

Il valore aggiunto e i profili critici della mediazione in materia di responsabilità medico legale

Andrea Buti - San Benedetto del Tronto, 24 novembre 2017



Ente di formazione dei mediatori
dell'Università degli Studi di Camerino
(n. 38 Elenco Ministero Giustizia)

Mini-agenda



- Cultura dell'errore in ambito sanitario e professionale in genere;
- Cultura del confronto, almeno con il mediatore;
- Piena legittimità e meritevolezza degli accordi stragiudiziali in cui sia parte una p.a. che postulano il quarto ed ultimo argomento, ossia:
- La capacità di effettuare un giudizio prognostico circa l'esito del giudizio.

Verso una cultura dell'errore

Cambiamento di paradigma



Ministero della Salute

DIPARTIMENTO DELLA QUALITA'
DIREZIONE GENERALE DELLA PROGRAMMAZIONE SANITARIA, DEI LIVELLI ESSENZIALI DI
ASSISTENZA E DEI PRINCIPI ETICI DI SISTEMA
UFFICIO III

Risk management in Sanità **Il problema degli errori**

Commissione Tecnica sul Rischio Clinico
(DM 5 marzo 2003)



Roma, marzo 2004

What?



- Il “mito” dell’infallibilità del medico o del professionista
- L’errore è un’eccezione da scongiurare: meno se ne parla, meglio è.
- L’errore è fisiologico in ogni attività umana: studiarlo, comprenderne le cause ed evitare che si riproponga è un’ autentica occasione di miglioramento.
- Come avviene in altri settori

Esistono due possibilità per approcciarsi al problema degli eventi avversi in sanità.

- la prima si focalizza sul **comportamento umano** come fonte di errore attribuendo l'incidente ad un comportamento aberrante. Il rimedio è quindi costituito dalla riduzione della variabilità inappropriata del comportamento umano. Lo sforzo di prevenzione dell'errore si concentra sul miglioramento della conoscenza e della formazione individuale.
- la seconda possibilità si focalizza sulle **condizioni nelle quali accade l'errore**, che è visto come il risultato di un fallimento del sistema, inteso come insieme di elementi umani, tecnologici e relazionali, fortemente interconnessi, interattivi e finalizzati ad un obiettivo comune. Il rimedio è indirizzato verso i problemi nascosti e profondi ed ad una rimodellizzazione dei processi.

A quest'ultimo approccio dovrebbe tendere un sistema che voglia ridurre l'incidenza degli eventi avversi.

La sua applicazione in ambito sanitario richiede un fondamentale cambio di paradigma: considerare l'errore come fonte di apprendimento per evitare il ripetersi delle circostanze che hanno portato a sbagliare.

Promuovere la cultura dell'imparare dall'errore e non nascondere lo è una strategia vincente e appagante, come dimostrano esperienze già maturate in altri contesti.

Un confronto



Emily e Martin Bromiley



Martin Bromiley
Clinical Human Factors Group



MPS 2012



Verso una cultura del confronto

Almeno con il mediatore



La mia comunicazione



Provo a darvi il mio punto di vista. L'Azienda mi ha comunicato la disponibilità ad offrire una cifra che, però, al momento non ritengo opportuno condividere tra tutte le parti.

Il polipo era peduncolato, quindi più facile da asportare; tuttavia si trattava di un polipo grande, ma non enorme: la perforazione potrebbe essere una complicanza o un'imperizia; la peritonite era una conseguenza inevitabile della perforazione; la perforazione forse poteva essere diagnosticata prima, ma solo di poco; il danno psichico andrebbe letto alla luce di tali circostanze.

Ciò induce il sottoscritto ad ipotizzare un ridimensionamento della richiesta della parte istante. Il danno biologico potrebbe essere ridotto a circa il 8-9%, con conseguente diminuzione delle diverse voci. Non avendo agli atti (salvo errori o omissioni) elementi per valutare l'impatto sul reddito, il sottoscritto non ha modo al momento - di considerare tale voce di danno.

Vi chiederei, pertanto, se potrebbe essere ipotizzabile una trattativa, **ancora separata e riservata con il sottoscritto e non direttamente tra le parti**, su una cifra che si andrebbe a collocare nello scaglione tra 25.000 e 50.000 euro.

So bene che questa cifra è diversa da quello che ogni parte immaginava, ma non credo che alcun tecnico sia in grado di assicurare la diversa cifra sperata. Si tratta dunque di valorizzare - ove gradito - il risultato concordato e certo, rispetto al risultato incerto.

La risposta



Gent.mo sig. Mediatore con tutto il rispetto mi consenta di dissentire dalle Sue argomentazioni tecniche (non Le pare di avventurarsi un po' troppo in campo scientifico?)

Come può sostenere che vi sia stato un errore tecnico dell'operatore e che non si sia trattato di complicità?

Il fatto che il polipo fosse peduncolato non riduce la possibilità della complicità checché ne dica il CT di controparte il quale, peraltro, ha conosciuto le ns argomentazioni non in contraddittorio reale ma **posticipato** con una procedura che lascia molte perplessità...

Termino qui perché il mio compito è fare il medico-legale (è difficile mi creda) e non mi avventuro in territori dove la mia pochezza sarebbe ancora più evidente.

Buona giornata

Gent.mo sig. Mediatore con tutto il rispetto mi consenta di dissentire dalle Sue argomentazioni tecniche (non Le pare di avventurarsi un po' troppo in campo scientifico?)

Temo che anche il giudice dovrà avventurarsi in campo scientifico al momento di emettere una sentenza.

Né un giudice né un mediatore hanno competenze tecniche, ovviamente, ma possono e devono in qualche modo trarre conseguenze giuridiche da dati medici.

Non credo che un giurista possa processare acriticamente una perizia o una relazione tecnica, anche perché in presenza di conclusioni tecniche differenti, al momento di optare per l'una o l'altra, è costretto ad operare evidentemente una critica.

Io a differenza di un giudice non prendo nessuna decisione, non impongo nulla: mi limito ad instillare dubbi e stimolare riflessioni.

Come può sostenere che vi sia stato un errore tecnico dell'operatore e che non si sia trattato di complicità?

Io non sostengo nulla, lo ripeto: ipotizzo che un giudice potrebbe farlo. Credo che questa sia la mia funzione in questa sede.

□

Il fatto che il polipo fosse peduncolato non riduce la possibilità della complicità che ne dica il CT di controparte il quale, peraltro, ha conosciuto le ns argomentazioni non in contraddittorio reale ma **posticipato** con una procedura che lascia molte perplessità...

L'art. 8 d. lgs. 28/2010 prevede che:

2. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo.

*3. Il mediatore si **adopera** affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.*

Dunque trattasi di procedura libera e del tutto informale, non finalizzata ad emettere decisioni: quindi, non si possono verificare violazioni di diritti. Se le parti non sono d'accordo con quanto prospettato dal mediatore, possono in ogni momento porre fine alla mediazione.

Tento di **adoperarmi** in ogni modo a mia conoscenza e secondo le mie capacità.

Termino qui perché il mio compito è fare il medico-legale (è difficile mi creda) e non mi avventuro in territori dove la mia pochezza sarebbe ancora più evidente.

Io vorrei invece che le estendesse il suo compito, poiché senza dialogo tra giuristi e tecnici è assai difficile giungere ad una visione condivisa.

Io credo che non sia possibile escludere che un giudice possa raggiungere (magari errando dal suo punto di vista) le conclusioni da me ipotizzate.

Se invece lei può garantire alla ASUR che questo non accadrà, la prego di volermelo far presente poiché a questo punto la stessa ASUR non avrebbe nulla da rischiare in un eventuale giudizio e la mediazione potrebbe aver fine celermente con un verbale negativo.

Dal mio punto di vista ritengo, però, il mio compito non ancora esaurito, poiché non abbiamo ancora sviluppato tutti le problematiche in discussione.

Io vorrei infatti, con il dialogo fra tutti, determinare una cifra conveniente per entrambe le parti alla luce del più probabile esito in giudizio. Proviamo a sviluppare qualche ipotesi

A) Se un CTU nel giudizio stimasse un 8% (non molto distante dal 5% da voi stimato) già saremmo nell'ordine dei 16.000 euro a cui andrebbero aggiunte le le spese legali di circa 5.000 euro (oltre i.v.a.) per ogni parte. Staremmo parlando di una cifra di 28.000 euro.

B) Se un CTU nel giudizio stimasse un 12% (più distante dal 5% da voi stimato ma ben inferiore al 20% destinato dall'altra parte) avremmo una cifra compresa tra 35.0000 e 50.000 euro: spese legali di almeno 7.000 euro per ogni parte. Oltre i.v.a.

C) Se un CTU nel giudizio stimasse un 5% l'ASUR non avrebbe problemi

Come possiamo calcolare la probabilità che si verifichi ognuna di queste ipotesi (o altre ancora)?

In altri termini, quanto è affidabile la determinazione di un 5%?

La stessa domanda vale ovviamente e senza eccezioni anche per l'altra parte che stima un 20%.

Nessuna ulteriore risposta. Verbale negativo.

Il mondo è ingiusto

“Volevi fare del bene e hai fatto male”

(Vasco Rossi)



- La scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali è sottratta al sindacato giurisdizionale, anche di responsabilità (art. 1, co. 1, L. 14 gennaio 1994, n. 20). In sostanza, il vaglio delle scelte di merito degli amministratori non è consentito, se non limitatamente alla rispondenza delle stesse a criteri di razionalità e congruità rilevabili dalla comune esperienza amministrativa al fine di stabilire se la scelta risponda ai criteri di prudente apprezzamento ai quali deve ispirarsi sempre l'azione amministrativa.

Art. 1, co. 1, L. 14 gennaio 1994, n. 20



- 1. La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.

- La Corte dei conti, nella sua qualità di giudice contabile, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico; ma, per non travalicare i limiti esterni del suo potere giurisdizionale, una volta accertata tale compatibilità, non può estendere il suo sindacato all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore, la quale rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali di cui la legge stabilisce l'insindacabilità, e può dare rilievo alla non adeguatezza di mezzi prescelti dal pubblico amministratore solo nell'ipotesi di assoluta ed incontrovertibile estraneità dei mezzi stessi rispetto ai fini.

- La temerarietà della lite deve essere ravvisata nella coscienza dell'infondatezza della domanda o nel difetto della normale diligenza per l'acquisizione di detta coscienza e la relativa responsabilità è da ritenere sussistente qualora per colpa consistita nella mancanza di normale prudenza nel prevedere l'esito della lite, venga posta in essere una condotta processuale avventata e priva di giustificazione".

- Costituisce atto che esprime discrezionalità di merito ed è, comunque, esente da colpa grave, la stipula di una transazione effettuata dal direttore amministrativo di un'università su conforme parere dell'Avvocatura dello Stato.

Sentenza N. 2719-2013 Corte dei Conti – Sicilia



- Pare opportuno pertanto che l'agire del rappresentante dell'amministrazione davanti al mediatore sia preceduto da un atto di delega e di indirizzo da parte dell'organo competente sulla materia oggetto della controversia che contenga una valutazione esplicita dei termini del contenzioso, in cui cioè siano chiariti i limiti entro i quali può muoversi il rappresentante per giungere a una soluzione transattiva della controversia ovvero in cui sia motivata la decisione di non intervenire nel procedimento; inoltre, sia la conclusione dell'«accordo amichevole di definizione della controversia» davanti al mediatore, sia l'accoglimento della proposta del mediatore ai sensi dell'art. 11 del citato d.lgs., dovranno del pari essere preceduti da un atto interno di approvazione dei contenuti dell'accordo.
- Nella definizione delle motivazioni di tali atti, si richiede alla pubblica amministrazione lo sforzo di un giudizio prognostico circa l'esito e la durata del contenzioso.

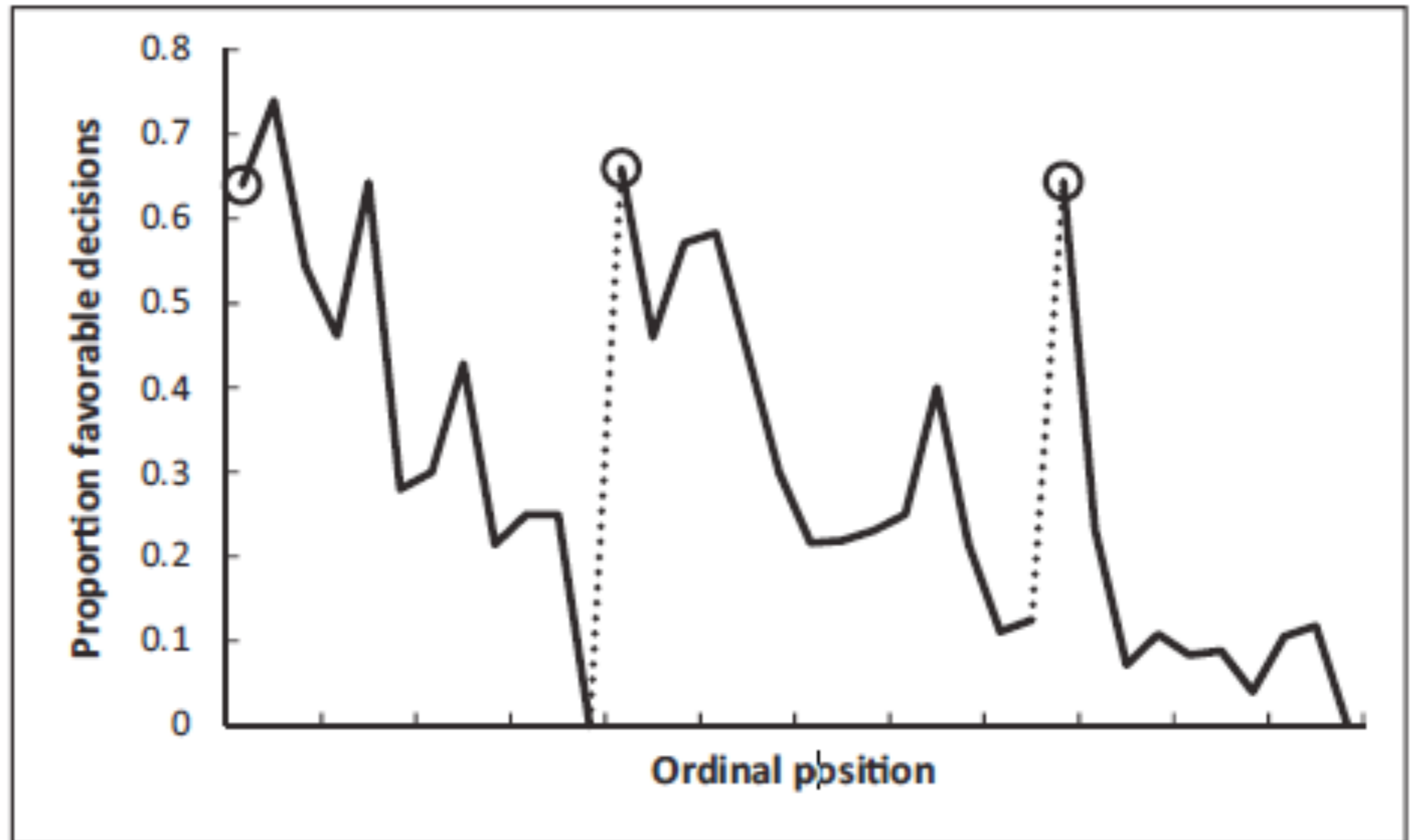
- Anche per la “mediazione” e, più in generale, per gli strumenti di composizione delle liti a disposizione degli enti pubblici, dunque, come accade per ogni scelta collettiva, il problema è quello di un’etica pubblica razionale: un accordo equo potrà nascere soltanto da un dialogo razionale fra soggetti che si sono impegnati seriamente per trovare un accordo e che, dal lato della parte pubblica, hanno assunto un atteggiamento imparziale. Non devono esserci interferenze di interessi personali, egoismi, ricatti, frodi o inganni.
- Ci deve essere piuttosto onestà di intenti, trasparenza delle decisioni, capacità di dare conto delle scelte compiute con l’utilizzazione di risorse pubbliche al giudice, che, nel sindacare, in sede di giudizio di responsabilità, i comportamenti di “legalità finanziaria”, è al servizio dell’intera collettività.
- Filippo Izzo Magistrato della Corte dei Conti

E' possibile prevedere
l'esito del giudizio?

Nuove competenze ed abilità



Come decidono i giudici ?



E

Sh

NY

Edi

An

ho

ti

ist

su

po

co

fo

ju

se

si

dr

se

su

th

de

de

[

th

ma

Consenso informato sull'esito?



- L. 247/2012, art. 13: Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale.
- Art. 27 - Doveri di informazione: L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione.

Grazie dell'attenzione

andrea.buti@adrcenter.com



Ente di formazione dei mediatori
dell'Università degli Studi di Camerino
(n. 38 Elenco Ministero Giustizia)