

## Responsabilità medica e mediazione obbligatoria

Le novità introdotte dal decreto legislativo 28/2010 in attuazione delle disposizioni dell'art. 60 della legge 69/2009 in materia di "Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"

*L*a mediazione? Semplice ed efficace". È lo slogan che ha dato il via alla campagna di comunicazione, voluta dal guardasigilli **Angelino Alfano**, per far conoscere ai cittadini il nuovo strumento di risoluzione delle controversie civili che, a partire dal marzo del 2011, renderà obbligatorio il tentativo di mediazione tra le parti. Suddetto strumento giuridico si propone di disincentivare il ricorso in tribunale, con lo scopo di ridurre progressivamente l'arretrato che grava sul sistema giustizia. Come però ha ricordato lo stesso Ministro Alfano (Genova, Congresso Nazionale Forense, 26-27 novembre 2010) «la mediazione civile non cancella il grado giurisdizionale. Se la mediazione fallisce si va dal giudice. E si va dal giudice per volontà di una delle due parti». Alfano ha poi sottolineato che «nel regolamento abbiamo dato la possibilità chiara, aperta, di farsi guidare dall'avvocato che per me è fondamentale nel processo di mediazione. E i fatti mi daranno ragione». L'unica alternativa a questa strada (il provvedimento sulla mediazione obbligatoria è stato fortemente contestato dagli avvocati

riuniti a Genova che ne hanno chiesto l'abrogazione, ndr), secondo il Ministro, sarà «la cancellazione della mediazione».

### Risarcimento del danno da responsabilità medica

«L'aspetto del Decreto legislativo 28/2010 che noi abbiamo contestato e continuiamo a contestare – dichiara l'avvocato **Paolo Giuggioli**, Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Milano – non è tanto la conciliazione di per sé, ma la sua obbligatorietà; obbligatorietà che, tra l'altro, non è prevista in nessun paese del mondo, Argentina a parte. Inoltre, l'Art. 24 della nostra Costituzione recita che il cittadino ha il diritto di andare davanti a un giudice e non davanti

al mediatore per la conciliazione: la conciliazione è un'ipotesi, nel senso che può avvenire prima di andare davanti al giudice, senza però il vincolo dell'obbligatorietà.

Questa, a mio avviso, è una delle criticità del Decreto. Alcune materie infatti, a parte quella medica che forse è l'unica sulla quale ritengo che la mediazione per la conciliazione possa avere, pur tra i distinguo, una sua grossa rilevanza, hanno caratteristiche tali da non essere conciliate» (le azioni che devono essere precedute dall'esperienza della mediazione sono elencate dall'art. 5, comma 1 d.lgs. 28/2010, mentre i procedimenti che ne sono esclusi sono specificati dal comma 4 dell'art. 4, n.d.r.).

Ritornando alle controversie in materia





### LA MEDIAZIONE IN PILLOLE

La mediazione è l'attività professionale svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.

Il mediatore è la persona o le persone che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo. Il mediatore è un professionista con requisiti di terzietà. L'organismo presso il quale il mediatore presta la sua opera è vigilato dal Ministero della Giustizia. Registro degli organismi di mediazione. La mediazione può svolgersi presso enti pubblici o privati iscritti nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia e che erogano il servizio di mediazione nel rispetto del regolamento interno di cui sono dotati, approvato dal Ministero.

Dal 20 marzo 2011 la mediazione sarà obbligatoria anche nei casi di controversia in materia di responsabilità medica.

**Provvedimenti giudiziali urgenti:** anche nei casi di mediazione obbligatoria, è sempre possibile richiedere al giudice i provvedimenti che, secondo la legge, sono urgenti e indilazionabili.

**Procedimento di mediazione:** la mediazione si introduce con una semplice domanda all'organismo, contenente l'indicazione dell'organismo investito, delle parti, dell'oggetto della pretesa e delle relative ragioni. Le parti possono scegliere liberamente l'organismo. In caso di più domande, la mediazione si svolgerà davanti all'organismo presso cui è stata presentata e comunicata dalla controparte la prima domanda. In caso di insuccesso della mediazione, nel successivo processo il giudice potrà verificare che la scelta dell'organismo non sia stata irragionevole.

**Mediazione durante il processo:** nel corso del processo le parti, anche su invito del giudice, possono sempre esperire la mediazione.

**Durata della mediazione:** il procedimento ha una durata massima di 4 mesi.

**Esito della mediazione:** l'accordo raggiunto con la collaborazione del mediatore è omologato dal giudice e diventa esecutivo. Nel caso di mancato accordo, il mediatore può fare una proposta di risoluzione della lite che le parti restano libere di accettare o meno.

**Proposta del mediatore:** il mediatore deve fare la proposta se le parti concordemente glielo chiedono. Negli altri casi il mediatore può fare la proposta se il regolamento dell'organismo lo prevede. Se la proposta non viene accettata e il processo davanti al giudice viene iniziato, qualora la sentenza corrisponda alla proposta, le spese del processo saranno a carico della parte che ha rifiutato ingiustificatamente la soluzione conciliativa.

**Riservatezza:** nessuna dichiarazione o informazione data dalle parti nel procedimento di mediazione può essere utilizzata nel processo. Nessuna dichiarazione o informazione data da una parte solo al mediatore può essere rivelata alla controparte, e ogni violazione viene sanzionata. Tutte le informazioni riservate sono in ogni caso inutilizzabili in ogni successivo o eventuale processo. Spese della mediazione: le indennità dovute al mediatore sono stabilite dal decreto del Ministro della Giustizia per gli organismi di mediazione pubblici. Gli organismi di mediazione privati possono stabilire liberamente gli importi, ma le tariffe devono essere approvate dal Ministro della Giustizia. La mediazione è gratuita per i soggetti che nel processo beneficiano del gratuito patrocinio: in questo caso, all'organismo non è dovuta alcuna indennità.

di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, l'avv. Giuggioli osserva che «la mediazione per la conciliazione potrebbe avere un ruolo molto importante nel senso che le richieste che normalmente vengono fatte al medico che si presume abbia commesso degli errori in ambito professionale sono generalmente "gonfiate" circa l'entità del danno. Sappiamo che si tratta di un settore in cui il contenzioso ha subito, nel corso degli ultimi anni, un significativo

aumento, ponendo seri problemi di gestione della conflittualità stessa, delle responsabilità dei costi dovuti ai risarcimenti, del rapporto con l'utenza. Per queste ragioni e in funzione della normativa che impone lo strumento dell'obbligatorietà nella mediazione per la conciliazione, come Consiglio dell'Ordine abbiamo ritenuto utile aprire diversi canali di confronto e dialogo con strutture ospedaliere, aziende ed enti impegnati, a vario titolo, in questo campo, volendo offrire

la competenza e la professionalità della categoria forense milanese e l'esperienza nel campo della conciliazione che, attraverso il nostro Organismo di Conciliazione Forense, abbiamo maturato in questi anni. Con l'Ordine dei Medici di Milano abbiamo stilato, lo scorso 8 giugno, un protocollo che prevede l'impegno continuativo da parte nostra ad attivare e gestire un servizio di conciliazione rivolto in modo specifico alle controversie in materia di risarcimento





**Paolo Giuggioli,**  
Presidente  
dell'Ordine degli  
Avvocati di Milano

del danno derivante da responsabilità medica e odontoiatrica di natura contrattuale ed extracontrattuale». L'Ordine degli Avvocati di Milano, in collaborazione con l'OMCeOMI, si occuperà inoltre della formazione del personale che sarà interessato al progetto con l'organizzazione e la gestione di corsi specifici. Il progetto verrà sostenuto anche nei confronti delle compagnie di assicurazione

normativamente interessate ad esso, come enti assicuratori della RC professionale e assicuratori dei soggetti interessati.

«Nel caso di danni medici molto gravi – osserva Giuggioli – l'obbligatorietà della mediazione/conciliazione dimostra la sua assurdità: dato che il mediatore non è un medico questo significa che si fa due volte la perizia? Una volta davanti al mediatore e la volta successiva davanti al giudice? Di questo aspetto, che ha dell'assurdo, il legislatore non ha tenuto alcun conto. Non ha infatti valutato quali pratiche, per la loro stessa natura, potessero essere materia per il mediatore ai fini della conciliazione; il mediatore della conciliazione infatti può essere un avvocato, un neo-laureato (laurea triennale), o essere iscritto genericamente a un Albo professionale. Tutte persone rispettabilissime, ma come faranno ad avere l'esperienza e soprattutto la competenza necessarie?

I termini della mediazione sono previsti in quattro mesi. Ma sappiamo quali

sono i tempi necessari per fare una consulenza e una contro consulenza? Ci vogliono almeno sei mesi, un anno. Questa è una delle tante leggi che vengono fatte «a occhio», che non sono studiate nelle diverse peculiarità nell'ambito delle quali si sarebbe dovuto individuare e discriminare che cosa poteva essere effettivamente fatto. Noi abbiamo individuato delle pratiche introdotte nella mediazione per la conciliazione che hanno della follia. Ci sono poi altri tipi di materie che sono state completamente disattese. Il diritto penale non esiste, il diritto amministrativo non ha attività di nessun genere e lo stesso vale per il diritto tributario».

Quanto alla necessità di differire il termine di entrata in vigore dell'obbligatorietà del procedimento di conciliazione ad almeno 12 mesi dalla pubblicazione dei decreti attuativi, l'avv. Giuggioli ritiene che «se i dodici mesi dovessero servire per riesaminare meglio tutta la legge e soprattutto per arrivare a dire che alla fine dell'operazione la mediazione per la conciliazione non diventa obbligatoria, potrebbe andare bene; ma se i dodici mesi sono una pura e semplice operazione per rinviare e basta, come d'uso in Italia, e l'obbligatorietà rimarrà tale e quale, io credo che serva relativamente. Nei dodici mesi l'unica cosa, forse, che si potrebbe fare sarebbe quella di vedere l'impatto che la mediazione non obbligatoria potrebbe dare sull'attività». Ritornando al diverso effetto che l'istituto della mediazione per la conciliazione potrà avere a seconda dell'entità dell'errore medico, l'Avv. Giuggioli precisa che «le bazzecole sono sempre bazzecole, ma sono

## UNA POSIZIONE DIFFERENTE

Una diversa opinione rispetto a quella espressa dal plenum forense emerge nel corso del congresso nazionale dell'Associazione Nazionale Magistrati (Roma, 26-28 novembre 2010) in cui il presidente Luca Palamara ha dato atto al Governo che il D.Lgs. 28/2010 sulla mediazione è una delle riforme positive attuate per migliorare la giustizia civile. In particolare, Palamara ha dichiarato che «molti interventi appaiono di indubbia valenza positiva; tra questi la delega al Governo di uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e conciliazione in ambito civile e commerciale». Palamara ha infine ricordato che «occorre intraprendere decisamente e senza più indugi la strada della semplificazione e della drastica riduzione dei riti processuali. Sul punto è necessario che gli istituti della mediazione e della conciliazione, così come disciplinati dal D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 che ha dato attuazione alla delega contenuta nell'Art. 54 della Legge n. 69 del 2009, siano realizzati non come alternative al processo e come mezzi di «liquidazione» dei conflitti, come tramite per il loro superamento. È quindi necessario che tutti questi interventi vengano adottati tempestivamente per consentire il reale funzionamento della giustizia civile».



anche quelle per le quali non si fanno nemmeno le cause. Noi, come Ordine, avevamo raggiunto degli accordi con la Regione per le questioni relative al mancato pagamento dei canoni (telefonia mobile ecc.): si tratta di somme modeste per cui non avrebbe senso avviare una causa. È vero, però, che esistono alcune categorie di atti che, a mio avviso, a prescindere da qualsiasi considerazione, non possono essere oggetto della mediazione per la conciliazione. Ho fatto qualche esempio, ma ce ne sono tanti altri che non sono conciliabili e questo non è stato preso in considerazione dal legislatore che si è limitato a dare delle indicazioni che servono solo ed esclusivamente – forse – per eliminare del lavoro ai magistrati. Ma questo la nostra Costituzione non lo prevede». Esaminando la possibilità che la mediazione non sortisca alcuna conciliazione e le parti vadano a giudizio, chiediamo all'avv. Giuggioli se le conclusioni emerse in fase di tentata conciliazione avranno un riscontro in fase di giudizio. «Il Decreto legislativo ha creato questa ipotesi che è rappresentata dal fatto che una conciliazione non raggiunta determina conseguenze abbastanza rilevanti; se per esempio non si è accettata la proposta del mediatore e si va in causa, se la somma che verrà poi liquidata dal giudice si avvicinerà a quella proposta dal mediatore, la parte vincitrice dovrà pagare anche le spese, e questa è una follia. Tutto l'impianto di questo decreto si traduce nell'impedire al cittadino di rivolgersi al magistrato». L'avv. Giuggioli conclude ricordando che «noi abbiamo circa 5 milioni e mezzo di cause civili arretrate. Un'operazione di stralcio è stata avviata

nel 1998 con il compito di smaltire uno stock di pendenza quantificato in circa 800 mila cause. Dopo 15 anni si ventila l'ipotesi di istituire nuovamente sezioni stralcio per lo smaltimento di una buona parte dell'attuale arretrato. Il Problema dell'arretrato non può essere risolto attraverso l'instaurazione della mediazione conciliazione che al massimo potrà servire per il futuro della giurisdizione.

La creazione di nuovo arretrato dovrà essere impedito anche dal controllo da parte dei dirigenti delle sezioni di Tribunale e Corte d'Appello sulle modalità attraverso le quali i giudici delle sezioni trattano e smaltiscono le pratiche introitate durante l'anno.

### La figura del mediatore secondo il medico legale

Per **Umberto Genovese**, coordinatore del Laboratorio di Responsabilità Sanitaria della Sezione Dipartimentale di Medicina Legale dell'Università degli Studi di Milano, «dal punto di vista concettuale si tratta di un provvedimento interessante che raccoglie un'esigenza in Sanità, vale a dire quella di mettere a confronto il sanitario che forse ha sbagliato e il paziente che ritiene di aver subito un danno. Si tratta, pertanto, di una soluzione più volte auspicata e che potrebbe condurre ad un utile interazione tra le parti, anche se vi sono da rilevare, da un punto di vista pratico-attuativo, alcune criticità. Tra le motivazioni che sono alla base di questa soluzione vi è senz'altro quella di cercare di bypassare quelle difficoltà e quelle lungaggini legate al percorso giudiziario per i casi di responsabilità professionale sanitaria, che non solo ha tempi estremamente lunghi, ma

**Umberto Genovese**,  
coordinatore del  
Laboratorio di  
Responsabilità  
Sanitaria  
della Sezione  
Dipartimentale di  
Medicina Legale  
dell'Università degli  
Studi di Milano.



comporta esborsi economici e stress psicologici non indifferenti, per tutti. Non sono però certo che ciò possa essere certamente garantito, per varie problematiche. Infatti, se può ritenersi percorribile efficacemente nei casi semplici, piccoli come entità di danno alla persona e di esborso economico, nei casi complicati, vale a dire in quelli di responsabilità professionale articolata, sarà estremamente difficile sperare di raggiungere, nei tempi fissati e con i mezzi che si hanno a disposizione, soluzioni definitive. Soluzioni, e questo è un altro timore, che potrebbero anche essere raggiunte con l'accordo tra le parti, ma senza che si faccia una chiara luce, da un punto di vista tecnico, sull'accadimento in concreto verificatosi». Prosegue Genovese: «l'ambito in discussione è uno dei più ostici e delicati in Sanità. La maggior parte dei casi che vengono affrontati nel contenzioso da responsabilità professionale, non sono bianchi o neri, ma grigi. L'eventuale comportamento censurabile non è



sempre individuabile facilmente e alla pari il corretto operato non sempre traspare inequivocabilmente; per non soffermarsi poi sulla correlazione causale tra quanto fatto o non fatto e le conseguenze lamentate dal paziente. Un rigoroso approccio interpretativo e valutativo dei fatti in discussione richiede studio minuzioso, cultura ed esperienza medico-legale e clinica e, pertanto, efficace collegialità (medico-legale/specialista clinico). Di conseguenza, richiede tempo. Per non soffermarci, poi, su tutte le figure che dovrebbero porsi (direttamente o attraverso i loro rappresentanti) attorno ad un tavolo: il paziente o i suoi eredi, i diversi professionisti sanitari (medici, infermieri...), l'azienda ospedaliera, nonché le compagnie assicurative (che tutelano ciascun soggetto coinvolto). A tale proposito credo che forse si sia un poco trascurato il ruolo di queste ultime, così come quello, per i casi interessanti la sanità pubblica, della Corte dei Conti. Anche quest'ultima dovrà essere presente o vi dovrà essere il timore di aver raggiunto accordi che poi verranno dalla stessa contestati, con inevitabili ripercussioni economiche per i singoli e le strutture?». Prosegue Genovese: «Credo non possa essere inoltre trascurato che se poi la risoluzione dovesse essere raggiunta dalle parti attraverso la mancata attuazione di una rigorosa analisi tecnica e medico-legale degli eventi, ne deriverebbe, a distanza, un inevitabile ritorno negativo per la professione sanitaria, se non anche per la cultura dell'errore e per la gestione del rischio clinico che si stanno cercando di implementare in Sanità. Ciò non vuole significare che questa non sia la

strada giusta, ma di porre attenzione su come percorrerla. A questo ultimo proposito sarà indispensabile, tra l'altro, *prepararsi bene al viaggio*. E questo è un argomento estremamente delicato: se da una parte è indispensabile che venga attuata un'opera di formazione, dall'altra non deve essere trascurata la qualità e l'autorevolezza di quest'ultima. Gli enormi interessi economici che ruotano attorno a questo ambito formativo fanno purtroppo temere l'oggettivo rischio di prevalenza della sola prima esigenza. Tale timore mi deriva da quanto già accaduto per i percorsi formativi riguardanti il clinical risk management».

Sostiene Genovese: «In merito alla figura professionale del mediatore, risulta scontata la mia identificazione in quella dello specialista in Medicina Legale, essendo quest'ultimo, d'altra parte, il tecnico che elettivamente si è sempre occupato del fenomeno in discussione. Credo, però, risulti indispensabile attuare una preliminare e concordata opera selettiva e formativa, non sostenuta da interessi di categorie e/o professioni. Quest'ultima, a mio avviso, dovrebbe condurre ad un tavolo di lavoro progettuale gli Ordini, le Società Scientifiche, le Sanità regionali e l'Università, potendo immaginare un percorso informativo/formativo che veda in quest'ultima la base terza di un fattivo sinergismo con le altre componenti. Credo infine che la proposta dell'Istituto di Medicina Legale come eventuale ente conciliativo non soltanto vedrebbe la completa disponibilità di quest'ultimo, ma potrebbe garantire una terzietà che da sempre contraddistingue le attività che vengono compiute al suo interno».



### Funzione dell'Assicurazione e impatto all'interno della conciliazione

Di particolare interesse è, a questo punto, ascoltare le valutazioni che, nel merito, pronunciano **Attilio Steffano**, broker assicurativo, e **Lavinia Vercesi**, avvocato del Foro di Milano, entrambi professionisti che collaborano con il Laboratorio di Responsabilità Sanitaria, Dipartimento di Medicina Legale e delle Assicurazioni, dell'Università degli Studi di Milano.

A Staffano chiediamo di spiegare qual è attualmente la percezione del mondo assicurativo rispetto alla responsabilità medica e alla conciliazione: «Non





possiamo non vedere come le Compagnie di assicurazione, in questi anni, hanno costantemente aumentato i premi assicurativi a fronte del costante incremento del contenzioso in questa materia. L'intento deflattivo del decreto legislativo sulla conciliazione è ammirevole, benché nutro alcune perplessità sulla reale portata dello stesso verso il target prefissato. In particolare perché mi chiedo quale possa essere l'ulteriore margine di manovra al tavolo della conciliazione che non sia già stato intrapreso in fase di preventiva trattativa. Provo a spiegarmi meglio: alla comunicazione dell'apertura del sinistro, solitamente

le Compagnie di assicurazione chiedono che l'assicurato svolga una prima istruttoria della vertenza che permetterà, di conseguenza, di approfondire gli aspetti dell'eventuale fondatezza della domanda (sia nel merito, ma anche rispetto a scelte aziendali di opportunità); ove lo decida, quindi, cercherà di percorrere la strada transattiva. Se tale scelta fallisce, cosa potrà mai determinare il liquidatore (che, non dimentichiamoci, deve rispondere del suo operato davanti agli azionisti) alla decisione di conciliare? Altro sarebbe se l'onere di risarcire fosse statuito dal pronunciamento di un giudice». Ma anche l'avv. Vercesi nutre gli stessi dubbi circa la portata effettivamente deflattiva del D.Lgs. 28/2010? La sua prima considerazione concorda con quella di Stefano, nel senso che non c'è dubbio che i professionisti sanitari e le strutture ricevano un notevole numero di richieste di risarcimento danni, più o meno fondate. «Ciò è dovuto non tanto e non solo al fatto che oggi i medici sbagliano di più, quanto, da una parte, al modificato regime temporale delle polizze (da *loss occurrence* a *claims made*), dall'altra, agli interventi giurisprudenziali sui termini prescrizione del diritto al risarcimento: il risultato è che attualmente vengono avanzate pretese per fatti molto risalenti nel tempo, alle quali, poi, devono sommarsi quelle per fatti più recenti». «Circa l'impatto deflattivo del decreto di prossima applicazione non sarei così scettica – prosegue Vercesi – se pensiamo che, oramai (e anche questo è un tema critico dipendente dalle scelte commerciali delle Assicurazioni), le franchigie delle polizze per la responsabilità sanitaria si

sono innalzate. Penso soprattutto alle Aziende ospedaliere. Con ciò voglio dire che, stando così le cose, le strutture sanitarie che abbiano già al proprio interno un Comitato Valutazione Sinistri efficace e che gestisce in (quasi) autonomia i sinistri sotto franchigia potranno proficuamente sedersi intorno al tavolo della conciliazione e provare a trovare un punto di incontro con il paziente. Per le strutture ove questo non accade, ritengo che l'opportunità offerta dal Legislatore, possa essere uno stimolo al cambiamento. Certo, non possiamo nasconderci che, per i sinistri più gravi e più carichi di impatto emotivo e di "revanche", forse credere che tutto si risolva (e positivamente) in 4 mesi è sicuramente un po' azzardato, se pensiamo che intorno al tavolo della conciliazione potremmo trovare seduti il paziente oppure, in caso di decesso, gli eredi, il medico o i medici (vedasi la responsabilità d'équipe), ognuno di questi, potenzialmente, con il proprio avvocato e/o il proprio assicuratore». Posso ipotizzare – conclude Lavinia Vercesi – che forse le Compagnie di formazione anglosassone, che già conoscono la conciliazione anche in ambito sanitario, saranno le prime ad avvicinarsi; ma è anche vero che per esse non sussiste un obbligo specifico di sedersi al tavolo della conciliazione. Al di là di alcune questioni tecniche che dovrebbero essere precisate (è una mediazione facilitativa o valutativa? E, su tutte, vi è la questione della formazione specifica in materia di responsabilità medica per i conciliatori che si trovino ad affrontare queste fattispecie: d'altra parte, è anche argomento di riforma forense), con un pizzico di ottimismo, penso che in molti casi tentar non nuoce».