



Luci e ombre della mediazione nel settore della responsabilità medica

Dottore, concilia?

di **Vania Cirese**
Avvocato Foro di Roma

Il 20 marzo scorso sono entrate in vigore, anche nel nostro Paese, le disposizioni contenute nel decreto legislativo 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione in materia civile a conclusione dell'iter legislativo che ha concretizzato, contro lo scetticismo di molti, la delega conferita al Governo con gli obiettivi di deflazione dei processi e diffusione di una cultura di una giustizia "alternativa". Le disposizioni introdotte dal decreto, al fine dichiarato di rafforzare la mediazione come strumento necessario per la diminuzione del carico di controversie gravanti sul sistema della giustizia in Italia, evidenziano il crescente riconoscimento del valore aggiunto che l'istituto della mediazione sta ottenendo sia negli ambienti giuridici che tra gli operatori del mercato e l'influenza di matrice europea. È indubbio infatti che la mediazione così come riformata dal decreto finisce per coinvolgere tutti i più importanti aspetti della vita quotidiana interessando le materie più diverse. Il tentativo di mediazione presso gli organismi accreditati costituisce infatti condizione di procedibilità nelle controversie in varie materie (condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione ecc.) e tra le materie figura la responsabilità medica. Sono stati previsti tre tipi di me-

■ **A partire dal 20 marzo 2011, prima di arrivare davanti al giudice, tutte le controversie civili medico-paziente dovranno obbligatoriamente cercare un compromesso di conciliazione. Lo stabilisce il decreto legislativo n. 28/2010 approvato lo scorso 4 marzo con l'obiettivo di smaltire nei tempi più rapidi possibili il crescente numero di denunce civili e di risolvere i casi attraverso uno strumento che mira ad allentare la conflittualità tra le parti**



di mediazione:

- facoltativa, quando viene liberamente scelta dalle parti;
- obbligatoria (sarà operativa decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto), quando è imposta dalla legge; il procedimento di mediazione deve essere esperito, a pena di improcedibilità (da eccepire nel primo atto difensivo dal convenuto, oppure dal giudice non oltre la prima udienza) ed è anche quella che riguarda il risarcimento del danno da responsabilità medica;
- giudiziale, quando è il giudi-

ca ad invitare le parti ad intraprendere un percorso di mediazione (con ordinanza); l'invito potrà essere fatto in qualunque momento, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa.

Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a 4 mesi e il termine decorre dalla data di deposito della domanda. In merito all'avvio della procedura di mediazione, una parte può in ogni momento depositare una domanda di mediazione presso

un organismo accreditato per la conciliazione di una controversia civile e commerciale, anche a causa pendente. Dalla mancata partecipazione alla mediazione senza giustificato motivo della controparte, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio. Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a rivolgersi ad un organismo di mediazione.

Le novità più rilevanti

Tra le novità più rilevanti sono

senz'altro da segnalare: l'introduzione di incentivi fiscali come l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni tassa o diritto di qualsiasi specie e natura per tutti gli atti, documenti e provvedimenti; le conseguenze in sede giudiziale per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione; l'eventuale proposta del mediatore in caso di insuccesso e l'impatto di quest'ultima sulle spese processuali, nonché il valore attribuito dalla normativa al verbale d'accordo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione all'ipoteca giudiziale, tutte novità "rivoluzionarie". Un ruolo fondamentale è assegnato agli "organismi di mediazione" e, di conseguenza ai mediatori. È previsto infatti che le procedure di mediazione possano essere gestite solo dagli organismi pubblici e privati iscritti ad un apposito Registro presso il Ministero della Giustizia e che i mediatori, iscritti alla liste degli organismi accreditati al registro, abbiano frequentato e superato un apposito percorso formativo erogato da enti di formazione accreditati dal Ministero della Giustizia. A ben vedere appare inconfutabile lo sforzo del legislatore delegato nell'offrire tutti i mezzi necessari per rafforzare la giustizia alternativa e rendere accessibile a tutti uno strumento rapido, economico ed efficace non trascurando la formazione del personale che dovrà dispensare la "giustizia alternativa".

Una nuova professionalità: il "mediatore"

La figura del "mediatore" inaugura l'avvento di nuove professionalità per il "terzo imparziale" che deve assistere le parti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia (mediazione compositiva) o per formulazione di una proposta per la risoluzione della vicenda (mediazione propositiva). Il mediatore è tenuto alla riservatezza e non può essere chiamato a deporre in giudizio nel caso in cui si instauri il contenzioso. Il supporto degli organismi, pubblici o privati, abilitati a svol-

"Mediazione": le premesse europee

■ **La riforma adottata si pone nel rispetto e in coerenza con la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea**

L'art. 60 della Legge 69/2009 in materia di "Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" ha delegato il Governo ad adottare, entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione al fine della conciliazione nelle controversie, aventi ad oggetto diritti disponibili. Senza precludere l'accesso alla giustizia Val la pena evidenziare la genesi della direttiva, indicativa del preciso obiettivo della Comunità di

adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile per il corretto funzionamento del mercato interno, mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza, giustizia, libera circolazione delle persone. Per garantire un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo di Tampere nel 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative di risoluzioni delle controversie in materia civile (e commerciale); nell'aprile 2002 la Commissione

ha presentato un libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, intraprendendo consultazioni ad ampio raggio con gli Stati membri sull'opportunità di promuovere l'utilizzo della mediazione per fornire un rimedio extragiudiziale, conveniente e rapido delle controversie civili, attraverso procedure più snelle, flessibili e informali.

Le istituzioni comunitarie hanno inteso valorizzare gli accordi risultanti dalla mediazione, in considerazione delle maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente, essendo frutto di una libera adesione, nonché in grado di preservare (o ricostruire) una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

La filosofia del ricorso alla mediazione nelle controversie tra-

sfrontaliere e interne è ispirata ad una visione democratica degli ordinamenti e della funzione statale che sempre più lascia spazio alla responsabile autodeterminazione della società civile, utilizza tecnologie e moderne professionalità di comunicazione, ricerca efficaci deflativi del contenzioso, attesa la "paralisi" di corti e tribunali di tutta Europa non più in grado di dispensare giustizia in maniera soddisfacente e in tempi che non siano biblici.

Mediazione vs procedimento giudiziario

Per non svalutare la mediazione, il legislatore comunitario ha precisato che essa non può estendersi a quei diritti (e obblighi) di rango superiore, ossia indisponibili e che non può essere ritenuta un'alternativa "deteriore"

rispetto al procedimento giudiziario, a tal fine prevedendo che l'accordo sia munito di esecutività in tutto il territorio dell'UE, tranne i casi di contrasto con il diritto interno o internazionale.

In proposito gli Stati membri devono provvedere affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia, non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione a tale questione per scadenza dei termini di prescrizione o decadenza. In altre parole gli Stati membri devono garantire un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

Scelte legislative ed etica. Sul piano dell'indagine non può non osservarsi come molti scienziati e

gere il procedimento di mediazione ed il requisito dell'iscrizione nell'apposito registro sono novità in linea con il sistema europeo (specie inglese). I consigli dell'Ordine (di avvocati, medici) possono istituire organismi avvalendosi del proprio personale e dei propri locali. Presso il Ministero è previsto l'albo dei formatori per la mediazione.

Laurea in legge o in comunicazione?

Sui requisiti soggettivi degli aspiranti conciliatori già c'è dissenso. Alcuni ritengono che se la nuova professionalità si interpreterà ristrettivamente, ad esempio affermando che solamente chi possiede una laurea in economia o in giurisprudenza possa effettuare il corso e accedere alla carriera, si potrebbe obiettare che anche questa volta si è creata una nuova professione il cui accesso è "castizzato".

Altresì si potrebbe obiettare che visto che si parla di "Adr" (Alternative Dispute Resolution), di tecniche di conciliazione tra due soggetti in disputa sarebbe perfetto anche uno laureato in psicologia o in comunicazione, con corso di formazione specifico, perché magari un avvocato o un dottore in legge non è accademicamente preparato per mettere d'accordo due soggetti o affrontare argomenti formativi richiedendosi tecniche di comunicazione e negoziazione efficaci nonché risoluzione di conflitti. Non mancano voci che asseriscono come un avvocato appaia la figura più squisitamente "incompatibile" con questa professione visto l'indubbio ed inconfutabile conflitto di interesse.

Immaginiamo l'avvocato che informa obbligatoriamente il suo cliente del tentativo obbligatorio di conciliazione e indica se stesso come conciliatore perché iscritto presso un organismo, avendo già un rapporto diretto con il Cliente (!).

Naturalmente gli avvocati non vedono incompatibilità o "castizzazione" delle nuove professioni bensì specifica e opportuna preparazione a gestire le tematiche che comunque hanno implica-

filosofi (Rees, Jonas, Beck, Kung, Rossi) da tempo siano concordi nel ritenere insufficienti gli strumenti del diritto e nell'assegnare un ruolo decisivo all'autoregolamentazione sociale, promossa da una nuova etica e razionalità. L'impegno in favore dei diritti dell'uomo presuppone una coscienza delle responsabilità e dei doveri che chiama in causa la testa e il cuore degli uomini, perché senza etica, il (solo) diritto non ha, a lungo andare, nessuna consistenza. Nella società mondiale del rischio, l'arretratezza del diritto civile e amministrativo, come "potenziale inutilizzato", la mancata elaborazione di regole nuove, l'incapacità di elaborare una nuova politica e scelte legislative con standard normativi più elevati, hanno dato all'inquietudine sociale, ca-

Mediazione: il decreto "in pillole"

- **Il Decreto legislativo** n. 28 del 4 marzo 2010 ha introdotto nel nostro sistema processuale lo strumento della mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali.
- **Il ricorso alla conciliazione** era oggi già possibile rivolgendosi agli organismi di conciliazione, ma assolutamente facoltativo.
- **Il decreto**, entrato in vigore il 20 marzo 2010, stabilisce che, decorsi 12 mesi, quindi dal 20 marzo 2011, il procedimento di mediazione diverrà obbligatorio per una serie di materie indicate all'art. 5 fra cui "risarcimento del danno derivante da responsabilità medica".

zioni giuridiche.

Per ora è sancito il nuovo obbligo per l'avvocato di informare l'assistito in modo chiaro e per iscritto, nel primo colloquio, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, con

La mediazione che riguarda il risarcimento del danno da responsabilità medica è obbligatoria e sarà operativa decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto

l'allegazione agli atti del documento così formato e sottoscritto dal cliente.

Luci e ombre

Mentre i consigli dell'Ordine dei medici e degli avvocati si organizzano, c'è da chiedersi quale sarà l'impatto del tentativo obbligato-

rico di aspettative di giustizia, uno sbocco improprio nel processo penale con eccessiva frequenza. Il diritto e il processo civile si sono astenuti dal creare i presupposti per la diffusione di una cultura giuridica capace di essere risolutiva e ristabilire la coesione sociale con adeguate risposte. Appare significativo che ancora una volta una posizione innovatrice giunga dal legislatore comunitario che come per la tutela dell'ambiente, per la sicurezza sul lavoro e altri temi della modernità e post-modernità ha scosso gli Stati membri, obbligandoli in base al principio di "leale collaborazione" (art. 10 Trattato) ad un impegno riformatore per risvegliare il corpo immobile (o già moribondo?) dell'amministrazione della giustizia civile.

• **Questo significa** che prima di poter agire in giudizio sarà necessario fare una domanda per attivare una procedura di conciliazione.

• **Cos'è la conciliazione:** è l'attività svolta da un terzo imparziale che assiste 2 o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la risoluzione di una controversia.

• **Se si raggiunge** un accordo amichevole si forma un processo verbale sottoscritto dalle parti il cui contenuto è vincolante e una volta omologato con decreto del Presidente del Tribunale diventa titolo esecutivo.

• **La domanda** di conciliazione deve essere proposta presso uno degli organismi di conciliazione iscritti nell'elenco del Ministero della Giustizia.

• **Attualmente** gli organismi di

conciliazione del risarcimento del danno da responsabilità medica e sul settore assicurativo.

Già nei primi focus e dibattiti si mettono in luce i vantaggi della nuova procedura stragiudiziale:

l'affermazione della tutela degli interessi delle parti, in quanto il diritto non sempre coincide con l'interesse delle parti e spesso comporta l'effetto di interrompere definitivamente la relazione tra i contendenti, mentre la mediazione la

ricostruisce e la lega all'accordo raggiunto. Altrettanto pregevole è l'obiettivo di natura amministrativa di ridurre il debito giudiziario, nonché il fine di offrire nuove opportunità di lavoro creando altre, qualificate professionalità; conciliatori professionisti, avvocati, consulenti specializzati. Nel settore della responsabilità medica già sono emerse esigenze comuni e utili suggerimenti:

- la necessità di predisporre una normativa ad hoc per le conciliazioni nel settore medico e di apprestare apposite commissioni di conciliazioni specialistiche e specializzate;
- la necessità di esplicitare l'equiparazione della disciplina della mediazione nel settore della responsabilità medica a quella della responsabilità sanitaria non medica (es. alla somministrazione di farmaci; agli errori nelle cartelle cliniche ecc.);
- la necessità di informare correttamente i pazienti dell'utilità del ricorso alla mediazione;
- la necessità di gestire e rafforzare il rapporto con le assicurazioni, includendole nella mediazione;

conciliazione iscritti sono circa 60, fra cui oltre ad alcuni organismi privati, si trovano gran parte delle Camere di Commercio che hanno promosso ormai da diversi anni le camere di conciliazione, alcuni ordini degli avvocati e dei commercialisti.

• **Da alcuni anni** l'Ordine dei Medici di Roma ha avviato il progetto "Accordia" in collaborazione con la Camera di Conciliazione dell'Ordine degli avvocati di Roma sul tema della conciliazione in ambito sanitario.

• **Negli ultimi mesi** sono numerosi gli Ordini dei Medici che hanno stipulato convenzioni con le Camere di Conciliazione degli ordini degli avvocati per creare una sinergia che consenta a questo prezioso strumento di soluzione stragiudiziale delle controversie di funzionare veramente.

• inserire nel "consenso informato", del paziente, l'informativa sul ricorso obbligatorio ad uno o più organismi di conciliazione;

• la necessità di prevedere la figura del consulente tecnico in mediazione;

• l'opportunità di regole sulla riservatezza nella conciliazione;

• la necessità di preparare gli avvocati e i consulenti tecnici per l'assistenza dei propri clienti nella procedura di mediazione anche con sessioni private tra il mediatore ed il solo avvocato;

• la previsione della mediazione di tipo delegato (quindi suggerita dal Giudice) anche in sede di appello; l'opportunità per il Giudice nei giudizi pendenti di invitare le parti alla mediazione.

Dubbi e perplessità

I dubbi sorgono sul tenore (preoccupante e contrastante con la filosofia "amichevole") dell'art. 5, c. 3 "Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale". La procedura (ovviamente) non si applica all'azione civile esercitata nel processo penale. Potrebbe essere la via privilegiata per aprire il discorso sul risarcimento del danno immediatamente con le strutture, ma uno strumento normativo di settore dovrebbe prevedere che la conciliazione sia previamente (o esclusivamente) esperita con l'ospedale o la casa di cura, "manlevando" il medico. Certo occorrono conciliatori preparati perché il rischio di una cattiva gestione della procedura stragiudiziale, duplicherebbe tempi ed attività, costringendo ad un successivo intervento in sede giudiziale, dopo l'infruttuosa conciliazione.

Le perplessità maggiori tuttavia sorgono ad un'attenta lettura dell'art. 2 che stabilisce l'oggetto della mediazione, facendo riferimento alla conciliazione di controversie civili vertenti "su diritti disponibili", ossia beni di pertinenza esclusiva o prevalente del privato che ne è titolare. A nulla vale un accordo, una transazione, una rinuncia alla tutela, su beni per cui è lo Stato ad avere un interesse diretto alla salvaguardia, beni dotati di rilevanza per l'intera collettività. Posto che il decreto non precisa quali siano i diritti "disponibili" e di contro quelli "indisponibili", il compito di individuarli non può che spettare all'interprete, il quale deve ricavarli dall'intero ordinamento giuridico. Comunemente si ritengono "disponibili" i beni che non presentano un'immediata utilità sociale e che lo Stato riconosce esclusivamente per garantire al singolo il libero godimento. In applicazione di questo criterio guida si annoverano tra i diritti disponibili innanzi tutto i diritti patrimoniali e allora il risarcimento dei danni da lesioni colpose, omicidio colposo, cagionati da responsabilità professionale (negligenza, imprudenza, imperizia) sembrerebbe poter rientrare nelle materie suscettibili di "mediazione". Tuttavia rispetto al bene "integrità fisica" è opinione dominante che occorra prendere come parametro di riferimento l'art. 5 c.c. (diminuzione permanente). Ulteriori limiti alla disponibilità del bene possono essere ricavati dalla Costituzione (art. 2, 32 Cost.).

Tra i beni indisponibili va poi indubbiamente annoverato il bene della vita come peraltro si evince, oltre che dal diritto privato, dalle fonti internazionali che ci obbligano, dagli art. 579 e 580 c.p. che incriminano l'omicidio del consenziente e l'istigazione al suicidio. La ragion d'essere dell'indisponibilità sembrerebbe precludere in tema di responsabilità sanitaria, quantomeno la conciliazione per i casi di omicidio colposo in un'interpretazione che voglia essere coerente con i principi generali del nostro ordinamento e le sue radici più profonde.

Ai posteri...l'ardua sentenza!

I punti critici per l'Avvocatura

Intanto l'Oua (Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana), organo di rappresentanza politica dell'Avvocatura, pur confermando la condivisione di massima del D.lg governativo, esprime un giudizio negativo su alcuni aspetti denunciando la presenza di profili di incostituzionalità in due punti del provvedimento: la non previsione dell'assistenza legale di un avvocato e l'obbligatorietà del ricorso alla conciliazione. Potrebbe esserci il rischio di un quarto grado di giudizio con tempi e costi che influiranno sulla società e in particolare sul cittadino. Questo timore è alimentato dalla previsione della facoltà da parte del conciliatore di nominare Ctu. **Y**