

Colpa omissiva e dovere di intervento

Aldo Casalinuovo

Avvocato, Consulente legale SIOT, Studio Legale Casalinuovo & Associati

La Corte di Cassazione ribadisce principi noti ma sempre soggetti a raffinamenti progressivi nella costante casistica della colpa medica per omissione.

Con sentenza del 18 febbraio u.s., la Quarta Sezione Penale della Suprema Corte affronta il tema dei limiti e delle caratteristiche della *posizione di garanzia* in capo al sanitario.

Per posizione di garanzia deve intendersi la posizione di chi ha l'obbligo giuridico di impedire l'evento lesivo in forza di particolari conoscenze tecniche e di una particolare condizione di "supremazia", dalle quali scaturisce il dovere, giuridicamente rilevante, di intervenire. L'omissione della condotta doverosa è sanzionata ai sensi dell'art. 40 del codice penale (II comma), per il quale " *non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*".

Tradizionalmente la posizione di garanzia del medico viene inquadrata fra le c.d. *posizioni di protezione*: la impossibilità per il paziente di valutare le eventuali situazioni di rischio e la incapacità del medesimo di operare al fine di recuperare una situazione di normalità rispetto alla patologia in atto, hanno portato dottrina e giurisprudenza alla elaborazione di tale specifica locuzione, in qualche modo ancor più pregnante e significativa rispetto alla classica, e generalista, espressione di riferimento. E la giurisprudenza di legittimità suole, sovente, ricondurre il fondamento giuridico di tale posizione di garanzia alla stessa Carta costituzionale, facendo espresso riferimento agli articoli 2 e 32 della Carta fondamentale che hanno ad oggetto, rispettivamente, l'adempimento degli obblighi di solidarietà sociale e il diritto alla salute per ogni cittadino.

Dunque, posizione di garanzia da intendersi come centro di responsabilità decisive per l'attività del sanitario.

Orbene, la Corte di Cassazione, con la richiamata sentenza, descrive la necessaria *dinamicità*, se così può dirsi, della posizione di garanzia in capo al medico, affermando che " *la posizione di garanzia del medico non può essere interpretata come un ruolo di mera attesa, ma comporta la ragionevole aspettativa dell'intrapresa di tutte le iniziative (diagnostiche e terapeutiche) che consentano di produrre effetti positivi sulle condizioni di salute del paziente*".

Può apparire un concetto scontato, ma in realtà non lo è, sol che si ponga mente, da un lato, alla sempre più pervasiva medicina c.d. " *difensiva*" per cui, onde evitare possibili contestazioni omissive, il medico è portato ad adoperarsi – in particolare sotto il profilo degli esami diagnostici – con un eccesso di attività dispositiva (in realtà sovrabbondante rispetto al più mirato trattamento del paziente), e, dall'altro lato e per contro, alla prudenza talvolta " *paralizzante*" che può indurre il sanitario, per il medesimo motivo, ad evitare approcci terapeutici plausibili, e fors'anche opportuni, ma incerti negli effetti in rapporto a quel particolare caso.

In definitiva, nulla di nuovo sotto il sole: il precario equilibrio nella visione giuridica del concreto esercizio della delicata attività sanitaria è un dato costante (si pensi ai mutevoli parametri di riferimento in tema, per come in epoche successive elaborati dalla giurisprudenza), e forse un sicuro ed incontrovertibile punto di approdo è ancora di là dal consolidarsi. Ed è così che il prudente apprezzamento del singolo caso – certo sulla base dei principi – guida nell'attualità applicati (su tutti la " *famosa*" sentenza Franzese in materia di causalità omissiva impropria) – è l'opera altrettanto delicata che si richiede all'interprete delle leggi.

Attuata la delega sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale

Ernesto Macri

Avvocato, Consulente legale SIOT, Studio Legale Casalnuovo & Associati

È stato pubblicato sulla G.U. 5 marzo 2010, n. 53, il *D.Lgs. 4/3/2010 n. 28* che, in attuazione della delega conferita al Governo dalla L. n. 69 del 2009 in materia di processo civile, riforma la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione per le controversie in materia civile e commerciale.

Allo schema di decreto legislativo, presentato lo scorso 28 ottobre 2009 – e di cui si era anche dato conto nel corso del Congresso Nazionale SIOT svoltosi a Milano –, il legislatore delegato ha apportato importanti novità.

L’auspicio è che la normativa possa finalmente contribuire a deflazionare in modo sensibile i carichi giudiziari esistenti, così da favorire una reale cultura della risoluzione alternativa delle controversie.

È naturale che molto dipenderà anche dalla capacità di saper creare un adeguato apparato organizzativo che, improntato a requisiti di serietà, efficienza e competenza, sia effettivamente in grado di gestire con successo i tentativi obbligatori di mediazione.

Nei prossimi mesi avremo ancora modo di ritornare sull’argomento, soprattutto per verificare quali saranno state le principali ricadute della nuova disciplina sul contenzioso riguardante la responsabilità medica.

Passando all’esame dei contenuti, ecco in estrema sintesi gli aspetti principali del provvedimento legislativo.

Condizione di procedibilità

Aspetto senza dubbio centrale della nuova disciplina, anche per quanto concerne la professione medica, è la previsione contenuta nell’*art. 5, comma 1*, che stabilisce che colui che intende esercitare in giudizio un’azione in merito ad una controversia relativa ad alcune specifiche materie, fra le quali *il risarcimento del danno derivante da responsabilità medica*, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione.

Quindi, il procedimento di mediazione quale *condizione di procedibilità* della domanda giudiziale.

Ciò comporta, che se prima di adire il giudice, non è stato esperito il tentativo di mediazione, tanto la parte convenuta in giudizio, nel suo primo atto difensivo, quanto lo stesso giudice, non oltre la prima udienza, possono eccepire l’improcedibilità dell’azione giudiziale.

Accanto a quella appena descritta, che viene definita come “mediazione obbligatoria”, è stato inoltre previsto che il giudice “*valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, può in qualunque momento invitare le parti alla mediazione*” (*art. 5, comma 2*).

Purtroppo, si deve registrare come il legislatore ha disposto che sia il comma 1 che il comma 2 dell’*art. 5 non si applicano “nell’azione civile esercitata nel processo penale”*: il rischio è che una simile previsione finisca per diventare una sensibile limitazione proprio per le controversie in materia di responsabilità medica.

Durata

Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a *quattro mesi* (*art. 6, comma 1*).

Agevolazioni fiscali

Si tratta di un procedimento in cui sono previsti consistenti incentivi di carattere fiscale.

In primo luogo, tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento sono esenti dall’imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura (*art. 17, comma 2*).

Lo stesso verbale di accordo è esente dall’imposta di registro entro il limite del valore di 50.000 euro (*art. 17, comma 3*).

È previsto altresì, in caso di successo della mediazione, un credito di imposta, fino a concorrenza di euro 500, alle parti che corrispondono l’indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione.

Procedimento

Quando viene raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo (art. 11, comma 1).

Se l'accordo non viene raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione.

La proposta di conciliazione viene comunicata per iscritto alle parti, le quali devono far pervenire al mediatore, sempre per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. Se non dovesse pervenire nessuna risposta nel termine previsto, la proposta si ha per rifiutata (art. 11, comma 2).

Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta e delle ragioni del mancato accordo.

Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di conciliazione (art. 11, comma 4).

Il verbale di accordo è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo a cui appartiene il mediatore (art. 12, comma 1).

Spese processuali

Ad un chiaro intento deflattivo, si ispira la norma che prevede che tutte le volte che il provvedimento che definisce la causa davanti al Giudice corrisponde interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore, la parte che non ha accettato la proposta medesima può vedersi non riconosciuta dal Giudice la ripetizione delle spese processuali, anche se vittoriosa in giudizio (art. 13, comma 1).

Organismi di mediazione

Gli enti pubblici e privati sono abilitati a costituire organismi che possono gestire le procedure di mediazione.

Tuttavia, è necessario che tali organismi siano iscritti in un apposito Registro tenuto presso il Ministero della Giustizia.

I requisiti e le modalità di iscrizione saranno disciplinati da alcuni decreti ministeriali specifici, di prossima adozione (art. 16).

È inoltre contemplata la possibilità che organismi speciali possano essere costituiti, previa autorizzazione del Ministero della Giustizia, anche dai consigli degli ordini professionali, per le materie riservate alla loro competenza (art. 19).

Disposizioni transitorie

Infine, è stato previsto che le disposizioni che riguardano l'esperimento del tentativo obbligatorio della mediazione entreranno in vigore decorsi 12 mesi dall'approvazione del decreto legislativo.