addirittura come attività terapeutica e poi tutte le varie specializzazioni, la teoria microbiologica per la cura delle malattie infettive, furono scoperti gli antibiotici, furono scoperte le biotecnologie per la medicina. Il progresso scientifico comincia ad approdare nel Novecento a risultati che prima erano inimmaginabili e cambia il rapporto col paziente. Il paziente, la persona del paziente prende via via una posizione migliore rispetto a quella che aveva nel passato ed è in questo momento che si può parlare di tutela dell'integrità fisica e nella metà del secolo scorso con la Costituzione repubblicana viene sancito nell'articolo 32 della Costituzione "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività".

Certo, il retaggio del passato influisce sulla prima visione di quest'articolo 32 della Costituzione tanto che questa norma inizialmente, se andate a vedere i primi commentatori, era sicuramente considerata una norma di carattere programmatico legata al retaggio di quella posizione di supremazia del medico rispetto al paziente, posizione che però abbiamo detto via via si andava ad attenuare.

Ma il diritto alla salute piano piano si affermerà. Come si afferma? Si afferma anche stavolta con il crescere del progresso scientifico, del progresso nella scienza medica tanto che la salute via via non

viene più vista come una mera assenza di patologie, come una mera integrità fisica, bensì come benessere, anzi come un qualcosa che si può ottenere a volte addirittura disponendo della stessa integrità fisica. E come? Per esempio pensiamo alle leggi degli anni '70, la legge sull'aborto, l'interruzione volontaria della gravidanza, che mira o comunque intende mirare a un benessere. La stessa legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale prende come punto di riferimento il benessere psicofisico del paziente, la legge sull'assistenza psichiatrica 180 del 1978 e la legge sul mutamento di sesso 1982 n. 164. La persona del paziente viene vista come una persona da tutelare sotto non un mero profilo di integrità psico-fisica ma sotto il profilo della tutela del suo benessere, del suo benessere anche psicologico anche disponendo dell'integrità fisica e questo apre la strada a una nuova visione, a una nuova interpretazione di quell'articolo 32 della Costituzione che si lega ovviamente anche al progresso della scienza medica nell'ambito della chirurgia plastica, viene tutelata la persona che vuole quel benessere e per avere quel benessere vuole curarsi o comunque vuole eliminare anche delle piccole, anche le più lievi imperfezioni corporali.

Così alla fine degli anni '70 quando si afferma questo nuovo contesto l'articolo 32 della Costituzione viene ormai considerato da tutti una norma precettiva, un diritto alla salute non suscettibile di affievolimento neanche dinanzi all'attività del medico che lavora presso la struttura sanitaria. Questo riconoscimento della persona del paziente e del diritto alla salute comporta un problema: come lo riconosciamo in termini di responsabilità civile? Il retaggio del passato impediva che si potesse valutare, sindacare l'attività del medico sotto il profilo contrattuale. Il medico nell'adempimento della propria prestazione libero professionale è un soggetto che deve essere libero, questa era la prima interpretazione della responsabilità del medico. E allora da chi si partiva? Si partiva dalla persona del paziente, così alla fine degli anni '70 quando cominciarono ad aversi affermazioni sempre più nette di questo diritto alla salute, partendo dalla persona del paziente si ebbe il riconoscimento sempre più forte e marcato del diritto al risarcimento del danno, ma partendo dalla persona del paziente, paziente che in quanto danneggiato nella sua persona doveva ricevere un risarcimento. E, siccome il medico nella sua attività libero professionale non poteva essere sindacato, non si riteneva di poter interferire sul contratto, sull'obbligazione del medico sull'adempimento di una prestazione, ma sul fuoriuscire del medico quasi dall'adempimento della prestazione che danneggiava il paziente come se fosse un qualsiasi altro soggetto come avviene ad esempio in un sinistro stradale e quindi partendo dalla persona del paziente ecco che la norma di riferimento per la responsabilità civile era l'articolo 2043, il risarcimento del danno in via extracontrattuale.

Questo comportò la necessità anche di adattare a questa norma le norme che erano nate per limitare la responsabilità del medico, si pensi poi all'applicazione generale che ha avuto l'articolo 2236, ma questo comportò anche qualcos'altro: comportò una certa discordanza tra due responsabilità. Una, quella del medico che partendo dalla persona del paziente si faceva risalire a una responsabilità extracontrattuale e l'altra quella della struttura sanitaria che invece considerato il rapporto diretto col paziente si configurava come responsabilità nascente da un contratto, da un rapporto di ospitalità che si inquadra invece nettamente all'interno dell'area della responsabilità contrattuale. La discordanza era chiara perché si rischiava che per la stessa fattispecie, stessa grande fattispecie complessa rapporto paziente-struttura sanitaria-medico si applicassero delle discipline del tutto diverse, quella della responsabilità contrattuale da un lato e quella della responsabilità extracontrattuale dall'altro nei confronti del medico ed ecco che a questo la giurisprudenza via via negli anni ha cercato di porre rimedio cercando di valorizzare anche in termini di responsabilità la responsabilità del medico come una responsabilità contrattuale. Quindi da che il retaggio del passato impediva che si potesse sindacare l'adempimento del medico come libero professionista e quindi considerare contrattuale la sua responsabilità, a che, onde evitare anche disarmonia perché la struttura sanitaria era comunque chiamata a rispondere in via contrattuale, la giurisprudenza comincia a affermare che non si può partire dal danno per la responsabilità anche diretta dello stesso medico in quanto non è un quisque de populo il medico, non è un soggetto qualsiasi che causa un danno e non è col danno che nasce il rapporto con il medico, è un rapporto che nasce prima. Anzi proprio l'evolversi della medicina, della scienza medica comporta che la medicina non è più da considerare come una medicina che vuole evitare dei danni e quindi che può causare dei danni, ma come una medicina alla quale si possono chiedere dei miglioramenti - abbiamo detto l'evoluzione anche della medicina estetica, della chirurgia estetica - e se si chiede un miglioramento e non lo si ottiene certo non si può dire che il medico è responsabile per un danno perché il paziente è rimasto com'era in precedenza.

Per valorizzare questo nuovo contesto, per armonizzare anche le fattispecie di disciplina la giurisprudenza approda a una responsabilità contrattuale anche nei confronti del medico attraversando varie fasi, riprendendo dottrine anche straniere presentate da famosi autori, in stretto legame con questo progresso scientifico. Progresso scientifico che pone sempre un grande dilemma: maggiore è il progresso scientifico, maggiore è ovviamente ciò che ci si aspetta dal medico e sempre meno vengono accettati i risultati non sperati, i risultati infausti dalla medicina proprio perché il progresso ci fa attendere sempre di più. E il bilanciamento che si è dovuto fare nel campo di responsabilità medica è un bilanciamento che è strettamente legato a questo problema. Il medico che viene considerato responsabile in via contrattuale certamente è un medico che ha addosso

l'onere di provare che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile e questo si è avuto in maniera generalizzata con l'orientamento che ha uniformato la responsabilità del medico e della struttura sanitaria sotto l'alveo della responsabilità contrattuale. Qualche tribunale ha cercato di porre un freno a una esagerata generica responsabilità del medico e io sono qua, devo citare il Tribunale di Frosinone che ad esempio con sentenza del 16 marzo 2011 ha respinto un ricorso sul presupposto che gli attori non avessero assolto al proprio onere di allegazione non avendo individuato una condotta alternativa lecita che se tenuta dal medico avrebbe avuto serie possibilità di scongiurare l'evento dannoso. È uno di quei tribunali, di quei pochi esempi che danno un peso all'onere probatorio in capo anche al paziente, non addossano totalmente al medico una responsabilità generica sempre e comunque quando non riesce il medico a esonerarsi da questa responsabilità e il paziente comunque ecco che in alcuni casi per alcuni tribunali doveva allegare qualcosa in più, provare qualcosa in più, non allegare, provare qualcosa in più.

In questo ambito quindi il dilemma è un dilemma in termini anche di libertà del medico di agire. Il progresso scientifico permette grandi cose, ma il medico si vede una responsabilità contrattuale gravare sulle proprie spalle che lo porta a difendersi, a difendersi ancor prima di agire a volte, a chiudersi a volte in una medicina di tipo difensivo perché quell'onere, quel grande onere probatorio che la giurisprudenza e in primis la Corte di Cassazione gli ha messo addosso lo ha portato a una situazione quasi di privazione della piena libertà insita nella sua opera professionale.

Ed è a questo che ha cercato di porre rimedio, inizialmente proprio per dare maggiore tutela alla libertà del medico, libero professionista del resto, il decreto Balduzzi che aveva previsto che il medico che nello svolgimento della propria attività professionale si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve ma resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043, si prevede tra l'altro che il giudice nella determinazione del risarcimento tenga anche conto della condotta di osservanza delle linee guida e delle buone pratiche. In pratica in realtà con questo decreto si voleva ridare libertà al medico ma la Corte di Cassazione, anche i tribunali, qualcuno in realtà seguì una strada piuttosto diversa, ma la Corte di Cassazione tendenzialmente è apparsa poco incline a dare a questa norma il vero significato che comunque il legislatore aveva inteso darle e la formulazione certo di questa norma "resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043" non aveva aiutato.

Ed è proprio per questa ragione che c'è stata la necessità di un intervento successivo. Certo che comunque una norma di questo genere fa comprendere come il legislatore volesse dare maggiore libertà al medico, volesse tornare a uno schema di rapporto tra paziente e medico sotto un profilo di responsabilità contrattuale e, onde non escludere del tutto la responsabilità del medico che ormai

comunque era affermata dalla giurisprudenza, relegare questa nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. La giurisprudenza possiamo dire poi non ha seguito questa spinta del legislatore a inquadrare la responsabilità del medico nell'ambito della responsabilità extracontrattuale tanto che si legge tranquillamente nelle sentenze l'affermazione per cui nonostante l'intervento del decreto Balduzzi la responsabilità del medico è rimasta di tipo contrattuale.

E allora è servito un altro intervento, intervento che si è avuto con la legge 8 marzo 2017 n. 24. L'articolo 7 di questa norma prevede che la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che nell'adempimento della propria obbligazione si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura stessa, risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228. Quindi intanto si dice una cosa chiara, la struttura sanitaria risponde in via contrattuale e si richiama l'articolo 1228 cioè la responsabilità per il fatto degli ausiliari, risponde delle loro condotte dolose o colpose, quindi la struttura sanitaria risponde della condotta dolosa o colposa dell'esercente la professione sanitaria e questa regola è prevista anche nei casi di prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria o nell'ambito delle attività di sperimentazione. È una conferma in fondo di quello che aveva detto il decreto Balduzzi, però diciamo è esplicitata sicuramente meglio, viene considerato come ausiliario della struttura sanitaria tra l'altro anche il professionista scelto dal paziente, su questo qualche dubbio forse si potrebbe sollevare ma non è qui la sede per parlarne.

Sempre nell'articolo 7 si precisa che cosa? E qui io vorrei tanto che sia veramente messo un punto fermo ma in realtà anche qui forse la formulazione potrebbe lasciare aperta qualche perplessità. L'esercente la professione sanitaria, dice l'articolo 7, risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043. Non è una norma che vuole inserire nella fattispecie dell'articolo 2043 l'attività del medico, è una norma che detta una disciplina, non ci detta una fattispecie, ci detta una disciplina, detta che il medico esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ex articolo 2043 a meno che non abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Anche in questo caso è prevalsa ovviamente la necessità di non dare un colpo di spugna a tutta l'evoluzione giurisprudenziale che comunque faceva rispondere il medico, ma anche in questo caso forse nelle interpretazioni di chi volesse ancora limitare la portata di queste innovazioni normative si potrebbe dire guardate che questa appunto è una norma di disciplina, non è una norma di fattispecie quindi al limite si richiama solo l'articolo 2043, al limite se si vuole far rispondere il medico deve essere il paziente che deve essere gravato dell'onere della prova perché rispondere ex articolo 2043 significa che è il paziente che dovrà provare il dolo o la colpa del medico e il danno ingiusto e il nesso di causalità, ma non si richiama esplicitamente tutta la

disciplina ad esempio della responsabilità extracontrattuale quindi si potrebbero anche avere casi in cui si ritenga non applicabile l'articolo 2947 che limita a cinque anni la prescrizione per l'illecito extracontrattuale o casi in cui non si ritenga applicabile l'articolo 2056 e quindi l'estensione anche ai danni imprevedibili della responsabilità. Del resto probabilmente verso un medico questo si potrebbe anche capire che il danno non debba essere anche quello imprevedibile o che la responsabilità non sia quella simile a quella che si ha nel caso di un fatto illecito.

Ma che cosa si può dire in conclusione? È chiaro che il legislatore più di questo probabilmente non riusciva a fare, sicuramente ha dato una mossa più decisa verso una libertà dell'agire del medico, ma probabilmente ha agito ancora una volta sul piano del conflitto. Io so che successivamente qualcuno dei relatori parlerà, il Dott. Cardelli parlerà sicuramente della mediazione nell'ambito della responsabilità medica. Il legislatore ha agito sul piano del conflitto cioè ha agito ancora una volta sul piano della responsabilità dell'uno o dell'altro, della posizione dell'uno rispetto all'altro. Forse, come in alcune discipline del resto il legislatore ha fatto, avrebbe potuto agire valorizzando quello che deve essere il rapporto di fiducia tra medico e paziente, rapporto di fiducia che potrebbe essere l'unico a dare davvero un significato alle peculiarità del caso concreto. Io penso ad esempio al caso del medico che, consapevole di una grave malattia che ritiene che ritiene di poter curare sul proprio paziente, non lo informi di questa grave malattia perché sa che questo paziente è irrequieto, che è un paziente cardiopatico. Non lo informa e questa mancata informazione nell'ambito di quel rapporto di fiducia porta a curare meglio quella patologia, il medico di fiducia che non informa della reale malattia e cura anche il proprio paziente. Forse in ottica di fiducia per esempio in un caso di questo genere escluderemmo a priori una responsabilità e del resto abbiamo delle fonti normative che permettono di valorizzare, onde la giurisprudenza intendesse farlo, questo rapporto di fiducia per la valorizzazione del caso concreto. Penso al Codice di deontologia medica che fa riferimento più volte alla fiducia tra medico e persona assistita e al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 sul trattamento dei dati personali che afferma che il rispetto delle disposizioni dei codici deontologici costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento e allo stesso giuramento professionale del medico in cui il medico giura di perseguire con la persona assistita una relazione di cura fondata sulla fiducia. È con questo auspicio che il parametro della fiducia possa in futuro servire a regolare i casi concreti che vi ringrazio.

SORDI

Grazie al Prof. Napoli che, oltre all'indispensabile excursus storico indispensabile per comprendere da dove è nata questa disciplina, ci ha però penso già indicato alcuni elementi di riflessione. Credo che sia fondamentale l'indicazione da lui fornita circa l'articolo 7, terzo comma, quello che riguarda

la responsabilità del medico, come norma sulla disciplina e non sulla fattispecie, da qui dobbiamo partire. Sicuramente i dubbi che ha prospettato circa l'applicabilità di tutta la disciplina propria della responsabilità extracontrattuale possono essere sollevati. Però da questo punto di vista mi permetto sempre di rivolgere solamente alla mia categoria, l'unica alla quale sono abilitato a rivolgere qualche invito, l'invito di porsi davvero in una posizione di buona fede nei confronti del legislatore e che cosa significa che il medico risponde ai sensi dell'articolo 2043 penso che ci siano pochi dubbi su quella che possa essere stata l'intenzione del legislatore cioè quella di applicare tutta la disciplina della responsabilità extracontrattuale a questa fattispecie.

E cedo subito la parola allora al collega Masone che ci parlerà proprio del “Medico e ASL tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale”, invitando anche lui a contenere il suo intervento entro i limiti che ci eravamo detti perché tutti possano quindi intervenire su questi argomenti che ci sembrano veramente molto interessanti.

ANTONIO MASONE

Giudice del Tribunale di Frosinone

“Medico e ASL tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale”

Vi ringrazio, ringrazio chiaramente gli organizzatori e il Presidente. Allora, il tema che mi è stato assegnato è questo del medico e ASL tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale che è un titolo della relazione che si attaglia quanto mai all'attuale situazione normativa perché noi sappiamo, adesso c'è stata dopo la legge Balduzzi la legge Gelli-Bianco ancora più correttamente intesa oramai a qualificare come responsabilità di tipo extracontrattuale quella del medico strutturato qualificandola appunto ex articolo 2043, ma non è stata buttata al macero tutta la giurisprudenza precedente per la semplice ragione che continua a rimanere contrattuale quella del medico con la ASL che anzi è di due tipi. C'è quella diciamo di cure come responsabilità ex articolo 1228 attraverso proprio la cura attraverso i medici dipendenti, ma anche quella proprio organizzativa della struttura anche a tutela dell'integrità fisica e patrimoniale dell'ospedalizzato, quindi abbiamo il contratto di ospedalità e chiaramente questo resta così anche dopo la Gelli-Bianco. Abbiamo la responsabilità contrattuale sicuramente del medico privato, del chirurgo estetico, dell'odontoiatra, tutti quanti i soggetti chiaramente ai quali si paga un corrispettivo quindi resta di tipo contrattuale. Chiaramente la modifica riguardava il medico strutturato che è stato quello che si è cercato di tutelare maggiormente attraverso queste novità e innovazioni giurisprudenziali dando come copertura generale di tipo, diciamo così, filosofico la necessità economica, eccetera, la necessità di evitare il ricorso alla medicina difensiva, la necessità di lasciare il medico sicuramente

più tranquillo e meno esposto all'azione diretta del paziente. Sappiamo che comunque ci sono anche casi di una certa strumentalizzazione, questo ce lo diranno poi anche i medici per i quali a volte in certe situazioni si ricorre alle cure già ipotizzando e sapendo fin dal momento dell'accesso presso la struttura che uno dei possibili sviluppi potrebbe essere proprio quello di, se non si ottiene il risultato in qualche modo auspicabile, ottenere poi qualche risarcimento ulteriore. Quindi sicuramente da questo punto di vista se era questa la ragione dobbiamo essere tutti quanti contenti che si sia cercato di dare una risposta a questa esigenza.

Ora il problema è capire se effettivamente questo intervento, cioè la semplice qualificazione giuridica del rapporto tra il medico e il paziente strutturato come responsabile ex articolo 2043 sia sufficiente al fine che il legislatore si era prefissato e qui chiaramente dobbiamo fare una piccola contrapposizione tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, la disciplina fondamentale. Noi sappiamo, adesso lasciando sullo sfondo la questione prescrizione che è chiaramente quinquennale quella extracontrattuale e decennale quella contrattuale, sembra questo un grande vantaggio ma tutto sommato si tratta soltanto di saperlo, cioè può tutelare il medico in un interregno di cinque anni dopodiché il problema si risolve attraverso il professionista che tutela ed evita che decorra la prescrizione anche più breve.

Ma il problema sono chiaramente gli oneri probatori e l'esistenza che c'era nel 2218 nel codice civile di una presunzione di inadempimento che chiaramente non opera in tema di responsabilità aquiliana. E allora in ambito contrattuale per quanto riguarda gli oneri probatori ci dobbiamo rifare a quella famosa sentenza a Sezioni Unite 13533 del 2001 nella quale la Corte affermava che in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, eccetera, deve soltanto provare la fonte negoziale o legale del suo diritto e il relativo termine di scadenza limitandosi alla mera allegazione e alla circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere del fatto estintivo, eccetera, eccetera. Ad aggravare il quadro della responsabilità del debitore contrattuale soprattutto in materia di responsabilità medica si poneva poi un altro passaggio importante giurisprudenziale sempre a Sezioni Unite ovvero sia il cosiddetto superamento della distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato. L'origine di tale superamento si rinviene nella sentenza di Cassazione 577 del 2008 che non a caso era relativa proprio al medico e in essa si affermava che in tema di responsabilità della struttura e di responsabilità da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento che sia astrattamente idoneo a provocare il danno. E poi si diceva che

essendo superata la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato non c'è nessuna differenza dal punto di vista degli oneri probatori, oramai l'obbligazione si deve ritenere di un'unica natura e quindi gli oneri probatori sono quelli che ho citato prima.

Ma la ciliegina sulla torta veniva infine messa poi da quel filone giurisprudenziale in tema di nesso di causalità, anche questo diciamo si fondava su autorevoli sentenze della Cassazione, in particolare 15993 del 2011, nella quale si diceva che il paziente ha il solo onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi causa o concausa del danno, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza è stato mosso o che, pur essendovi stato un inesatto adempimento, questo non abbia causato il danno che il paziente allegava. Allora non vi è dubbio che il quadro della responsabilità contrattuale del medico fosse particolarmente svantaggioso per il professionista.

Quindi possiamo porci la domanda se questa riforma sia una riforma che effettivamente risolve questa problematica. Innanzitutto da un punto di vista tecnico, cioè lasciando sullo sfondo la questione prescrizione, nella stragrande maggioranza dei casi io direi che sulla base delle medesime acquisizioni probatorie si dovrebbe provvedere alla medesima soluzione in ordine alla responsabilità sia che sia in ambito contrattuale, sia che si trovi in ambito extracontrattuale. E in primo luogo, per quanto riguarda il nesso di causalità, voi ricordate, perché lo dicemmo già a un altro convegno un po' di anni fa ormai ma l'intervento poi si trova anche pubblicato sul sito del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, che io ero uno dei sostenitori della necessità che anche in ambito di azione contrattuale fosse raggiunta la prova del nesso di causalità e facevo l'esempio paradossale, e questo esempio peraltro l'ho ritrovato in un articolo recentemente del Presidente Spera apparso su *Ridare*, un articolo proprio del mese scorso, della causa contumaciale, cioè se il paziente creditore non avesse veramente dovuto fornire la prova del nesso di causalità in ipotesi di causa contumaciale avrebbe potuto vedere accogliere la propria domanda anche ipotizzando nessi di causalità del tutto improbabili, cosa che chiaramente è un paradosso, non è possibile, mi devi comunque provare il perché del danno rispetto all'inadempimento che alleghi. E infatti in realtà l'onere di provare il nesso di causalità deve ritenersi sempre a carico del danneggiato e anche la Suprema Corte, superando i precedenti equilibrismi lessicali, afferma ora espressamente ad esempio nella sentenza 11213 del 2017 che la responsabilità del prestatore di opera intellettuale per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone comunque la prova da parte del cliente del danno e del nesso causale, quindi prima si diceva in tesi idonee, comportamenti in tesi idonee quindi un po' più labile come nesso di causalità, adesso questa sentenza per esempio chiaramente dice devi provare il nesso di causalità.

In tema di responsabilità per omissione, in caso di causalità omissiva si dice che devi dare la prova attraverso il giudizio controfattuale che se fosse stato diversamente effettuato l'intervento o eseguita la prestazione anche in ambito contrattuale comunque il danno si sarebbe evitato.

E da ultimo nella sentenza 11789 del 2016 l'affermazione della responsabilità, dice la Cassazione esige la prova che deve essere fornita dal danneggiato della sussistenza di un valido nesso causale tra l'omissione dei sanitari e il danno. Qua era una fattispecie di ipossia intrapartum dove si diceva appunto tale prova sussiste da un lato quando non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche, e quindi escludiamo cause alternative, e dall'altro appaia più probabile che non che un tempestivo e diverso intervento da parte del medico avrebbe evitato il danno al neonato. Ora è vero che la famosa sentenza 17143 del 2012 insieme ad altre parlava di cause ignote e diceva addirittura che cadeva sul debitore la causa ignota del danno, ma se vi ricorderete comunque sicuramente questa causa ignota deve essere correlata al discorso che dicevo prima dell'affermazione anche in causa contumaciale di un nesso di causalità e dico che questa causa ignota deve essere intesa come la mancanza di una spiegazione ultima della ragione per la quale si sia in concreto verificata una determinata anomalia del trattamento terapeutico, però anomalia che tuttavia l'attore ha l'onere di dimostrare che rientri tra i possibili sviluppi della condotta erronea posta in essere dal convenuto. Cioè che è una causa ignota nel senso che non sappiamo dal punto di vista proprio specificamente tecnico-scientifico qual è stato l'ultimo passaggio, il perché si è verificata un'anomalia, ma sicuramente questa anomalia si è verificata durante un trattamento medico che si assume erroneo e che è stato posto in essere da un soggetto o comunque da una struttura in modo tale che questa causa ignota rientri comunque in un ambito di una causa nota che l'attore ha l'onere di provare. Quindi, come ritenevo allora che dovesse essere raggiunta la prova del nesso di causalità in ambito contrattuale, a più forte ragione ritengo che debba essere fornita oggi in ambito extracontrattuale.

Quanto però ad esempio all'elemento soggettivo, è chiaro che nell'azione ex articolo 2043 l'attore deve provare la colpa o comunque il dolo mentre nell'azione contrattuale doveva semplicemente allegarla perché la prova liberatoria la doveva dare il debitore, però non ci dobbiamo dimenticare che proprio la Suprema Corte nell'affrontare la questione dell'articolo 2697 degli oneri probatori ha spesso fatto riferimento al principio della vicinanza alla prova, riferimento che si trovava già in Cassazione nella sentenza che ho citato prima 13533 del 2001, e ultimamente con la sentenza 1665 del 2016 la Suprema Corte ha ritenuto espressamente che il principio di vicinanza alla prova debba essere considerato il principio generale dell'ordinamento applicabile anche in ambito di illecito, perché spesso si parlava di vicinanza alla prova come corollario degli oneri di adempimento,

eccetera, in ambito contrattuale. In questo caso recente questa Cassazione dice attenzione, questo è un principio generale dell'ordinamento e si applica anche nella responsabilità per fatto illecito.

Inoltre, stiamo sempre parlando di elemento soggettivo, già con la sentenza 4852 del '99 la Corte riconosceva, chiaramente in ipotesi di interventi routinari, l'esistenza del principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia di responsabilità negli ordinamenti anglosassoni e quindi, anche se chiaramente nel '99 si faceva questo riferimento al principio *res ipsa loquitur* in ambito contrattuale, tuttavia, poiché il riferimento alla responsabilità extracontrattuale e ai paesi di diritto anglosassone è contenuto proprio nella motivazione della Corte, quindi voleva dire la Corte attenzione, stiamo facendo un ragionamento che si potrebbe sviluppare anche in ambito extracontrattuale. Peraltro, un inciso, quando si parla di principio *res ipsa loquitur*, nei paesi anglosassoni questo si può applicare soltanto in presenza di determinati requisiti e cioè che il sinistro sia del genere che normalmente non si verifica in assenza della negligenza di qualcuno perché chiaramente se c'è una spiegazione possibile alternativa la cosa non mi parla, non mi dice più niente, per parlarmi deve essere un sinistro che si verifica solo normalmente per la negligenza di qualcuno altrimenti non sarebbe rappresentativo, che sia stato causato da attività o strumenti nell'esclusiva disponibilità e controllo del convenuto e che il danneggiato non vi abbia contribuito. Nei paesi anglosassoni sono questi i tre punti per i quali si possa poi fare riferimento al principio *res ipsa loquitur*.

Ora, parlando sempre di vicinanza alla prova e oneri della prova, un elemento fondamentale di cui non si può non parlare in ambito medico è il riferimento alla cartella clinica perché chiaramente che cosa è successo durante un ricovero, durante un intervento, eccetera, ci dovrebbe essere detto e rappresentato dalla cartella clinica. E noi sappiamo però che, e questa giurisprudenza non ritengo che debba mutare attraverso la modifica normativa, la difettosa tenuta dalla cartella clinica non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente. Infatti, in ossequio del principio di vicinanza alla prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. E ancora una sentenza del 2015, presidente Travaglino, estensore Rossetti, dice che l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido legame causale sempre che tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del nesso eziologico, però sono principi che potrebbero essere tutt'oggi applicabili. E inoltre noi sappiamo che le attestazioni contenute in una cartella clinica in parte sono riferibili a una certificazione amministrativa e in parte a valutazioni. Quelle che attengono a valutazioni, diagnosi e comunque manifestazioni di scienza e di opinione non hanno alcun valore probatorio, mentre quelle che possiamo sussumere nella categoria di attestazioni la Corte afferma che non possono costituire

prova piena a favore di chi le ha redatte in base al principio secondo il quale nessuno può preconstituire prova a favore di se stesso. Chiaramente sarebbe troppo facile preconstituirsi una prova documentale pressoché insuperabile per poi dire è stato fatto bene, è stato fatto correttamente.

E quindi ritengo che in sostanza, nonostante i diversi percorsi logico-giuridici, le conclusioni circa la sussistenza o meno della responsabilità non dovrebbero discostarsi sia che venga ipotizzata una responsabilità contrattuale, sia che venga ipotizzata una responsabilità extracontrattuale, ritengo, ripeto, che il risultato non possa cambiare. Noi sappiamo che le azioni possono coesistere, che c'è comunque solidarietà, ossia non importa che un'azione sia contrattuale o extracontrattuale o che la domanda sia mista, la solidarietà esiste comunque, però ritengo un aspetto sicuramente positivo a favore del medico per alleggerire quella pressione che abbiamo ritenuto eccessiva dal punto di vista proprio personale di sottoposizione comunque a processi snervanti, eccetera, il fatto che mentre prima spesso la Cassazione si poneva il problema di favor per il danneggiato per cui dava un determinato tipo di risposte ipotizzando la necessità di un favor perché bisognava in qualche modo dare tutela che altrimenti non si riusciva a dare, oggi, attraverso la distinzione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale, poiché spetta al danneggiato di scegliere in ipotesi l'azione quando sia una di quelle cagionate da ASL e da medico strutturato, questo principio di favor non ci dovrebbe essere e non dovrebbe essere più così sentito perché spetta appunto al paziente danneggiato la scelta tra agire in via contrattuale contro la ASL o in via extracontrattuale contro il medico. Quindi nel momento in cui tu decidi comunque di agire stragiudizialmente contro il medico è chiaro che stai assumendo degli oneri probatori maggiori, è una scelta per carità liberissima, ma avevi la possibilità di essere tutelato diversamente e forse più velocemente agendo solo in via contrattuale contro la ASL. Sappiamo che la legge Gelli-Bianco ha imposto comunque l'assicurazione sia per la ASL che per i medici, sappiamo che ci sarà l'azione diretta da parte del paziente nei confronti dell'assicurazione o del medico, sempre in ambito extracontrattuale in questo caso, o della ASL con responsabilità di tipo contrattuale, quindi ritengo che pur omogeneizzandosi, tendendo un po' all'omogeneizzazione del risultato di prova di responsabilità sia che si versi in ipotesi di responsabilità contrattuale, sia che si versi in ipotesi di responsabilità extracontrattuale, poiché la scelta spetta al danneggiato si possa essere da questo punto di vista un poco forse più attenti nel valutare gli oneri probatori necessari per la condanna personale del medico visto che comunque una strada alternativa per ottenere il famoso risarcimento c'era ed era più agevole nei confronti della ASL. Quindi questa è la ragione ultima del mio giudizio positivo della riforma Gelli-Bianco che è stata recentemente introdotta.

SORDI

Grazie al collega Masone che mi sembra che abbia davvero approfondito in maniera esaustiva direi le ricadute pratiche della riforma con riferimento proprio all'accertamento della responsabilità del medico e quindi della concreta possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento del danno direttamente nei confronti del medico e ha evidenziato poi come l'effetto complessivo della riforma potrebbe essere nella pratica quello di fatto spostare e concentrare il contenzioso in materia nei confronti della struttura pubblica che tutto sommato credo possa essere un risultato o un obiettivo socialmente apprezzabile ragionando in termini di politica del diritto generale. Certo che dalla mia vecchia esperienza di giuslavorista mi piacerebbe approfondire le ricadute di questa normativa sul rapporto di lavoro tra ASL e medici perché non credo che non ve ne siano anche se non è esplicitato in nessuno di questi articoli, nessun articolo è dedicato direttamente al rapporto di lavoro tra ASL e medico strutturato, però sicuramente ci sono, per esempio la rivalsa, l'obbligo di assicurazione, sicuramente si possono ipotizzare delle ricadute sulla disciplina del rapporto di lavoro.

Adesso cediamo subito la parola all'Avv. Melucco che ci parlerà degli aspetti processuali, quelli che personalmente mi preoccupano di più, quindi io attendo con grande ansia l'intervento dell'Avvocato a cui cedo subito la parola.

ANDREA MELUCCO

Avvocato del Foro di Roma

“69bis c.p.c. e procedimento di mediazione. Alternatività, profili problematici e prospettive *de iure condendo*”

Grazie Presidente. Ringrazio d'istituto Jemolo e il Tribunale di Frosinone e l'Ordine degli Avvocati per aver organizzato questo bel convegno che ci dà l'occasione di discutere questi temi. Le preoccupazioni del Presidente in qualche maniera mi tranquillizzano perché non c'è dubbio che il tema processuale vada approfondito con particolare attenzione e mi scuso se per rimanere nei tempi dovrò essere particolarmente sintetico su alcuni passaggi.

Quello che io dirò e le critiche che farò, premessa fondamentale, vorrei che non mettessero in ombra due cose. Primo che io penso che la legge sia stato un passo avanti importante dal punto di vista sostanziale, sia stata il frutto di un ampio dibattito e che era chiamata a dare delle risposte e queste risposte i relatori che mi hanno preceduto le hanno anticipate e chiarite e io le condivido integralmente, così come ci ritrovo il percorso oramai decennale da quando si cominciò dieci anni fa a discutere di medicina difensiva, di tematiche e di profili. Il Presidente da ultimo ha accennato

invece a un aspetto che va anche approfondito cioè il tema assicurativo legato al tema sociale che è un tema particolare perché noi sappiamo che molte strutture pubbliche erano negli ultimi anni passate all'autoassicurazione su questo tema e invece l'obbligo sposta nuovamente lo scenario e anche le compagnie assicurative dovranno fare la loro parte, vedremo in che termini. Secondo aspetto che pure vorrei non fosse obliterato dalle cose forse non simpatiche che dovrò dire è che gli strumenti di conciliazione, di mediazione, di ADR più latamente intesa nel nostro ordinamento sono la strada irrinunciabile, naturalmente poi, e qui è il tema sul quale forse ci dovremo interrogare soprattutto all'indomani della stabilizzazione della mediazione obbligatoria, come vogliamo finalmente uscire da questa condizione di emergenza? Ma questo cercherò se riesco di dirlo alla fine, a conclusione del mio intervento.

Abbastanza rapidamente, non c'è dubbio che sotto il profilo processuale la legge 24 abbia rappresentato in qualche maniera una piccola rottura della tendenza che avevamo avuto. Se noi dovessimo spiegare a un alieno che è precipitato oggi sulla terra che finalmente abbiamo introdotto e con quali modalità un tentativo obbligatorio di conciliazione come dice l'articolo 8 della legge in materia di responsabilità sanitaria, l'alieno potrebbe essere sicuramente contento e dire "perché a te questo articolo piace poco oppure per nulla?", piace poco oppure per nulla perché non c'è dubbio che rappresenta una inversione di tendenza, non riusciamo a capire se definitiva o soltanto il frutto di una certa ondivagità del nostro legislatore, rispetto a quella che era la linea tracciata, cioè la degiurisdizionalizzazione. La degiurisdizionalizzazione è un concetto che a me personalmente non piace per nulla perché è foriera di equivoci perché quando stiamo parlando di diritti disponibili dire che stiamo rinunciando alla giurisdizione è un controsenso perché in materia di diritti disponibili da sempre possiamo fare arbitrato, possiamo fare transazioni, eccetera, eccetera, quindi questo è un equivoco soprattutto sul quale i detrattori degli strumenti alternativi e in particolare della mediazione hanno creato e consolidato, almeno all'inizio, subito dopo il decreto 28, gran parte del loro consenso.

Se poi andiamo a vedere in dettaglio questo articolo 8 noi vediamo che a questa rubrica "Tentativo obbligatorio di conciliazione" poi segue una disciplina specifica che dice altro in realtà o forse no, forse, perché forse? Qui, con una terminologia che richiama integralmente proprio le modalità di cui al decreto 28 e anche alla legge sulla cosiddetta degiurisdizionalizzazione in materia di negoziazione assistita, ci dice chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice relativa ad una controversia di risarcimento danni derivanti da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696 bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente. Quindi la norma dice d'ora in avanti se vuoi fare causa in materia di responsabilità

sanitaria, che prima sapevamo già nel decreto 28 era responsabilità medica, poi è diventata più ampiamente responsabilità sanitaria superando quelle ambiguità e incertezze di *finium regundorum* che si erano determinate, devi fare l'accertamento tecnico preventivo ai fini della conciliazione, cioè 696 bis, quell'istituto introdotto anch'esso abbastanza recentemente volto a anticipare quella che è la valutazione tecnica che viene svolta normalmente nel pieno della fase istruttoria del processo ad una fase prodromica al processo stesso.

Questo ovviamente non lo dice l'articolo 8 facendo quindi venire meno quell'obbligo relativo di condizione di procedibilità che era previsto dal decreto 28 come più volte modificato cioè se vuoi fare una causa in materia di responsabilità sanitaria devi fare la mediazione. Questo è quello che è stato proposto, salvo poi, attenzione, ci torneremo più avanti, all'ultimo momento con un emendamento ri-infilato un po' di corsa prevedere che comunque la mediazione si possa fare in alternativa. Su questo che dei tanti aspetti della norma è uno di quelli che meno personalmente mi convince ci torneremo fra breve. Questo perché? Perché dobbiamo almeno rapidissimamente cercare di chiarire come dovrebbe funzionare questo 696 bis rispetto al processo perché qui anche la norma, lo stesso articolo 8, ci riserva alcune sorprese. Lo dico perché, esattamente come il decreto 28 che per i primi sei, otto, nove mesi, anche un anno dall'entrata in vigore ogni volta che lo rileggevo dal punto di vista processuale usciva una nuova sorpresa e forse non perché non lo leggevo attentamente perché ogni volta dovevamo approfondire i profili, anche qui ogni volta che mi capita di rileggere la norma, sarà un mio limite che sono un po' lento, me ne esce una nuova di sorpresa anche perché poi, come è noto, siccome la realtà è più fantasiosa della fantasia, sarà l'applicazione pratica a dirci cosa, come, quelli che saranno i profili maggiormente problematici.

Intanto però il secondo comma si apre con una piccola sottigliezza che va sottolineata. Ci dice la presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. La norma è scritta sostanzialmente come quella del decreto 28 in tema di mediazione ma qui abbiamo la sorpresa, la presentazione e cioè, per farla breve dal punto di vista un po' pragmatico, basta che io abbia depositato il ricorso per il 696 bis e ho assolto la condizione di procedibilità. Quindi io deposito il ricorso, posso anche non notificarlo evidentemente, se non sbaglio, se mi sbaglio mi correggerete diceva qualcuno più autorevole e importante di me, e non ho sanzioni, forse esattamente come nel decreto 28 dove, nella primissima versione ante sentenza della Corte Costituzionale 2012, bastava depositare l'istanza di mediazione per assolvere la condizione di procedibilità. Anche qui questo aspetto va approfondito.

Ulteriori passaggi rilevanti. Il giudice naturalmente fissa, deve fissare l'udienza di comparizione delle parti, eccetera, eccetera. Il terzo comma, lo ricordava il Presidente Sordi prima perché è un

altro aspetto molto delicato, prevede un termine perentorio di svolgimento del procedimento o più esattamente ci dice che se entro sei mesi dal deposito del ricorso 696 bis la conciliazione non si è raggiunta o comunque il procedimento non si è concluso, la domanda diviene procedibile. Ora, lo studente di diritto processuale che è in a “diviene procedibile” ha trasalito già più volte perché dal punto di vista tecnico che una domanda divenga procedibile non ha molto senso. Il tema è che anche qui la norma, esattamente come quella del decreto 28, è scritta in maniera non particolarmente raffinata. Esattamente come il decreto 28 non ci diceva e neanche oggi ci dice cosa fa il giudice alla seconda udienza dopo che alla prima udienza è stata posta l’eccezione di mancato svolgimento della mediazione qui del 696 bis o lo ha rilevato d’ufficio, anche qui la norma è scritta nello stesso modo e ci dice rileva la cosa e assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell’istanza di consulenza tecnica, quindi evidentemente siccome il giudice del merito è giudice competente - e se non lo fosse? Bella questione, non la approfondiamo qua - ci dice che il 696 bis va fatto davanti al giudice competente, conseguentemente qui la norma dice “davanti a sé”. Va bene, però non ci dice cosa succede alla seconda udienza, se è condizione di procedibilità immaginiamo arrivati all’udienza successiva, perché il giudice dovrebbe a questo punto rinviare a un’altra udienza o forse no, non è chiaro, anzi probabilmente non è così, cioè ci manca un pezzo e perché ci manca un pezzo? Perché ci dice che quando sono scaduti i termini dei sei mesi o comunque non è raggiunta la conciliazione la parte deve introdurre il ricorso 702 bis, cioè il legislatore ci tiene a dire, senza avercelo chiarito prima, attraverso questa norma che il procedimento base per il risarcimento del danno sarà il procedimento sommario. Come modalità di delineare, determinare il rito applicabile ad una materia importante fuori dal codice di procedura civile mi sembra significativo da parte del legislatore.

Altro aspetto per il quale mi sembra scarsamente meditata la norma. Attenzione, il 702 bis io lo faccio comunque, cioè lo faccio sia che si sia svolto il procedimento e non si sia raggiunta la conciliazione, sia che il termine sia scaduto e per qualche ragione diversa dalla conciliazione la perizia non sia stata depositata. Cioè questa ipotesi il legislatore che pure nel momento in cui ci dice la presentazione del ricorso di cui al comma 1, non lo svolgimento del procedimento 696 bis, cioè non ci sta dicendo tu fai il 696 bis, lo finisci e poi vai in causa che questa è la logica sottesa, no, ci dice tu vai in causa dopo che hai depositato l’istanza e, se per qualche ragione poi i termini scadono e non viene fatto il 696 bis, io con il 702 bis io devo dentro il 702 bis fare integralmente l’attività istruttoria. L’unica cosa di tutto ciò che non mi spaventa particolarmente, mi spaventa altro probabilmente, è che il legislatore del disegno di legge delega ha già pensato di trasformare in rito ordinario tutto il 702 bis, quindi se così è questa è l’unica cosa che mi dà forse un po’ meno da pensare.

Andiamo ancora avanti, ancora andiamo avanti perché ce n'è. Il quarto comma dell'articolo 8 per rafforzare evidentemente il senso di responsabilità dei soggetti interessati ci dice che la partecipazione, quindi evidentemente per gli altri soggetti, non per il proponente perché non ha un obbligo di parteciparvi, perlomeno per come abbiamo letto la disposizione, è obbligatoria per tutte le parti comprese le imprese di assicurazione che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento, immagino ai sensi del Codice delle assicurazioni, immagino, non ce lo dice, immagino però. Ecco, pure qua se ce lo spiegavano era meglio, ma questo è un tema sostanziale. Hanno l'obbligo e qual è la sanzione? Nel decreto 28 la mancata partecipazione prevede il pagamento di una somma pari al contributo unificato, nella normativa sulla negoziazione assistita anche lì è prevista una sanzione analoga, qui la sanzione non c'è. Cosa dire? Che dobbiamo fare un passo indietro, sempre per continuare con le pillole provocatoriamente perché io ho ancora tre minuti per stare nei tempi, e come vedete.

Devo cominciare dalle domande, poi arrivo a una serie di risposte. La risposta è “mu” dicevano i giapponesi nel senso che la domanda, non la sua naturalmente Presidente, è mal posta, cioè la soluzione è la soluzione sbagliata.

Intanto perché è la soluzione sbagliata e c'era una soluzione più semplice e più in linea con le evoluzioni fatte finora? Primo passaggio. Il legislatore si è reso conto, lo dicevo prima, che stava facendo, più di uno si è lamentato che la rinuncia alla mediazione in questo caso non era una buona idea perché si stava buttando il bambino con l'acqua sporca. Noi sappiamo che la mediazione in materia di responsabilità sanitaria non ha funzionato, ma i dati ci dicono anche, al di là del problema dei sei mesi, dati del Tribunale di Roma, XIII Sezione, provenienti da chi l'ha presieduta per anni questa Sezione, che i 696 bis in materia sanitaria non hanno ridotto il contenzioso, quindi lo strumento fatto così come è inappropriato. È inappropriato perché non ha funzionato, non ha funzionato il 696 bis, non ha funzionato la mediazione.

Perché non ha funzionato la mediazione? Perché una mediazione impostata come shuttle diplomacy in cui si fa la spola fra danneggiato e danneggiante, asserito, fra le parti, e uno dice “quanto gli offri?” e l'altro risponde “non sono responsabile” cosa non aggredisce? Non aggredisce il vero nodo. Il nodo è l'an come ci dirà il nostro amico medico fra poco. La risposta è devi trovare uno strumento che aggredisce e risolve il primo problema: c'è la responsabilità, non c'è la responsabilità. Questa norma così non risolve il problema. Bastava fare che cosa? Quello che più volte è stato da più, immodestamente anche da chi vi parla, suggerito: introdurre nel nostro sistema la consulenza tecnica obbligatoria in mediazione modificando nel senso già condiviso da altri ordinamenti il procedimento di mediazione da semplice strumento facilitativo in, come lo chiamano

gli ordinamenti nordamericani, early neutral evaluation. Come funziona lì? Funziona che c'è un esperto della materia, medico legale, medico legale più avvocato esperto del settore che studiano le carte e alle parti danno una risposta: c'è responsabilità, non c'è responsabilità. Dopodiché all'esito di questo primo responso, che naturalmente sarà poi veicolabile nel giudizio successivo, tentano la conciliazione, a quel punto risolto quel nodo è tutto più semplice. Quindi bastava fare questa piccola modifica, scenario che il legislatore, paralizzato da tanti veti incrociati, non ha inteso fare e questa legge purtroppo limitatamente a questa norma rappresenta secondo me un grave segnale dell'impasse che la disciplina sull'ADR rischia di subire dopo che all'interno della Commissione Alpa, sulla quale tutto sommato data l'autorevolezza della sua composizione nutrivamo speranze, i lavori di quella Commissione si sono limitati sostanzialmente alla verifica dell'esistente e l'esistente è un "muro contro muro" durissimo fra tesi radicali opposte che sembrano inconciliabili. Di tutto questo stiamo facendo le spese perché se quella Commissione a gennaio avesse partorito una proposta davvero innovativa il legislatore non se ne sarebbe uscito con questo pateracchio limitato, ripeto pateracchio all'articolo 8 e qui mi fermo.

SORDI

E io non posso che essere d'accordo su tutto veramente con l'Avvocato, in particolare sulla premessa e cioè sulla necessità in qualche maniera di incentivare le soluzioni stragiudiziali di controversie in materia di diritti disponibili, è l'unico meccanismo serio, cioè la possibilità di inventarsi meccanismi che consentano alle parti di raggiungere esattamente lo stesso risultato che raggiungerebbero davanti al giudice nei casi in cui appunto si tratta di diritti disponibili perché il richiamo a transazione è del tutto pertinente. Qui però si scontrano, purtroppo temo, due opzioni culturali sia dell'avvocatura, sia della magistratura, e poi non so se poi alla fine influenzano anche il politico. Da un lato che i magistrati sentono come una sottrazione, una lesione del proprio prestigio il fatto che siano incentivate queste procedure che invece consentirebbero di depurare e poi alla fine davanti al magistrato verrebbero naturalmente le questioni veramente serie e dicevo auspico al massimo la possibilità di definire fuori tutto ciò che può essere definito fuori. D'altro canto sono procedure che sicuramente pretendono dall'avvocatura una cultura da classe dirigente perché tante volte sono gli stessi avvocati che non hanno una particolare fiducia in questa.

Ecco, quindi è sicuramente auspicabile e sicuramente il giudizio così severo dell'Avv. Melucco sull'articolo 8 io non lo posso condividere davanti a tutti, davanti a tutti faccio la parte del giudice che lo deve far funzionare questo meccanismo. Bisogna farlo funzionare, siamo abituati da tanti anni da riforme processuali un po' raffazzonate davanti alle quali io mi sono sempre posto con questo atteggiamento: cercare di far funzionare quello che si può far funzionare. Quindi adesso il

deposito del ricorso non coltivato con la notifica a me sembra che difficilmente possa essere considerato da qualche giudice come adempimento della condizione di procedibilità sinceramente, però, per carità, le argomentazioni dell'Avvocato possono sicuramente trovare accoglimento.

Per quanto riguarda poi la rilevabilità dell'improcedibilità dal giudice ovviamente posso parlarne tranquillamente perché non sono io al Tribunale di Frosinone che si occupa di queste cose, bensì il collega Masone, se fossi io il giudice non rileverei mai di ufficio in queste condizioni l'improcedibilità. Ve lo posso dire perché non sarò io il giudice, ma se fossi io il giudice e l'avvocato non lo fa, la ASL non lo solleva, sicuramente la causa va avanti normalmente. La scelta del modello 702 bis è particolarmente criticabile sia nel merito, come diceva l'Avvocato, ma sia anche nella forma, non si può fare una scelta sul rito quasi clandestina, francamente è imbarazzante.

Per quanto riguarda il litisconsorzio necessario, ecco io la prima idea che ho è che sono parti necessarie del giudizio, hanno l'obbligo di intervenire solo coloro che sono i litisconsorzi necessari ai sensi delle altre norme, non è che diventano tutti, cioè struttura sanitaria, medico e assicurazioni. Se uno fa la causa contro la ASL allora anche in sede di ATP è litisconsorzio necessario la compagnia assicuratrice e viceversa, non necessariamente anche il medico che non è litisconsorzio necessario nella causa ordinaria.

Per quanto riguarda la sanzione qui c'è un piccolo momento di distinguo, mi sembra che la sanzione ci sia. La sanzione sarebbe, dovrebbe essere quella dell'ultimo periodo del quarto comma dell'articolo 8 secondo il quale in caso di mancata partecipazione il giudice del merito condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese processuali indipendentemente dall'esito del giudizio, quindi anche ove dovessero essere vittoriose, e questa oggettivamente non saprei come definirla se non una sanzione visto che è una condanna alle spese completamente sganciata dai principi della soccombenza, eccetera, eccetera.

E ora, per concludere la prima parte dei nostri lavori, diamo la parola al rappresentante dell'altra categoria degli attori di questo contenzioso, quindi al Dottor Novi che è Mediatore Medico Odontoiatra e CTU Tribunale di Roma che ci parlerà appunto dei riflessi della nuova legge sul ruolo del CTU e sulla figura del medico mediatore, mediatore medico. Prego.

ARMANDO NOVI

Mediatore – Medico – Odontoiatra, CTU Tribunale di Roma

"Riflessi della legge n. 24 del 2017 sul ruolo del CTU. La figura del Mediatore Medico-Conciliatore CTU"

Buongiorno a tutti. Ringrazio dell'invito e giustifico il mio abbigliamento senza giacca e cravatta non tanto per distinguermi dal resto del tavolo, quanto per il fatto che con mia moglie siamo venuti in bicicletta, quindi ci siamo dovuti vestire in modo sportivo.

Allora, io dovrei essere la figura che applica l'articolo 8 della legge, quindi il 696 bis. Perché dovrei essere io la figura, una delle figure? Innanzitutto io mi sono laureato nel 1987 in odontoiatria, quindi quest'anno faccio trent'anni di laurea, quindi esercito la professione da trent'anni, da venticinque sono iscritto all'Albo dei CTU di Roma, quindi ho un'anzianità sia clinica che operativa nel campo delle consulenze. Perché il medico in questo caso quindi? Cioè la legge coinvolge il medico e il CTU sotto due articoli. Il primo l'ha già citato l'Avv. Melucco, l'articolo 8, il secondo di cui brevemente mi occupo adesso è il 15 che è quello relativo al fatto che da adesso in poi almeno con l'applicazione di questa legge dovrà essere costituito non più un singolo professionista o CTU che si occupa dei contenziosi che ha quell'incarico come singolo, quanto un Collegio di ausiliari composto da un medico legale e da uno specialista. Anche lì come si evolverà questo Collegio, probabilmente su nomina del giudice, bisogna vedere come lavorerà questo Collegio, che è fatto appunto da due o tre elementi e quindi si dovrà formare una squadra e non è detto che le squadre poi lavorino bene. Il medico legale e lo specialista possono lavorare bene e possono lavorare male, quindi il risultato che si può ottenere non sempre sarà positivo, questo però lo vedremo.

Tornando all'articolo 8, che è quello appunto che diceva l'Avvocato, l'Avvocato aveva molti dubbi sull'applicabilità e su come venirne a capo. Io vorrei un minimo da operatore del settore cercare di impegnarmi nel dare un messaggio positivo, cioè quali sono per me gli aspetti realizzabili e positivi dell'applicazione di questo articolo 8? Allora, sempre in alternativa alla mediazione, vi parlo anche come mediatore medico nel senso che dal 2014 io come un'altra collega che vedo in sala, noi abbiamo partecipato al corso per mediatori medici istituito dallo Jemolo nel 2014 che è durato da ottobre a dicembre 2014. Quindi faccio parte di una prima infornata di circa 100 medici che si sono preparati alla mediazione in previsione degli sviluppi applicativi nel campo medico-sanitario della mediazione e ora anche nel campo della conciliazione perché la nostra preparazione come medici mediatori tornerà sicuramente utile nel momento in cui il medico preparato alla mediazione e iscritto nell'Albo dei CTU verrà nominato ad applicare l'articolo 696 bis del codice di procedura

civile. Perché praticamente tornerà utile? Nel senso che il medico a quel punto con la nomina dovrà svolgere il suo compito come consulente tecnico però con scopo conciliativo. Che vuol dire questo? Vuol dire che finora questo strumento, come è stato già detto in precedenza, questo articolo 696 bis è stato poco applicato a mio avviso e ha dato risultati poco utili anche per una nostra incapacità, cioè per l'incapacità dei CTU di sapersi misurare con lo strumento. Che vuol dire questo? Vuol dire che io personalmente non ho mai avuto un incarico da 696 bis, no, ho sempre avuto incarico per consulente come CTU normale. Mi sono trovato con mia moglie in particolare come CTP, quindi dall'altra parte diciamo, coinvolti in una situazione in cui il CTU aveva avuto dal giudice un incarico a conciliare le parti. Lui stesso non sapeva proprio da che parte rigirarsi, dove tirare fuori il bandolo della matassa tant'è vero che alla fine si è ridotto a fare praticamente la sua consulenza e a fare una proposta conciliativa ma sulla base di una scontistica quasi tipo mercato di via Sannio, questa è la mia valutazione, questo è quello che vi offro, però alla fine infatti non si è arrivati da nessuna parte.

Perché io vedo l'applicabilità invece positiva di questo articolo? Perché se verrà nominato come CTU e come la legge prevede un consulente tecnico particolarmente formato anche alla mediazione io credo che un risultato positivo si possa raggiungere. In che modo? Faccio l'esempio, ripeto, personale. Il momento in cui io dovessi ricevere un incarico ex 696 bis dovrei praticamente attuare tutte le procedure che riguardano normalmente il lavoro di un CTU, e quindi il giuramento, il convocare le parti, le operazioni peritali, fare praticamente una consulenza tecnica normale. Rispetto alla mediazione, avrò la possibilità di avere a disposizione anche le compagnie assicurative che nel nostro campo medico, e io in particolare nel campo odontoiatrico vengo sempre chiamato per situazioni di responsabilità contrattuale, nella responsabilità contrattuale noi già ce l'abbiamo la presenza come CTU. Praticamente vengono sempre le assicurazioni, interviene il CTP della parte attrice, il CTP del convenuto e il CTP dell'assicurazione, quindi noi lavoriamo sempre come CTU con altri tre CTP, sempre, quindi siamo almeno sempre in quattro che discutiamo dell'aspetto.

Non sto parlando del Collegio, parlo proprio di come avviene il lavoro del CTU. Il CTU praticamente nel momento in cui ha una nomina tradizionale lavora sempre durante le operazioni peritali con altri tre CTP, quindi parte convenuta, parte attrice e assicurazioni. Nel momento in cui noi dobbiamo svolgere, adempiere a un incarico conciliativo, avere l'assicurazione che è obbligata a formulare una proposta conciliativa può avere degli aspetti positivi. In che senso? Parliamo sempre di CTU che sia preparato alla conciliazione, alla mediazione, è questo probabilmente il limite attuale. Ad esempio vi parlo dell'Albo di Roma, nell'Albo di Roma dopo la revisione che è stata fatta dal 2011 dei 5000 medici iscritti come CTU ne sono rimasti circa 2400, quindi si è ridotto

moltissimo il numero dei CTU medici a Roma. Di questi 2400-2500 CTU quanti hanno esperienza o preparazione nell'ambito della conciliazione? Io credo pochissimi. Gli stessi noi 100 che siamo usciti tre anni fa dallo Jemolo con una preparazione come mediatori medici, di noi 100 quanti sono iscritti nell'Albo dei CTU? Trenta, quaranta. Quindi il numero è presto fatto, su 2500 iscritti a Roma nell'Albo dei CTU 30-40 avranno esperienza in campo della mediazione. Il problema è quello, non è tanto il problema su come applicare l'articolo, quanto il problema nostro di CTU che probabilmente non siamo preparati, almeno al momento, a ottemperare a un incarico così gravoso. Chi di noi avrà la fortuna di avere un incarico del genere e sarà preparato perché si è preparato prima probabilmente non avrà difficoltà enormi anche perché i sei mesi che sono stati giudicati insufficienti non sono così insufficienti perché le operazioni peritali non è che durano un'eternità. Se c'è la volontà da parte dei colleghi, io parlo dei CTP, di collaborare, ad una proposta conciliativa ci si arriva in sei mesi, poi bisogna vedere se questa proposta conciliativa viene accettata o non viene accettata, è ritenuta soddisfacente o è ritenuta insoddisfacente e qui il conciliatore, cioè il CTU ci deve mettere del suo, deve investire su se stesso come si dice, deve, se preparato alla mediazione, deve sapere far dialogare le parti.

Ora i CTU non sanno far dialogare le parti perché non è proprio nel loro bagaglio culturale, non sono preparati a far dialogare le parti. Il CTU ha un ruolo aggiudicativo delle vicende, non ha un ruolo facilitativo, non ha il compito di facilitare il dialogo tra le parti. Il CTU stabilisce alla fine torti e ragioni, stabilisce l'an debeatur e il quantum debeatur, non sta lì a perdere tempo a conciliare le parti, non è quello il suo ruolo. Se però gli viene affidato un incarico ex 696 bis alla fine dovrà per forza, se è capace, tirare fuori il meglio di sé e quindi favorire una conciliazione, favorire la conciliazione vuol dire sollevare poi il giudice da tutto il resto. Per questo io sono fiducioso, ripeto, parlo, vorrei parlare in prima persona, forse con entusiasmo e tutto, ma credo che quanti di noi ripeto hanno fatto tre anni fa il corso da mediatore medico allo Jemolo io credo che sono preparati a dare una mano in questo senso, se sono chiamati ad applicare l'articolo probabilmente qualcosa di positivo ne verrà fuori. Io in questo rispetto all' Avvocato che mi ha preceduto invece vorrei vedere il bicchiere mezzo pieno e non mezzo vuoto, poi vedremo se sarà possibile o meno. Mi fermo qua.

SORDI

Allora, ringraziamo anche il Dott. Novi e sicuramente apprezziamo l'ottimismo della volontà, resta un po' il pessimismo della ragione perché i sei mesi purtroppo dal punto di vista processuale diventano quattro perché tra il tempo per la notifica e il tempo per la difesa due mesi se ne vanno,

quindi restano quattro mesi, in quattro mesi riuscire a concludere, io me lo auguro. Io ho semplicemente l'esperienza dell'analogia condizione di procedibilità posta nelle controversie di invalidità previdenziali, molto più semplici rispetto a queste, si tratta semplicemente di stabilire se uno ha il 74 piuttosto che il 75% per l'accompagnamento. A Roma avevamo messo il nostro obiettivo che dovevano durare al massimo 300 giorni e non ci siamo riusciti di media in quelle controversie. E quindi noi speriamo tutti che invece questa funzioni anche perché ciò significherebbe un alleggerimento del nostro carico.

*MORESCHI

CTU Tribunale di Roma

La domanda, una al Dott. Masone. Una piccola nicchia, lei ha parlato ovviamente di contrattuale e ovviamente nel caso dell'odontoiatra è cosa ovvia, extracontrattuale nel caso del dipendente ASL. Volevo sapere come si può collocare il dipendente di una clinica convenzionata perché il dipendente della clinica convenzionata, non parlo di quello che appoggia la paziente perché a quel punto diventa contrattuale ovviamente, parlo del dipendente della clinica convenzionata che si trova la paziente che non conosce ... E poi una domanda al collega, io sono un CTU del Tribunale di Roma quindi volevo poi intervenire su quello che ha detto.

MASONE

Allora, l'articolo 7, comma 2, della Legge Gelli-Bianco dice chiaramente le disposizioni di cui al comma 1, ovvero quelle in cui si fa riferimento a responsabilità 1218 e 1228, si applicano anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria, ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione o di ricerca, ovvero in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale, nonché attraverso. Quindi di convenzione, se fosse una clinica diciamo convenzionata io qui evidenzerei questo aspetto.

MORESCHI

Quindi dovrebbe rientrare nell'extracontrattuale.

MASONE

È contrattuale, dovrebbe rientrare nell'ipotesi di responsabilità contrattuale. Il primo comma, il primo comma fa riferimento al 1218 e 1228.

MORESCHI

Perché contrattuale? Extracontrattuale, dovrebbe essere assimilato al dipendente pubblico.

MASONE

No, il primo comma dice la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228. La struttura chiaramente, la struttura, la struttura, per il medico resta, essendo il medico come se fosse non strutturato chiaramente è extracontrattuale certo, chiaramente è extracontrattuale, è contrattuale quella della struttura e extracontrattuale quella del medico. Quello è il primo caso, è l'ipotesi diciamo modificata della legge Gelli-Bianco, cioè è l'unico caso in cui sostanzialmente il medico è extracontrattuale, questa è l'unica ipotesi.

MORESCHI

La cosa che volevo invece chiedere al collega, a differenza tua non so perché ultimamente mi capitano soltanto ATP invece, quindi più o meno problematiche.

MORESCHI

E il giudice ogni volta mi obbliga a fare un tentativo di mediazione che io chiaramente faccio, chiaramente poi arriviamo al fatto di saperlo fare o non saperlo fare perché dopo un po' di tempo chiunque credo, tra l'altro io avrei tanto voluto fare il corso di mediatore allo Jemolo, non lo potei fare perché contestualmente c'era un corso ...

NOVI

La nuova legge l'assicurazione deve essere presente ed è obbligata a formulare una proposta risarcitoria, è questa la differenza. Non solo deve essere presente con il suo CTP ma è obbligata a fare una proposta, se non la fa deve spiegare i motivi per cui non la fa.

Vabbè, non ha importanza, però comunque è una base di partenza. E comunque adesso, almeno io parlo del campo odontoiatrico, io ti devo dire sinceramente in campo odontoiatrico io ho trovato molto più disponibili le assicurazioni al risarcimento che non il convenuto, cioè il CTP del convenuto non si capisce per quale motivo è così più rigido del CTP dell'assicurazione. Ad esempio, la Cattolica Assicurazioni che in campo odontoiatrico ha una infinità di ..., la Cattolica fa sempre una sua proposta risarcitoria e quella comunque è una base di partenza. Mi è capitato anzi un CTP del convenuto che nonostante ci fosse questa proposta risarcitoria disse no, no, no. Non si siedono neanche a parlarne. Voglio dire però alla luce della nuova legge comunque è una base di partenza siccome è obbligatoria e io ripeto sono ottimista.

Coffee break

STERPA

Allora, vi ringrazio. Io direi che noi dovremmo adesso svolgere questa seconda parte del nostro incontro che prevede le relazioni di Nicola Viceconte, di Pierluigi Bianchi e di Guido Cardelli. Come vedete c'è un nesso fra tutte e tre, in particolare fra due di queste relazioni, e il nesso è costituito da un recente intervento legislativo regionale, la legge n. 1 del 2016, con la quale è stata istituita la Camera di Conciliazione della Regione Lazio.

Non ci stiamo allontanando dal tema del convegno, stiamo invece sviscerando un altro aspetto perché questa legge si connette in maniera diretta con i temi del nostro incontro nella misura in cui è stata il frutto di una riflessione, in gran parte anche congiunta con i tribunali, relativa appunto a forme nuove di giustizia alternativa. Nasce dall'esperienza della Regione Veneto che negli anni precedenti istituì una Camera di Conciliazione Regionale che sostanzialmente si fondava sull'inserimento di una clausola di negoziazione assistita all'interno dei contratti di erogazione del servizio pubblico sanitario e che la Corte Costituzionale nella sentenza 178 del 2010 non ha dichiarato illegittima, nonostante il governo avesse impugnato questa norma regionale del Veneto sostenendo che intervenissero nella nota competenza esclusiva statale nell'ordinamento civile. E invece ha ritenuto il giudice delle leggi che la legge Veneto si muovesse all'interno di uno spazio di competenza del legislatore regionale teso in particolare alla riduzione dei costi anche del sistema perché, come ci è stato detto nelle relazioni della prima parte della mattinata, uno dei metodi più utilizzati di fronte a un contesto di responsabilità particolarmente complesso da decifrare da parte di parte del personale medico è la cosiddetta medicina difensiva, cioè l'idea di prescrivere una serie di esami e di prestazioni sanitarie, ovviamente onerose dal punto di vista del Sistema Sanitario, per evitare che poi in sede di responsabilità non si possa manifestare palesemente di avere eseguito tutti i tentativi possibili per rispondere a responsabilità medica. Medicina difensiva che rappresenta non solo un costo elevato per il sistema dal punto di vista meramente finanziario, io aggiungerei anche dal punto di vista scientifico-culturale, ma che poi produce anche un costo molto alto del sistema assicurativo del personale medico.

Quindi la Regione Veneto tentò questa strada, fu la prima, in realtà c'è anche un tentativo diciamo delle Regioni speciali ma non del tutto applicato. La Regione Lazio ha fatto suo questo tentativo e con la Legge regionale 1 del 2016 ha istituito la Camera Regionale, la Camera di Conciliazione Regionale alla quale è seguito il Regolamento attuativo e proprio di recente la nomina dei tre componenti del Consiglio Direttivo, uno dei quali è appunto l'Avv. Bianchi qui presente.

L'obiettivo di queste relazioni di Viceconte e Bianchi è raccontare cos'è, come nasce questo modello di intervento legislativo regionale e quali effetti ha sul tema della responsabilità.

In particolare il Prof. Viceconte ci parlerà della conciliazione in materia di sanità e della disciplina della legge regionale e a lui do la parola chiedendo di limitare il suo intervento tra i 10 e i 15 minuti in modo tale poi da lasciare anche alla fine se c'è bisogno uno spazio alle domande. Grazie.

NICOLA VICECONTE

Prof. di Diritto pubblico e Avvocato del Foro di Roma

“La conciliazione in sanità nella disciplina della Legge regionale n. 1 del 2016, alla luce del Regolamento attuativo”

Grazie. Io ringrazio innanzitutto per l'invito. La mia relazione appunto, come introdotto, vuole far vedere come la Regione Lazio, seguendo l'esempio di alcune altre Regioni, alcune altre realtà locali, provi a immaginare un sistema di conciliazione che non va a sovrapporsi a tutto quello che abbiamo visto nella prima parte di questo convegno e quindi alle procedure nazionali obbligatorie o meno previste in particolare per la responsabilità professionale e la responsabilità medico sanitaria. Si tratta della individuazione di strumenti che vanno ad affiancarsi e che provano addirittura a far sì che determinate controversie non entrino nel circuito giurisdizionale neanche nella fase conciliativa prodromica al ricorso giurisdizionale, ma trovino soddisfazione in sedi diverse.

La legge della Regione Lazio ha seguito alcuni modelli che ho riassunto essenzialmente in tre: il modello di difesa civica che attribuisce al difensore civico competenze di tipo latamente conciliativo, il modello del reclamo cioè le procedure previste dalle singole strutture sanitarie o non, e il modello di creare organismi indipendenti incardinati presso la struttura della Regione e che si pongono quindi in una condizione di maggiore terzietà rispetto a tutti questi altri organismi. Si tratta di organismi indipendenti che in realtà sono attuativi di quanto era già stato previsto in Conferenza Stato-Regioni nel 2008 quando si indicava con particolare riferimento alla materia sanitaria la necessità di introdurre meccanismi conciliativi non obbligatori presso soggetti imparziali e di alta professionalità e che definissero le controversie con strumenti negoziali. Era un'indicazione data alle Regioni appunto, quindi l'idea di creare strumenti regionali, trovare quindi uno spazio anche alle Regioni per avere delle possibilità proprie che vadano al di fuori delle competenze statali in materia di giurisdizione e ordinamento civile considerando che la mediazione nazionale o ogni strumento di mediazione obbligatoria, quindi legato alla giurisdizione, non può non essere disciplina statale.

Il Prof. Sterpa già vi accennava alla sentenza 178 del 2010 sulla legge della Regione Veneto che appunto ha detto che le Regioni hanno questo tipo di competenza in quanto non si tratta di competenze che incidono sulla giurisdizione ma incidono sulle attribuzioni regionali nelle singole materie che poi devono essere oggetto di conciliazione ed anzi lo stesso decreto legislativo 28 del 2010 esplicitava la non preclusione di negoziazioni volontarie e paritetiche relative a controversie civili e commerciali, né di procedure di reclamo previste dalle Carte dei servizi. Ci diceva quindi che ogni forma di obbligatorietà o di mediazione facoltativa nazionale non preclude la possibilità di scelte diverse che si affiancano e che vengono fatte dalle realtà regionali. Le esperienze più note sono appunto quella della Provincia Autonoma di Bolzano fatta nel 2005, che è stata la prima e forse è quella che ha avuto alla fine riscontri maggiormente positivi dal punto di vista del tasso di conciliazione, che crea la Commissione conciliativa per le questioni di responsabilità medica, composta da professionisti particolarmente qualificati, che è competente appunto a conciliare in materia di danno derivante da prestazioni sanitarie, che si conclude con una procedura di tipo transattivo. Nel 2010 Trento segue particolarmente in similitudine quanto previsto da Bolzano e poi arriva il Veneto, quindi la prima Regione ordinaria nel 2009 con la legge 15 del 2009, che è di particolare interesse appunto perché la Corte Costituzionale è su questa legge che si è pronunciata, introducendo una Commissione Conciliativa Regionale col ruolo di composizione stragiudiziale delle controversie sanitarie che si definisce con un accordo disciplinato dal 1965 del codice civile.

E arriviamo quindi a cosa fa la Regione Lazio. Nel 2016 con la legge 7 marzo 2016 n. 1 introduce disposizioni per favorire la conciliazione delle controversie sanitarie in materia di servizi pubblici, noi qui ci soffermeremo in particolare sulla sanità ma in realtà la legge della Regione Lazio ha un respiro molto ampio in quanto tocca tutti i settori in cui la Regione o enti regionali erogano servizi pubblici. La Camera dunque ha una funzione compositiva di queste controversie tra cittadini utenti e strutture pubbliche sia per il mancato rispetto degli standard di qualità previsti dalle Carte dei servizi, sia appunto per i danni derivanti da una cattiva erogazione delle prestazioni sanitarie fissando per la sanità un tetto a € 50.000. La ragione del tetto è proprio quella di cercare di intercettare quel tipo di controversie sanitarie che per la loro natura e minore impatto dal punto di vista della responsabilità medica non dovrebbero mai arrivare davanti ad un giudice, non dovrebbero mai impegnare la giurisdizione. Quindi un intento sicuramente in questo senso fortemente deflattivo del contenzioso, ma ispira la Regione Lazio non solo l'idea di ridurre il contenzioso ma anche l'idea, proprio perché poi si concentra su un certo tipo di controversie, di migliorare il servizio.

La cultura che c'è dietro la legge della Regione Lazio è da un lato ridurre il contenzioso, ma da un lato usare uno strumento conciliativo regionale per migliorare il servizio reso ai pazienti e più in generale a coloro che ricevono servizi pubblici regionali. I soggetti infatti sono appunto gli utenti dei servizi pubblici regionali, coloro che lamentano un danno da una cattiva erogazione del servizio, e tutti i soggetti pubblici regionali, Regione, enti pubblici, società regionali, tutti i soggetti del Sistema Sanitario Regionale, con la possibilità di estenderlo in convenzione o in accordo anche a Comuni ed enti locali che volessero entrare a far parte del circuito della Camera di Conciliazione. Tutti gli erogatori di questi servizi pubblici, e quindi nel caso di specie ASL, IRCCS, Aziende Ospedaliere, Aziende Ospedaliere Universitarie, eccetera, hanno l'obbligo di inserire nelle loro Carte dei servizi la clausola conciliativa che indichi a chi ha ricevuto un danno, a chiunque va a fare una prestazione verso una struttura sanitaria la possibilità di rivolgersi a questa Camera Regionale. Camera Regionale che è istituita presso l'Istituto degli Studi Giuridici Regionali Arturo Carlo Jemolo ed è articolata in un Consiglio Direttivo composto da tre membri che sono nominati dal Presidente della Regione, che appunto è stato recentemente istituito e di cui abbiamo illustre esponente l'Avv. Bianchi, e una Segreteria Tecnica che coadiuva il Consiglio Direttivo. Il Consiglio Direttivo è l'organo che ha la governance della Camera, quindi l'organo che ha il governo amministrativo di tutte le questioni sottoposte alla Camera, mentre la funzione più propriamente conciliativa verrà svolta dal conciliatore, cioè dal soggetto particolarmente qualificato, e a tal fine viene scelto tramite un avviso pubblico effettuato dal Consiglio Direttivo con l'ausilio dell'Osservatorio sui conflitti e sulla conciliazione a Roma nel Lazio, che collabora attivamente all'attuazione di questa legge, soggetto che deve avere almeno i requisiti previsti per svolgere l'attività di mediazione, più ulteriori requisiti che possono essere fissati volta per volta dal bando. I conciliatori hanno l'obbligo di astenersi nei casi diciamo classici in cui può sorgere un conflitto di interesse, quindi se c'è un legame con alcune delle parti della conciliazione, o in tutti i casi in cui ricorra un motivo di opportunità per cui sia opportuno astenersi, con un procedimento di decisione anche sulle cause di astensione, che possono essere sia rilevate dallo stesso conciliatore, sia dal Consiglio Direttivo, sia indicate delle parti, su cui si pronuncia il Consiglio Direttivo e sospendono la durata del procedimento conciliativo, procedimento conciliativo che si ispira a principi di imparzialità, celerità e volontarietà. Ricordiamo che è sempre un procedimento di tipo volontario, i cittadini, i residenti nel Lazio sceglieranno autonomamente se ricorrere a questo tipo di conciliazione. La proposta che verrà fatta in caso di raggiungimento di un accordo non è mai obbligatoria, solo nel caso in cui le parti decidano di accedere a questo accordo poi avranno l'obbligo ovviamente di darvi attuazione.

Il procedimento viene introdotto con una domanda della parte che lamenta di aver subito un danno che sarà depositabile presso la Segreteria Tecnica della Camera, ma soprattutto presentabile in via telematica o attraverso l'indirizzo di posta elettronica, ed è previsto un contributo di segreteria per le spese minimali piuttosto basso, molto minore rispetto a quanto previsto per la mediazione in sede nazionale perché è pari a € 20, cifra fissa.

La celerità del procedimento è data dal fatto che si deve concludere entro 90 giorni dalla ricezione di una domanda completa. Quindi parliamo di un procedimento che dura tre mesi, la durata breve non deve spaventare perché proprio la natura delle controversie sottoposte all'esame della Camera di Conciliazione non richiede accertamenti complessi e quindi si giustifica un termine più breve rispetto a quanto previsto anche in sede nazionale e che anzi è uno dei motivi per cui l'interessato potrebbe scegliere di rivolgersi alla Camera di Conciliazione, cioè di chiudere rapidamente la controversia che non vuole magari portare davanti al giudice.

Le parti sono quindi i cittadini che lamentano un danno e i soggetti pubblici che erogano il servizio, quindi essenzialmente la transazione si svolge tra struttura sanitaria e danneggiato, parti eventuali sono i medici e tutti gli altri operatori che possono essere coinvolti che non hanno l'obbligo ma solo la facoltà di intervenire nel procedimento e questo per le ragioni costituzionali a cui si accennava, trattandosi di una legge regionale non può mai introdurre un obbligo per un soggetto privato perché benché dipendente di una struttura in quel momento è un medico, è solo un dipendente della struttura e io non posso obbligarlo con legge regionale, mentre posso obbligare il mio soggetto. La novità sta proprio in questo della legge della Regione Lazio, mentre tutte le altre esperienze che abbiamo analizzato prevedevano la facoltatività anche per le strutture di prendere parte al procedimento, quindi io reclamo all'organismo regionale, se non si presenta nessuno della ASL o dell'ospedale vale come mancata transazione e finisce la storia. Il Lazio ha previsto l'obbligo per le strutture, non per il medico ma per le strutture almeno di sedersi al tavolo delle trattative potremmo dire, poi si potrà conciliare o meno. L'importanza non è solo formale ma visto che la ratio della legge non è solo cerchiamo di mandare meno cause in tribunale ma cerchiamo di migliorare il servizio attraverso uno strumento conciliativo, anche solo il fatto di sapere e verificare che la struttura viene a discutere della domanda che io ho fatto dà un'immagine di maggiore collaboratività tra Regione e sue articolazioni e danneggiato, quindi non è di poco momento la novità.

Brevemente il procedimento. Il procedimento appunto nasce con una domanda. È fortemente deformalizzato in quanto eventuali erroneità nella domanda di tipo formale sono sempre sanabili almeno fino a un determinato momento perché la Segreteria Tecnica indicherà eventuali mancanze

nella domanda che possono essere sino a quel momento sanate. Sono previste solo alcune piccole cause di inammissibilità, perché se no poi si rischia di affollare eccessivamente la Camera, per le domande di tipo totalmente generico dove non c'è nessuna richiesta risarcitoria, non si può dire semplicemente la ASL Roma 1 funziona male, punto, questa non è una domanda fatta alla Camera di Conciliazione, e per quanto riguarda la sanità quelle che richiedono accertamenti fisici sulla persona. Non disponendo la Camera di un consulente tecnico, sono domande essenzialmente su base documentale, quindi chi è interessato porta tutto l'incartamento e fa la domanda sulla base dell'incartamento già in suo possesso.

Una volta iniziato il procedimento, si svolge con una prima convocazione delle parti in cui i soggetti vengono auditi e interrogati dal conciliatore che è stato designato. Tutte le parti possono presentare memorie e documenti che sono sempre messi a disposizione dell'altra parte con pochissime preclusioni temporali se non proprio quelle strettamente necessarie affinché sia possibile a tutti prendere atto dei documenti che vengono prodotti. Già in sede di prima convocazione se si dovesse raggiungere un accordo il procedimento può arrestarsi, altrimenti si ha una seconda convocazione che è l'incontro finale delle parti ove si possono presentare ulteriori documentazioni che può essere preceduto da un incontro informale su richiesta delle parti. In sede di incontro finale abbiamo due possibilità: non ci si accorda, non si raggiunge nessun tipo di accordo, si verbalizza il mancato accordo e il procedimento si conclude in questo modo, altrimenti avremo la possibilità di una transazione stragiudiziale su proposta del conciliatore che ovviamente però può essere liberamente poi modificata dalle parti. Una volta raggiunto questo accordo in sede di incontro finale viene sottoscritto da tutte le parti. Come vi dicevo sono previsti dei piccoli contributi economici, € 20 a carico della parte istante, € 40 a carico della parte convenuta e solo nel caso di raggiungimento dell'accordo di conciliazione è previsto un contributo di conciliazione che varia in base al valore della controversia, per l'istante, quindi per il danneggiato oscilla tra i 10 e i 90 euro, per il convenuto tra i 20 e i 170 euro, ovviamente il convenuto essendo parte pubblica ha mezzi economici maggiori e quindi paga un contributo leggermente più alto.

L'attuazione della legge e vado a concludere, perché spesso le leggi vengono fatte ma bisogna che seguire come vanno. Il Consiglio Direttivo ogni anno entro il 30 giugno svolgerà un monitoraggio su tutto ciò che si è fatto nell'anno precedente, numero di cause, controversie e numero di soggetti coinvolti, quali sono i soggetti coinvolti, quali sono le somme che sono state incassate, un monitoraggio che poi viene addirittura inviato al Consiglio Regionale alla Commissione consiliare. E al fine di garantire la validità di quanto scritto nella legge sono previste anche delle sanzioni di € 5000 per le strutture che non inseriscano nelle Carte dei servizi la clausola conciliativa quindi non

dando adeguatamente informazione agli utenti e di € 500 per coloro che non compaiono all'incontro finale perché vi dicevo la novità del Lazio è l'obbligo per la struttura sanitaria di intervenire almeno nel procedimento, ovviamente obbligo è una cosa, coartazione fisica è un'altra. Se il dirigente preposto non dovesse intervenire l'azienda paga € 500, salve tutte le altre responsabilità del dirigente, sanzioni che sono raddoppiate nel caso di reiterazione in due anni. Nella prima fase di attuazione di questa legge è stata prevista una sperimentazione che avrà la durata di un anno e la legge riguarderà solo alcune strutture che saranno selezionate proprio per vedere i margini di attuazione di questo sistema e la necessità eventuale di alcuni correttivi che verranno fatti dopo un anno, quindi finita la sperimentazione, quando il sistema sarà a regime.

Quindi, concludendo su tutto quello che ho detto, credo di essere stato più o meno nei tempi, un sistema che si affianca e anzi forse vuole essere un ausilio alla legislazione nazionale perché, se si riuscisse a tirare fuori alcune controversie anche dal circuito del tentativo obbligatorio di conciliazione o di mediazione che dir si voglia perché sono controversie che non devono neanche lambire la fase giurisdizionale, si potrebbe avere un effetto deflattivo ancora maggiore unito a una capacità di dialogo e interlocuzione della Regione e delle sue strutture che possa portare a un miglioramento del servizio. Grazie.

STERPA

Grazie, grazie Nicola. Le slide preziose che il Prof. Viceconte ci ha mostrato e ci ha fatto diciamo così annusare saranno poi caricate sul sito dello Jemolo, quindi a vostra disposizione, tranquilli, quindi magari quando scende non lo assaltate per averle. Scherzo.

Molto utile e, aggiungo una riflessione brevissima prima di dare la parola all'Avv. Bianchi. È un tentativo che rispetto alle precedenti leggi, come ha detto prima il Prof. Viceconte, è molto più ampio, cioè anche i Comuni che volessero con un accordo o una convenzione aderire a queste forme diciamo così di tra virgolette "giustiziare ciò che non è giustiziabile" o che non viene di fatto sottoposto a giustizia possono sottoporre a queste regole il proprio sistema di servizi pubblici. Faccio notare un aspetto perché la Camera sarà organizzata su base provinciale, quindi la nostra sede Jemolo sarà anche la sede della Camera di Conciliazione Regionale, ma soprattutto faccio presente che negli anni la mappatura delle criticità emerse attraverso questa normativa darà anche a chi fa le scelte di politica generale, normative, organizzative dei servizi una mappatura delle criticità concrete. Cioè se a distanza di tre anni io ho la stessa fattispecie, lo stesso problema nello stesso posto, ho un dato in più nel mio sistema complessivo di valutazione e di gestione delle performance per capire che c'è un elemento di criticità e intervenire io come soggetto titolare del rapporto con il

pubblico cittadino piuttosto che soggetto terzo. Questa è una cosa non da poco perché introduce anche una cultura della trasparenza e della visibilità degli elementi di criticità che poi sottoposti alla collettività sono sempre molto funzionali.

Ora do la parola all'Avv. Pierluigi Bianchi che è uno dei tre componenti appunto della Camera di Conciliazione che ci dirà un po' come si comincia e che succede. Grazie.

PIERLUIGI BIANCHI

Avv. del Foro di Roma e membro del Consiglio Direttivo della "Camera Regionale di Conciliazione" della Regione Lazio

"L'attività della Camera Regionale di Conciliazione"

Grazie all'Istituto Jemolo per l'occasione che ci dà di presentare la Camera di Conciliazione Regionale della quale sono membro del Consiglio Direttivo. Porto i saluti del Presidente, il collega Avv. Francesco Caroleo che è impegnato per motivi di lavoro in altra sede.

Il funzionamento della Camera di Conciliazione, le finalità, l'oggetto sono state dettagliatamente e puntualmente già descritte dall'Avv. Viceconte, quindi mi limiterò ad alcune brevi osservazioni e a sottoporvi degli elementi di spunto.

Il primo lo voglio trarre dalla relazione del Prof. Napoli nella quale si doleva della circostanza che la legge 24/2017 interviene come spesso accade sul profilo del conflitto e quindi all'esito di una fase di contrasto e non invece ha colto la possibilità di valorizzare il rapporto di fiducia fra il Sistema Sanitario e il cittadino utente. Allora, io credo che una delle ratio se non la principale che è alla base della formulazione della legge regionale 1/2016 sia proprio quella del voler tentare del recuperare fortemente un rapporto di fiducia fra il cittadino utente non solo del Servizio Sanitario ma principalmente il Servizio Sanitario e di tutti gli altri servizi pubblici erogati dalla Regione e dagli enti da essa dipendenti nelle varie forme, aziende, enti pubblici economici e non economici, sia proprio quello di provare a recuperare un rapporto di fiducia, lo fa con un elemento e in un modo che pur avendo avuto dei precedenti che ci sono stati già descritti ha una sua peculiarità. Perché che fa la legge regionale? Diciamo di fatto l'ente che è tenuto a erogare e eroga il servizio pubblico si obbliga a partecipare a un procedimento di conciliazione che invece è totalmente facoltativo per la parte privata. Io credo che questo sia un elemento di forte innovazione perché il cittadino, questo è auspicabile, vedrà nella Regione Lazio, nelle ASL, nelle Aziende Ospedaliere e negli enti fornitori di servizi pubblici non tanto e non solo la controparte con la quale andarsi a confrontare nell'ambito

del procedimento di conciliazione, ma un ente che si sottopone alla sua valutazione e con la sua collaborazione intende migliorare e fornire un servizio migliore.

Per questo motivo volevo evidenziare qualche altro aspetto della legge. Sarà sicuramente fondamentale il lavoro che gli enti erogatori dei servizi pubblici e in particolare le ASL e le Aziende Ospedaliere andranno a fare sulle proprie Carte dei servizi. Ora finché le Carte dei servizi resteranno una sorta di manifestazione di intenti e poi se si va a leggere spesso indicano quasi più degli obblighi per l'utente che non invece per chi eroga il servizio, è chiaro che la individuazione degli standard che poi dovranno essere posti a base della procedura di conciliazione porterà a standard assolutamente vacui, difficilmente individuabili e conseguentemente difficilmente il cittadino troverà utile e necessario rivolgersi alla Camera di Conciliazione che dovrà applicare degli standard di servizi che però non sono stati correttamente individuati. Quindi in questa fase che cosa fare, diceva il Presidente Sterpa? Il compito che si è dato il Consiglio Direttivo è sicuramente quello di verificare il primo elemento, che nelle Carte dei servizi sia inserita così come previsto dalla legge e dal regolamento regionale la clausola conciliativa, ma oltre a questo sollecitare e stimolare una revisione delle Carte dei servizi che prevedano in maniera sempre più stringente quelli che dovranno essere gli standard dei servizi che dovranno essere offerti al cittadino e anche questo mi pare sia un elemento fortemente innovativo che è contenuto nella legge e che ne rappresenta parte della ratio insieme chiaramente alla necessità e volontà di avere un'efficacia deflattiva per il contenzioso che deriva dalle controversie sanitarie.

Un'altra questione, prendendo spunto dall'intervento del collega Melucco che ipotizzava la opportunità che nell'ambito della disciplina della mediazione sanitaria fosse inserita la possibilità di svolgimento di accertamenti tecnici che quindi avrebbero in qualche modo agevolato la possibilità di addivenire a una conciliazione attraverso la verifica della sussistenza dell'an che poi pone elementi oggettivi alla base di una possibilità di conciliazione, anche in questo caso il legislatore regionale ha ritenuto di non far svolgere nell'ambito del procedimento di conciliazione attività peritali di accertamento che andassero oltre l'accertamento documentale, ma qui chiaramente la motivazione è diversa ed è da ricercare nella specificità della procedura e dell'oggetto della controversia da sottoporre all'attenzione della Camera di Conciliazione.

Che cosa fa il Consiglio Direttivo e che cosa sta facendo in questi giorni, in questi mesi? Allora per la completa attuazione della legge, promulgata la legge è intervenuto il regolamento regionale, sono poi intervenute le nomine dei membri del Consiglio Direttivo, il Consiglio Direttivo in virtù della legge e del regolamento doveva seguire degli step, dei passaggi per poter arrivare alla concreta attuazione del suo ruolo e della sua funzione. È stato approvato il regolamento interno del

funzionamento del Consiglio Direttivo che chiaramente riprende in larga parte il regolamento regionale. È stata approvata un'ipotesi di bando di avviso pubblico per la formazione dell'elenco dei conciliatori, ora si tratterà di dover avviare la fase della sperimentazione che noi ci auguriamo di poter avviare ad inizio settembre. La fase della sperimentazione, come detto già dall'Avv. Viceconte, riguarderà ipotesi di controversie sanitarie. Una specificazione, anche in questo caso non tanto e non solo le controversie relative a responsabilità della struttura o del sanitario ma anche ipotesi di mancata applicazione degli standard dei livelli prestazionali e quindi sarà necessario in questa fase anche valutare insieme alla Regione Lazio quali strutture proprio per la loro tipicità di Carta dei servizi saranno tali da poter rendere possibile una sperimentazione che sia proficua e che non sia soltanto ipotetica.

In conclusione, vorrei sottolineare alcune delle caratteristiche della procedura e della funzione della Camera di Conciliazione. Allora, in primo luogo una sorta di dicotomia fra l'assoluta facoltatività e invece l'obbligatorietà, assoluta facoltatività per gli utenti fruitori del servizio pubblico ed anche per i sanitari, i medici o soggetti che in altri settori erogano, collaborano all'erogazione del servizio, e invece obbligatorietà per la struttura. E questa obbligatorietà si andrà ad attuare in maniera concreta con l'introduzione obbligatoria della clausola di conciliazione nelle Carte dei servizi, con la previsione di una sanzione in caso di mancata inclusione della clausola di conciliazione nella Carta dei servizi ed in caso di mancata partecipazione, partecipazione, non obbligatorietà all'adesione alla proposta conciliativa, ma quantomeno sarà obbligatoria la partecipazione da parte degli enti regionali alla procedura conciliativa. Un altro elemento a mio avviso da evidenziare in ordine all'efficacia obbligatoria è quello che, nel caso in cui si tratti di servizi pubblici in concessione, negli avvisi pubblici della concessione e nel contratto di convenzione è obbligatoriamente prevista la necessità di accettazione della clausola conciliativa. L'altra caratteristica è quella della celerità perché l'intera procedura, salvo casi di sospensioni ma comunque limitate nel tempo, dovrà avere una durata massima di 90 giorni e chiaramente l'economicità perché non è pensabile che un cittadino, probabilmente sì nell'ipotesi di controversia relativa a responsabilità sanitaria, ma in ipotesi di violazione degli standard prestazionali è chiaro che un cittadino che si fa carico di sollevare una questione che è personale ma che è anche generale e che avrà la funzione di riequilibrare e di far apportare alla Regione e alle strutture elementi di correzione non può essere caricato pure dell'onere di sopportare un carico di costi troppo elevato. Quindi si tratterà di un contributo minimo che è già individuato nella legge che per quanto riguarda la parte istante è di € 20 e in questo modo si potrà far sì che il cittadino fruitore diventerà parte di un processo di riqualificazione e di miglioramento del servizio pubblico reso dalla Regione e dalle aziende regionali e dagli enti pubblici regionali in tutte le forme in cui il servizio pubblico andrà ad essere

erogato. Si tratta di una scommessa? Sicuramente sì, si tratta di una scommessa anche professionale e dal punto di vista della scommessa da parte di noi membri del Consiglio Direttivo anche per noi è un campo che andiamo ad esplorare, siamo fiduciosi che questa iniziativa regionale possa avere l'effetto da una parte di migliorare il servizio e dall'altra di svolgere una funzione di deflazione per il contenzioso anche in materia sanitaria. Grazie.

STERPA

Grazie, grazie all'Avv. Pierluigi Bianchi. Ora concludiamo questa nostra mattinata con l'intervento dell'Avv. Guido Cardelli, del Foro di Roma, che si soffermerà sulla mediazione e responsabilità medica: stato dell'arte ma soprattutto possibili interventi normativi. Dalle relazioni di questa mattinata è emerso, e voi lo sapete meglio di me, quanto questi temi sono stati oggetto costante di intervento del legislatore, per motivi diciamo formali anche della Corte Costituzionale sulla legge di delega allora, però sostanzialmente il tema vero è che su questi temi il legislatore interviene per pluralità di settori per correggere il tiro su procedure e istituti in maniera abbastanza costante. Probabilmente perché, ma su questo diciamo Gaetano Napoli può dirlo meglio di tutti, è un settore la cui costruzione del quadro normativo spesso vede nell'aspetto applicativo elementi dirimenti, necessari quasi a consuntivo per poi modificare sia le procedure di cui abbiamo ben parlato oggi che poi lo stesso funzionamento degli istituti.

Io do quindi la parola all'Avv. Guido Cardelli ricordando ovviamente sempre il limite dei 10 minuti e 20 secondi in più. Grazie.

GUIDO CARDELLI

Avv. del Foro di Roma e Responsabile Scientifico Ente di Formazione per mediatori Arturo Carlo Jemolo

"Mediazione e responsabilità medica: stato dell'arte e possibili interventi normativi"

Buona sera tutti a questo punto, abbiamo superato la boa anche se sembra ancora mattino. Intanto ringrazio tutti i presenti, ringrazio soprattutto voi della pazienza che avrete visto che comunque è ora di pranzo quindi sarò molto breve.

Stamattina ho sentito bellissimi argomenti, interessantissimi approfondimenti e non posso non sottolineare la bellezza di una vecchia intervista di tanto tempo fa del Prof. Rodotà, il compianto Prof. Rodotà che mi ha ricordato il Prof. Napoli stamattina parlando dei diritti, delle libertà dell'articolo 32 della Costituzione. Allora, diciamo ad addenda a quello che diceva il Prof. Napoli

stamattina volevo soltanto ricordare che appunto si parla di diritti, diritti fondamentali, il diritto alla salute, ma c'è anche il diritto della libertà nell'articolo 33 nelle arti e nelle professioni e quindi quando noi ricordiamo la stortura a cui si era giunti nell'ambito della responsabilità medica nel far sì che più che un diritto alla cura c'è un diritto alla guarigione, noi capiamo come si sia portato all'estremità delle conseguenze negative tutta una serie di questioni. Stamattina se ne è parlato tantissimo della medicina difensiva, io non voglio ritornarci sopra, vorrei soltanto dire una cosa, i diritti sono un qualcosa che nell'antichità sono stati creati proprio per la difficoltà che l'essere umano ha nel vivere quotidiano a essere perfetto. L'uomo non è perfetto per sua natura e i diritti servono in qualche modo a concepire un uomo il più perfetto possibile in qualche modo nella relazione con gli altri. I diritti però non possono sovravaricare altri diritti. L'imperatore Marco Aurelio diceva che quello che noi abbiamo come diritti non è più che un cerchio intorno a noi e non si può sovrapporre a un cerchio degli altri. Questo è molto importante anche ricordare un po' della filosofia antica.

Dal diritto alla cura a diritto alla guarigione manca un passo fondamentale. Noi sappiamo che i diritti del malato, delle cure nascono sostanzialmente in effettivo nel '46 con la Carta di Norimberga dopo la scoperta degli orrori nazisti. Da lì nasce un concetto di consapevolezza del soggetto che ha diritto a una cura, quindi la persona, il rispetto della persona. Questo rispetto della persona però non vale soltanto nell'ambito della sanità, deve valere anche nell'ambito del medico nella sua professionalità, quindi è molto difficile combinare le due cose, qui servirebbe molto buon senso nel creare l'optimum per l'esercizio.

Dinanzi a queste situazioni noi per quanto riguarda le modifiche normative che ovviamente non posso che approvare quanto sostenuto da collega Melucco per quanto riguarda l'early neutral evaluation che in altre materie viene anche definita l'expert determination, cioè questa soluzione che lui già ha spiegato molto bene per quanto riguarda la valutazione di un terzo. Per quanto riguarda la mediazione in quanto tale, sempre per essere il più possibile conciso in questo mio piccolo intervento, volevo dirvi che ci sono dei diritti fondamentali comunque che possono essere anche in qualche modo bloccati da scelte un po' storte della politica. Faccio riferimento a un caso eclatante, quello ovviamente del diritto dei brevetti che in alcuni paesi viene bloccato da scelte meramente economiche mascherate da scelte politiche in favore della tutela della salute, mi riferisco per esempio alla Corte Suprema indiana in recenti sentenze. Per quanto invece riguarda la mediazione in quanto tale vera e propria, quello che mi viene da dire immediatamente è che occorrerebbe sicuramente una riforma dell'articolo 17 per quanto riguarda il gratuito patrocinio. Ecco, quando si parla di diritti non si può non pensare anche all'applicazione di questi diritti, non

mi riferisco soltanto al soggetto che ovviamente è nelle condizioni di poter richiedere questo gratuito patrocinio in mediazione che la normativa in qualche modo crea dei limiti indiretti quando dà comunque la possibilità all'organismo di mediazione di decidere in che modalità richiedere, che documentazione e quindi in qualche modo dilatando forse in maniera eccessiva certe richieste per poter poi esercitare effettivamente questo diritto. Ma io vedo anche dall'altra parte, la mediazione nell'esperienza che ormai abbiamo da parecchio tempo è un'opportunità che deve essere data non soltanto a questo tipo di soggetti, ma anche, per rimanere alla responsabilità medica, al medico, dall'altra parte. Che vuol dire? Io devo creare le possibilità e le opportunità per legge ma anche applicative per far sì che chiunque abbia la possibilità di comporre una controversia fuori dal giudizio. Nel momento stesso che il medico ha necessità di intervenire in mediazione allora abbiamo dall'altra parte lo stesso soggetto, il malato oppure colui che ha avuto un intervento lesivo in qualche modo, deve essere offerta questa possibilità e quindi la possibilità di fare una modifica sull'articolo 17 la ritengo necessaria.

A questo punto io volevo soltanto far presente, per chiudere e per essere più breve possibile ancora, questo progetto che è stato portato avanti dall'Istituto Jemolo per quanto riguarda la responsabilità medica e sanitaria nell'ambito della formazione del mediatore medico. Questo progetto è stato chiaramente in qualche modo pionieristico viste anche appunto le necessità che porta la normativa Gelli-Bianco, ma quello che è stato molto più importante secondo me è stato nel creare la consapevolezza in diversi operatori, che non sono solo quelli di diritto, di un'altra via, di una possibilità di composizione delle controversie e Armando Novi, il Dottore qui presente, non è stato l'unico a riferire l'importanza della conoscenza e dell'applicazione delle tecniche di negoziazione e comunicazione nell'ambito della vita professionale oltre che personale, privata. Bene, noi abbiamo in cantiere vari progetti, chiaramente continueremo in questo indirizzo sulla formazione, abbiamo anche altri progetti proprio nell'ambito della neutral evaluation, ci sono varie possibilità che vengono fornite sostanzialmente a chi vorrà usufruire di questo tipo di servizio, ma importantissimo è conoscere la funzione sociale che a questo tipo di istituto ormai in qualche modo obbligatorio per alcune materie.

Ultimo punto, vorrei ricordare solo un elemento importante, che nelle materie obbligatorie, la mediazione, c'è un qualche cosa che spesso sfugge, ovverosia che comunque l'organismo di mediazione e il mediatore sono tenuti comunque a fare la mediazione in quelle materie anche se non è previsto un pagamento, cosa che viene detta nell'articolo 17. Il che è un po' un controsenso, come è possibile pretendere qualità di servizio senza un pagamento? Come è possibile garantire al medico di poter avere un servizio di mediazione quando comunque non può essere garantito un pagamento

o comunque una prestazione di qualità? E viceversa a colui il quale si trova nelle condizioni di gratuito patrocinio, e magari fa carte false per avere questa possibilità perché è una possibilità sancita per legge e deve essergli garantita al 100%, come è possibile fare tutto ciò quando non vi sono effettivamente controlli da parte del Ministero su determinate politiche attuate in giro per l'Italia in generale e quando non ci sono previsti dei compensi specifici per i mediatori? Questo mi sembra un punto che andrà affrontato molto seriamente perché non esiste una prestazione professionale senza un'adeguata controprestazione, tutto ciò secondo me deve essere considerato molto attentamente per il prossimo futuro. Chiedo scusa se mi sono dilungato e grazie dell'ascolto.

STERPA

Grazie. Bene, allora io se non ci sono domande, interventi e il calo di zuccheri ha preso il sopravvento, ringrazio davvero tutti voi. Perdonatemi dieci secondi per dire due parole. La prima è che da qualche mese l'Istituto ha aperto una presenza all'interno della sede di Viale Mazzini 133, ossia del Genio Civile, dove potete usufruire dei nostri spazi per organizzare incontri, c'è l'Organismo di mediazione, facciamo la proiezione di alcune delle lezioni dei corsi che facciamo a Roma e organizziamo lì dei corsi di formazione, quindi veniteci a trovare perché questo è un ente pubblico che è la casa di tutti e come è stato a Roma che è divenuto nuovamente un centro frequentato, pure troppo, durante tutto il giorno, spero che possa avere un ruolo anche qua.

Mi piace ricordare però proprio in questo momento a sei mesi dalla sua scomparsa il Presidente Giorgio Santacroce che dello Jemolo fu un grande sostenitore, un grande diciamo fan ma soprattutto uno tra i fondatori culturalmente dell'Istituto. È scomparso sei mesi fa e negli ultimi mesi aveva insistito tantissimo nella sua attività professionale, nella sua attività di magistrato e attività scientifica per dire con la mediazione, con la conciliazione noi non parliamo solo di diritto, parliamo di un modo in cui una società vive facendo del conflitto qualcosa di sano, non di insano perché dal conflitto gestito in maniera sana una comunità può crescere rafforzata perché dopo il litigio si continua a stare insieme. Forse in un'epoca di radicalizzazione dei rapporti questo è anche un contributo culturale. Grazie e buona giornata.