

TRENTO LAW AND TECHNOLOGY RESEARCH GROUP  
STUDENT PAPER SERIES N.5

lawtech<sub>trento</sub>

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Home | Biobank Law | Areas of research | Publications | The Law and Technology Research Group

lawtech

UNIVERSITY OF TRENTO - Italy  
Faculty of Law  
Department of Legal Sciences

Home

**Main Menu**  
Mission  
Courses & labs  
People  
Events  
Law&Technology Scholarship  
Contact Us

**Lawtech Paper Series**  
Research Paper Series  
Students Paper Series

**Login**

**On the Spot**

**Research Paper Series**

The Trento Law and Technology Research Group - Research Paper Series is now available online ([free download](#))

RESEARCH PAPER N.1  
Pascuzzi G., L'insegnamento del diritto comparato nelle università italiane (aggiornamento dati: dicembre 2009) / The Teaching of

**COMING NEXT**

PRESENTATION OF THE BOOK BY  
UMBERTO IZZO: "Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico/The Origins of Copyright and Droit d'Auteur. Technology, Interests and Legal Change" at the Bocconi University, Milan. Discussants: Laurent Mandrieux (Bocconi University), Alicia Lopez Jaramilla (University of Alicante), Director of IIS Helsinki - Intellectual Property Rights related

[View all](#)

UNIVERSITY OF TRENTO  
FACULTY OF LAW

CONCILIARE LA RESPONSABILITÀ MEDICA  
IL MODELLO "GENERALISTA" ITALIANO A CONFRONTO COL  
MODELLO "SPECIALIZZATO" FRANCESE

MEDIATION & MEDICAL LIABILITY  
THE ITALIAN "GENERAL APPROACH" COMPARED TO  
THE FRENCH "SPECIALIZED" MODEL

*Susanna Guerrini*

LUGLIO 2011

ISBN: 978-88-8443-381-7  
COPYRIGHT © 2011 SUSANNA GUERRINI

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group  
Student Papers Series Index  
<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn-eprints:  
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002248/>

Questo paper © Copyright 2011 by Susanna Guerrini è pubblicato con  
Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate  
2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:  
<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>>

MEDIATION & MEDICAL LIABILITY  
THE ITALIAN “GENERAL APPROACH” COMPARED TO THE  
FRENCH “SPECIALIZED” MODEL

ABSTRACT

The goal of this paper is to compare the Italian and French approaches to the use of mediation and more generally of ADR systems in the field of medical malpractice, analyzing in the framework of this comparison the pros and the cons of the Italian generalist model of mediation, as conceived to be applied in a host of heterogeneous fields of litigation following the enactment of the D.lgs. n. 28/2010. The evaluation is carried on considering how this model will score when implemented in the reality of medical malpractice litigation, itself a very broad label under which one can single out different highly specific hypothesis of claims with peculiar rules and different degrees of evidentiary problems.

The work is divided into two parts.

The first analyzes the important case law developments which in the last three decades have transformed the law of medical malpractice in Italy. Highlighted are the factors which, since the end of the Seventies, have slowly and steadily increased the quantity of civil claims and criminal actions brought against health care professionals and public and private hospitals. In this process courts have developed what has been defined a set of rules defined as “living law”, which, endorsing a victim’s friendly approach, has eased this dynamic, pushing more claims to be brought as outcomes were becoming more and more sympathetic to perspective claimants. This part ends by showing a set of statistical data detecting the type and frequency of reports regarding presumed medical errors occurred in given specialities each year, leading patients injured or unsatisfied to have their day in court against health care providers.

The second part of the paper evaluates the benefits conventionally associated with the idea of settling the medical liability disputes outside the courts. Against this theoretical backdrop it is first analysed the French model, as defined by a set of legislative reforms applied in the first years of

the third millennium which have endorsed a host of innovative solutions, developed considering holistically the medical malpractice phenomenon, and designing, along with the ADR system, a detailed institutional mechanism providing, among the others, tools for a no fault compensation scheme conceived in order to address the so-called “*alea therapeutique*”. Turning to the Italian situation, in this chapter I have critically assessed the past Italian unsuccessful attempts to develop ADR schemes in medical malpractice both at the national and at the regional level.

The final part of the paper analyzes in the detail the 2010 Italian generalist model of mediation as it will find application in the specific field of medical malpractice. Several factors accounts for the weakness of such a model when confronted with the specific evidentiary problems peculiar of medical malpractice, and with the vital need of a quick, impartial and highly technical expert assessment of the facts underlying the claim, whose assesment is not free of substantial costs. It is very unlikely that this conditions will be aptly addressed by a very informal model of mediation, whose costs are entirely shifted on the parties of the procedure, with no assurance as to the professional competence of the experts who will be selected for evaluating the scientific merit of the plaintiff's claim.

#### KEYWORDS

Tort law – Civil liability - Medical malpractice – ADR –  
Conciliation – Mediation – France

#### About the Author

Susanna Guerrini (e-mail [susannina@gmail.com](mailto:susannina@gmail.com)), J.D. Trento University (June 2011), graduated under the supervision of Prof. Umberto Izzo. The views and the possible errors of this paper are of course only mine.

CONCILIARE LA RESPONSABILITÀ MEDICA  
IL MODELLO “GENERALISTA” ITALIANO A CONFRONTO  
CON IL MODELLO “SPECIALIZZATO” FRANCESE

ABSTRACT

L'analisi condotta nel presente studio si prefigge l'obiettivo di rilevare, in una prospettiva comparatistica che accosta in chiave critica l'esperienza italiana a quella francese, i problemi e i possibili sviluppi della mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al D.lgs. n. 28/2010 nel particolare ambito della responsabilità medica.

Il lavoro si articola in due parti.

La prima è dedicata interamente all'analisi dei recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di malpractice. Dopo aver evidenziato i motivi che, dalla fine degli anni Settanta, hanno portato all'aumento esponenziale del contenzioso avente ad oggetto presunti errori medici, viene dato ampio conto del “diritto vivente” che, in una prospettiva chiaramente “vittimofila”, ha finito per determinare una sempre maggiore severità dei giudizi dei tribunali nei confronti delle strutture sanitarie e degli esercenti la professione medica. La parte prima si conclude con la presentazione di una serie di dati statistici tesi a far risaltare la tipologia e la frequenza delle segnalazioni che si riferiscono a presunti errori medici occorsi in determinate branche specialistiche e che, ogni anno, sfociano in contenziosi tra sanitari e pazienti danneggiati o comunque insoddisfatti.

La seconda parte del presente studio si ripropone, invece, di valutare l'opportunità di definire la responsabilità medica fuori dal processo. A fronte dell'incremento esasperato del contenzioso medico, ci si domanda se il ricorso a forme di risoluzione stragiudiziale delle liti (ADR) possa costituire, in questo ambito, una valida alternativa al giudizio ordinario. Si sono così lumeggiate le soluzioni innovative adottate dal legislatore francese in modo da poter analizzare con maggiore criticità le scelte effettuate dal nostro legislatore mediante il D. lgs. n. 28/2010 e, ancor prima, mediante le proposte di legge formulate per (tentare di) “risolvere”

il contenzioso in tema di responsabilità medica, nonché le iniziative di conciliazione promosse a livello di diritto regionale.

L'analisi si conclude formulando considerazioni di sintesi che utilizzano i risultati della comparazione per prospettare una chiave di lettura critica del recente intervento voluto dal legislatore italiano, che in ultima analisi ha mancato di considerare la decisa specificità che caratterizza lo scenario dell'ADR nel campo della responsabilità civile medica, per preferire l'adozione di una ricetta generalista che ben difficilmente soddisferà gli auspici legislativi che l'hanno propiziata.

### Parole chiave

Responsabilità civile – Responsabilità medica – ADR -  
Conciliazione - Mediazione - Francia

### Informazioni sull'autrice

Susanna Guerrini (e-mail [susannina@gmail.com](mailto:susannina@gmail.com)) ha conseguito la laurea specialistica in Giurisprudenza (percorso Europeo e Transnazionale) presso l'Università degli Studi di Trento nel giugno 2011, con la supervisione del Prof. Umberto Izzo. Le opinioni espresse, così come gli eventuali errori o imprecisioni dello scritto, sono imputabili esclusivamente all'autrice.

CONCILIARE LA RESPONSABILITÀ MEDICA  
IL MODELLO “GENERALISTA” ITALIANO A CONFRONTO COL  
MODELLO “SPECIALIZZATO” FRANCESE

*Susanna Guerrini*

	Pag.
<b>INTRODUZIONE</b>	I
<b>PARTE PRIMA</b>	
<b>LA RESPONSABILITÀ MEDICA: PROFILI SOSTANZIALI</b>	
1.1 LINEAMENTI SOSTANZIALI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA: ANALISI DELLA RECENTE EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI <i>MALPRACTICE</i>	1
I. 1.1. I nuovi confini della colpa professionale	1
I. 1.2. La natura della responsabilità del medico dipendente dal SSN: la tesi del “contatto sociale”	8
I. 1.3 Il principio Res ipsa loquitur e la ripartizione dell'onere probatorio	13
I. 1.4 Il riesame della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato nella recente giurisprudenza di legittimità	18
I. 1.5 Obblighi di informazione e consenso informato	22
I. 1.6 Il danno da perdita di chances nella medicina diagnostica	26
I. 2 ASPETTI SETTORIALI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA	31
I. 2.1 L'importanza di conoscere la RC medica nei singoli contesti e alcuni dati su cui riflettere	31
I. 2.2 Diagnosi prenatale, erronea sterilizzazione e <i>wrongful birth</i>	34
I. 2.3 La responsabilità del chirurgo nell'ambito della chirurgia estetica	42
I. 2.4 La responsabilità del medico odontoiatra	46
I. 2.5 Il contenzioso in ambito psichiatrico	49
I. 2.6 La responsabilità della struttura per danni cagionati da infezioni nosocomiali	51

## **PARTE SECONDA**

### **DEFINIRE LA RESPONSABILITÀ MEDICA FUORI DAL PROCESSO: IL MODELLO GENERALISTA ITALIANO A CONFRONTO COL MODELLO SPECIALIZZATO FRANCESE**

II. 1 I LIMITI DELL'APPROCCIO GIUDIZIARIO NELLA SOLUZIONE DEI CONFLITTI FRA MEDICO, STRUTTURA E PAZIENTE	63
II. 2 LA RIPARAZIONE DEGLI <i>ACCIDENS MEDICAUX</i> OLTRALPE	70
II. 2.1 Le conquiste di un'audacieuse jurisprudence	70
II. 2.2 La Loi Kouchner: dalla previsione di un'assicurazione obbligatoria all'istituzione di un peculiare modello di solidarietà nazionale	77
II. 2.2.1 Le <i>Commissions Régionales de Conciliation et d'indemnisation</i>	82
II.2.2.2 L' <i>Office nationale d'indemnisation des accidents médicaux, des affection, iatrogène et des infection nosocomiales</i>	88
II. 2.2.3 La <i>Commission nationale des accidents médicaux</i>	91
II. 3 LA MEDIAZIONE E LA CONCILIAZIONE NELLE CONTROVERSIE MEDICHE: L'ESPERIENZA ITALIANA	94
II. 3.1 Cenni sulle proposte di legge formulate per “risolvere” il contenzioso in tema di responsabilità medica	94
II. 3.2 Le iniziative di conciliazione promosse a livello locale	106
II. 3.3 Le novità del D.lgs. n. 28/2010: la c.d. media-conciliazione e il tentativo obbligatorio di mediazione	115
II. 3.4 Alle origini del D.lgs. n. 28/2010: la direttiva europea 2008/52/CE	117
II. 3.5 La nuova procedura conciliativa: tra mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa	124
II. 3.6 Il tentativo obbligatorio di conciliazione	141
CONCLUSIONI: CONCILIARE LA RESPONSABILITÀ MEDICA, OGGI	150
<b>APPENDICE</b>	163
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	178

## INTRODUZIONE

*“Si deve in quest’arte, più che in  
alcun’altra badar bene a parlare  
in modo comprensibile ai  
profani”*

[De veteri medicina, Corpus  
Hippocraticum]

Nel corso della seconda metà del secolo scorso si è assistito ad ogni latitudine ad un’evoluzione negativa dei rapporti intercorrenti tra la classe medica e la società civile. In Italia è la giurisprudenza dei tribunali di merito e della Corte di Cassazione che, come si vedrà in seguito, assestandosi su di una linea di crescente severità nei confronti di chi impartisce le cure, è stata protagonista di questa rivoluzione silenziosa.

Già dalla fine degli anni settanta del XX secolo, la giurisprudenza ha progressivamente adottato criteri di giudizio più sensibili alle esigenze di protezione del paziente, edificando peculiari figure di responsabilità che perseguono lo scopo di non lasciare privi di riparazione i tanti e gravi episodi di malasanità non sempre riconducibili a una colpa specificamente imputabile alla classe medica.

La storia ultra-millenaria di questo rapporto mostra, fin dalle origini, la sua complessità e ambivalenza di fondo: al sentimento di fiducia dei singoli e della società nei confronti dei medici, da cui si attende la guarigione e il prolungamento della vita, se ne affianca uno opposto di riprovazione per gli insuccessi del trattamento sanitario e, in misura ancora maggiore, per il danno attribuibile a cause iatrogene.

È bene notare come ai nostri giorni i due atteggiamenti contrapposti, quello della forte speranza da un lato, e del risentimento per le delusioni sofferte, dall’altro, subiscano un’amplificazione spropositata in virtù di numerosi fattori tra i quali spiccano l’incessante progresso delle

conoscenze nel campo della diagnosi e della terapia e lo sviluppo della tecnologia biomedica.

Infatti, se da un lato le nuove conquiste hanno contribuito a migliorare la resa qualitativa degli interventi diagnostici e terapeutici, dall'altro le stesse hanno portato, per un paradosso che è tale solo per quanti non conoscano una caratteristica che l'evoluzione tecnologica reca inevitabilmente con sé, all'incremento del contenzioso avente ad oggetto presunti errori medici.

I grandi successi conseguiti dalla scienza e l'enfaticizzazione che degli stessi viene data dai mezzi di comunicazione di massa aumentano le speranze e le aspettative di cura dell'opinione pubblica, inducendo nel paziente la sensazione che l'esito infausto sia sempre e comunque attribuibile ai sanitari.

La delusione per l'insuccesso è dunque proporzionale all'entità delle attese-pretese del singolo che, sebbene in taluni casi sono effettivamente giustificate, più spesso si presentano come sicuramente infondate o comunque eccessive. Proprio questa insoddisfazione del paziente o dei suoi congiunti schiude, in un momento successivo, la strada per la costruzione dell'addebito/accusa in sede giudiziaria.

Tanto ha indotto un importante organo d'informazione a scrivere che:

“la denuncia del medico è diventata un atto di *routine*, lo scontro giudiziario con i camici bianchi è all'ordine del giorno: undicimila le cause legali stimate solo nel 2008 in Italia”<sup>1</sup>.

Nel 1996 un insigne studioso si è preoccupato di enucleare quelle che egli stesso ha definito come “radici” del contenzioso tra chi riceve le cure e chi le impartisce<sup>2</sup>.

Pare opportuno, al fine di una maggiore chiarezza, riportarle in questa sede:

---

<sup>1</sup> In *Corriere della Sera*, 24 Settembre 2009, 29.

<sup>2</sup>INTRONA F., *L'epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia e all'estero (Relazione al Congresso Nazionale sul tema "La responsabilità professionale del medico", Castiglione della Pescaia, 11-13 maggio 1995)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 1.

1. Divario crescente fra quello che oggi possono fare le scienze mediche e chirurgiche e quello che possono oggi fare i singoli medici e chirurghi;
2. Maggior livello culturale del cittadino medio;
3. Effetto distorsivo della esasperata divulgazione della medicina e della chirurgia su rotocalchi, radio, TV, ecc.;
4. “Scandalismo giornalistico”;
5. Crescente tendenza a ricavare denaro ricorrendo alle accuse;
6. Progresso delle tecniche mediche e chirurgiche che ottiene grandi risultati diagnostici e terapeutici, comportando anche un aumento dei rischi.

Pare opportuno precisare fin da ora un aspetto del contenzioso medico di particolare importanza, in virtù del quale i “soggetti-chiave” dello stesso non sarebbero esclusivamente i sanitari e i pazienti che si assumono danneggiati: un ruolo di primo piano è infatti riservato anche alle compagnie di assicurazione.

In particolare, è proprio sul versante assicurativo che le ripercussioni dell'aumento delle vertenze per *malpractice* medica sono più evidenti: al fenomeno della maggiorazione del costo delle polizze assicurative, si affianca la scelta di alcune compagnie di uscire dal mercato, rifiutandosi di offrire copertura ai medici operanti nei settori in cui la probabilità di essere interessati da procedimenti giudiziari è maggiore.

È pertanto evidente come la responsabilità medica viva una crisi ormai conclamata.

A fronte di questa complessa situazione, la legislazione, perlomeno in Italia, è rimasta a lungo immutata e ha lasciato alla giurisprudenza il compito arduo di colmare le lacune esistenti. Si è così creato un “diritto vivente” nel quale coesistono aspetti positivi, quali la ricerca della massima attenzione nei confronti dell'individuo malato, e aspetti di squilibrio causati invece dalla mancanza di una normativa alla quale riferirsi e dalla difficoltà di bilanciare gli interessi della classe medica

con quelli dei pazienti<sup>3</sup>; di tutto ciò si darà ampio conto nella prima parte di questo lavoro.

Pare opportuno evidenziare fin da ora che la situazione appena riportata ha avuto sviluppi differenti in Francia e in altri ordinamenti europei nei quali il legislatore è corso ai ripari predisponendo una normativa che può definirsi, a tutti gli effetti, “specializzata”.

Si allude ad articolate normative, quali la *loi Kouchner* e la *loi About*, varate con la specifica finalità di prevenire il rischio di una “*dérive à l'américaine*” del contenzioso medico e di bloccare l'incremento incessante dei premi assicurativi che i professionisti sono chiamati a versare per assicurarsi dal rischio della responsabilità civile<sup>4</sup>. In particolare, tali disposizioni si sono preoccupate di prevedere l'opportunità, per i soggetti che si assumono lesi da un errore medico, di ricorrere a peculiari forme di composizione e risoluzione stragiudiziale delle dispute.

Si parla, richiamando l'espressione anglosassone, di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) alludendo a tutta una serie di istituti eterogenei tra loro, volti a porre fine ai conflitti senza che sia necessaria una pronuncia da parte del giudice competente. La composizione della lite sarebbe quindi affidata a mezzi flessibili e più vicini alla sensibilità e ai bisogni dei singoli quali la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato.

Le scelte concretamente operate dal *législateur* transalpino verranno esaminate dettagliatamente nella seconda parte del presente studio. Si dichiara da subito che l'intento perseguito è di natura comparatistica: si vuole, infatti, offrire al lettore un quadro al quale potersi riferire durante

---

<sup>3</sup> Le regole specifiche di matrice giurisprudenziale erano tali da indurre a ritenere che la responsabilità medica costituisse un sottosistema della responsabilità civile. DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova 1995, STANZIONE P., ZAMBRANO V., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano 1998. Revoca in dubbio la specificità di questo “sottosistema di regole” IZZO U. *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 130.

<sup>4</sup> *Loi* n. 303 del 4 marzo 2002 e *Loi* n. 1577 del 30 dicembre 2002. Un ampio approfondimento sul tema in esame sarà svolto nei successivi paragrafi del presente lavoro.

l'analisi ragionata di quanto, invece, è stato disposto nel nostro ordinamento dal recentissimo D.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione in materia civile e commerciale.

Il decreto in parola, dando attuazione all'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, irrompe finalmente sulla scena italiana dichiarando di voler favorire una cultura giuridica che coltivi in modo naturale l'idea che la giustizia possa essere perseguita evitando il ricorso agli organi di giustizia statale.

Prima di questo atto di volontà normativa una serie di progetti e disegni di legge si erano susseguiti senza trovare attuazione alcuna; solo rapsodiche (e non coordinate fra loro) esperienze attuate sul piano regionale avevano tentato di istituire forme organizzate di ADR che promuovessero e attuassero la cultura della conciliazione nella responsabilità medica. Ma di questo si parlerà in seguito.

Ora è sufficiente rilevare che le disposizioni di cui al D.lgs. n. 28/2010 non costituiscono una normativa "specializzata" nel senso sopra riportato: esse si applicano, infatti, all'intera materia civile e commerciale e non sono dunque state pensate esclusivamente e specificamente per il contenzioso medico.

Ciò che si tenterà di dimostrare è che un meccanismo così congegnato non può che rischiare di fallire quando sia applicato al delicato e assai peculiare ambito della responsabilità sanitaria.

Non resta che dare avvio alla trattazione dei temi a cui si è qui fatto cenno in via introduttiva.



**Parte prima**

**LA RESPONSABILITÀ MEDICA:  
PROFILI SOSTANZIALI**

# **I. 1 LINEAMENTI SOSTANZIALI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA: ANALISI DELLA RECENTE EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI *MALPRACTICE***

*“La vita è breve,  
l’arte è lunga,  
l’occasione fuggevole,  
l’esperimento rischioso,  
il giudizio difficile”*

[Corpus Hippocraticum]

## **I. 1.1 I nuovi confini della colpa professionale nella pratica medica.**

Come si rilevava in apertura, la responsabilità civile del medico è oggetto, sul finire degli anni Settanta, di un'evoluzione giurisprudenziale di ampio respiro che prevede una sempre maggiore severità dei giudizi dei tribunali nei confronti delle strutture sanitarie e degli esercenti la professione medica. In quegli anni, infatti, non solo si assiste a un aumento delle aspettative di successo dei trattamenti medico-chirurgici propiziato dalla innovazione tecnologica e scientifica, ma viene altresì spostata, sulla scia di un fenomeno più generale che interessa tutta la RC italiana, l'attenzione dall'autore del danno alla sua vittima. Il regime di privilegio e di relativa immunità della classe medica sancito fino a quel momento lascia, dunque, il passo ad un marcato favore giurisprudenziale nei confronti del paziente<sup>5</sup>.

In dottrina si è fatto notare come questa “inversione di rotta” nelle pronunce della giurisprudenza sia avvenuta attraverso un radicale ripensamento delle precedenti prassi interpretative, tale da far ricadere, su chi esercita l'attività sanitaria,

---

<sup>5</sup> Un primo indirizzo giurisprudenziale circoscriveva l'ambito della responsabilità nel quale era fatta rientrare la sola condotta “incompatibile con il livello minimo di cultura e di esperienza indispensabile per l'esercizio della professione sanitaria”. Cass. pen., 11 Gennaio 1978, in *Cass. pen.*, 1980, 1570. Sul versante dottrinale si legga IADECOLA G., *In tema di colpa professionale del medico e sui criteri della sua valutazione*, in *Giust. Pen.* 1987, 2, 241; BILANCETTI M., *La responsabilità penale per colpa professionale medica è destinata a ridimensionarsi anche in Italia?*, in *Giur. it.* 2003, 1982

responsabilità in relazione alle quali il richiamo alla colpa professionale assolve un ruolo meramente strumentale: esso, cioè, è finalizzato al soddisfacimento dell'esigenza di garantire comunque una reintegrazione al soggetto menomato nella sua integrità fisica<sup>6</sup>.

Sul piano normativo è l'art. 1176, comma 2, c.c. a prevedere che nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, qual è appunto quella medica, la diligenza richiesta debba valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Non si tratta quindi della diligenza del buon padre di famiglia, come contemplato dal primo comma dello stesso articolo, ma di quella specifica del debitore qualificato che “comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica”<sup>7</sup>.

Dispone poi l'art. 2236 c.c. che, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave<sup>8</sup>. La norma in questione è stata oggetto di un protratto dibattito che ha visto la giurisprudenza della Cassazione civile svuotare sostanzialmente l'art. 2236 c.c. di contenuti operazionali, restringendo negli anni il concetto di “speciale difficoltà” della prestazione d'opera fino a renderlo praticamente inapplicabile salvo casi eccezionali<sup>9</sup>.

Ciò di fatto implica che il medico sia chiamato a rispondere quasi sempre anche a titolo di colpa lieve non solo nel caso in cui la sua condotta ricada nella sfera della

---

<sup>6</sup> FIORI A. *Medicina legale e della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè 1999.

<sup>7</sup> Cass., 27 Luglio 1998, n. 7336, in *Arch. Civ.*, 1999, 461.

<sup>8</sup> Storicamente, la norma rappresenta la codificazione di un indirizzo giurisprudenziale formatosi negli anni trenta e viene comunemente intesa come una regola speciale, volta a non scoraggiare i professionisti rispetto all'assunzione di casi particolarmente complessi. BOARI L., CINGOLANI M., *Responsabilità del medico e problemi tecnici di speciale difficoltà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 4-5, 925.

<sup>9</sup> Un esame approfondito sulla portata dell'art. 2236 c.c. viene offerto da DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 7, 777; DEL NEVO M., DEL NEVO A., *I peculiari profili di responsabilità del medico competente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 3, 729; SERPETTI A., MARIOTTI P., *La colpa quale fondamento della responsabilità del medico*, in *Dir. economia assicur.* 2009, 3, 1027; FOGLIA M., *Il prisma della prestazione medica e l'"azzeramento" dell'art. 2236 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 4, 372

negligenza o imprudenza<sup>10</sup>, ma anche quando si tratti di imperizia la quale ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 2236 c.c. solo nelle rare ipotesi in cui la giurisprudenza riconosce che il prestatore d'opera debba effettivamente risolvere problemi tecnici di “speciale difficoltà”<sup>11</sup>.

Il meccanismo di sbilanciamento a favore di chi lamenta il danno avrebbe trovato il suo pilastro proprio nello snaturamento progressivo dell'art. 2236 c.c.

Per quanto riguarda il criterio di imputazione della responsabilità medica, dunque, la giurisprudenza pare essere concorde nell'affermare che si tratta di un regime di responsabilità di natura colposa. In particolare, i giudici di legittimità hanno rifiutato a più riprese l'applicazione di figure di responsabilità oggettiva relativa o assoluta<sup>12</sup> come alcune tendenze, in Italia e all'estero, vorrebbero introdurre nei casi in cui l'attività professionale si avvale di un'organizzazione molto complessa<sup>13</sup>. Tra i motivi che fondano una tale scelta, si evidenzia che l'applicazione di regole oggettive di responsabilità determinerebbe un abbassamento della soglia di attenzione dei medici, i quali sarebbero consapevoli del fatto di rispondere comunque per i danni arrecati al paziente, a prescindere dalla loro condotta. In secondo luogo, un criterio oggettivo di responsabilità mal si presta a essere applicato al settore in esame, nel quale, sovente, le scelte mediche finalizzate alla tutela del paziente possono essere indirizzate verso soluzioni intrinsecamente pericolose, che però hanno la peculiarità di ridurre il

---

<sup>10</sup> Si allude al caso in cui si assista ad una violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile ai sensi del comma 2 dell'art. 1176 c.c. rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve.

<sup>11</sup> Ne consegue che le motivazioni riportate a suo tempo dal Guardasigilli nel presentare al Re l'art. 2236 c.c. sono state quasi del tutto dimenticate. Si trattava in particolare della necessità di “non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista”.

<sup>12</sup> La prima ammetterebbe come prova liberatoria quella del caso fortuito mentre la seconda non ammetterebbe in alcun caso una prova liberatoria.

<sup>13</sup> Ad esempio, si è escluso che l'art. 2050 c.c., in materia di attività pericolose, possa trovare spazio nel settore della responsabilità medica. In questo senso si è espressa la Suprema Corte (Cass., 10 Luglio 1979, n. 3978, in *Giust. civ. mass.* 1979, 7) secondo la quale l'art. 2050 c.c. concerne genericamente le attività pericolose e non si applica a quelle per le quali il legislatore ha espressamente provveduto. L'attività medico-chirurgica ricadrebbe dunque in maniera esclusiva nell'ambito dell'art. 2236 c.c.

rischio che il paziente incorra verso esiti infausti (ciò accade per esempio in relazione ad alcuni interventi di cardiocirurgia).

Alcune rilevanti sentenze esprimono in modo eloquente l'orientamento interpretativo restrittivo adottato dalla Cassazione Civile sul concetto medico-legale di *problemi tecnici di speciale difficoltà*.

La sentenza n. 2439 del 1975 è il primo importante riferimento a tal proposito. Per quanto datata, pare comunque opportuno riportare il testo della massima giurisprudenziale:

“Di fronte ad un caso concreto che sia comune e ordinario, cioè che sia tipico perché conosciuto dalla scienza e nell'esperienza medica, con la conseguente esistenza di regole precise ed indiscusse, sussiste la responsabilità ordinaria del medico, anche per *colpa lieve* ove la regola o le regole da applicare non siano osservate per inadeguatezza od incompletezza della preparazione professionale comune e media (imperizia) o per omissione della diligenza media (negligenza). Il medico risponde invece, soltanto per *colpa grave* (oltre che per dolo) quando il caso concreto sia straordinario o eccezionale sì da essere non adeguatamente studiato nella scienza medica e sperimentato nella pratica ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi a sua scelta”.

Massime identiche a quella riportata, o comunque contenenti concetti analoghi, si leggono nelle sentenze della Cassazione civile degli anni successivi<sup>14</sup>. Più recentemente la Suprema Corte ha sancito che:

“La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che la limitazione, stabilita dall'art. 2236 c.c., della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave - configurabile nel caso di mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione - è applicabile soltanto per la colpa di imperizia nei casi di prestazioni particolarmente difficili. Non possono invece mai difettare, neppure nei casi di particolare difficoltà, nel medico gli obblighi di diligenza del professionista, che è un debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176 comma 2 c.c., e di

---

<sup>14</sup> Cass., 1 Febbraio 1991, n. 977, in *Giur. it.* 1991, 1, 1, 1379; Cass., 10 Maggio 2000, n. 5945, in *Dir. e giust.*, 2000, 19, 51; Cass., 28 Maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.* 2005, 26, con nota di DE MATTEIS R.

prudenza, che pertanto, pur nei casi di particolare difficoltà, risponde anche per colpa lieve”<sup>15</sup>.

L'imperizia, alla quale sola può ricondursi la limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c., in definitiva, si sostanzia nell'errore diagnostico o terapeutico<sup>16</sup>.

Così, stando alla lettera dell'art. 2236 c.c., nei casi in cui il problema sottoposto al medico sia particolarmente difficile, la sua responsabilità sarà valutata con minor rigore rendendo criticabile il fatto che, proprio quando si presentino problemi di speciale difficoltà, sia sufficiente l'impiego di una diligenza inferiore alla media<sup>17</sup>.

Per questo è bene precisare quanto affermato recentemente dalla giurisprudenza, ovvero che la limitazione della responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. riguarda esclusivamente quell'aspetto della diligenza costituito dalla competenza e non, invece, la prudenza e l'attenzione richieste, che rimangono quelle ordinarie<sup>18</sup>. Per chiarire il significato della disposizione in esame, e in particolare del concetto di competenza appena richiamato, deve ricordarsi che i casi contemplati richiedono una capacità professionale superiore alla media (anche in termini di macchinari, dotazioni tecniche e organizzazione) per affrontare le “speciali difficoltà”. Pare

---

<sup>15</sup> Cass., 5 Luglio 2004 n. 12273 in *Dir. e giust.*, 2004, 33, 28, con nota di PELLECCIA E.

<sup>16</sup> Sul punto si è espressa anche Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Dejure* (Juris data on line) la quale in quell'occasione ha proprio stabilito che la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. riguarda soltanto il "profilo tecnico" del rapporto obbligatorio e quindi si applica con esclusivo riferimento all'imperizia del professionista e non anche quando la colpa consiste in un difetto di diligenza o di imprudenza. In dottrina, sul tema, si veda. ZANA M., *Responsabilità del professionista*, in *Enc. G. Treccani*, 4; TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità medica*, Milano, 2006.

<sup>17</sup> Deve peraltro essere sottolineato che l'alto tasso di esiti negativi di un certo intervento non costituisce circostanza di significato univoco circa la sussistenza della particolare difficoltà nello svolgimento della prestazione medica, poiché potrebbe riguardare la patologia sulla quale si interviene piuttosto che le modalità di intervento, rispetto alle quali si misura la perizia (Cass., 28 Maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.* 2005, 1, 2479 ). Inoltre la giurisprudenza tende a rifiutare una valutazione astratta del parametro della difficoltà. I giudici, infatti, difficilmente ammettono, ex ante, che un intervento sia qualificato come di particolare complessità; al contrario, si tende ad un approccio casistico, che tenga conto degli aspetti particolari del caso concreto. Ecco perché un caso astrattamente ritenuto semplice potrebbe essere in seguito classificato come complesso.

<sup>18</sup> Si vedano a titolo esemplificativo Cass., 19 Maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 1999, 1104, con nota di COMANDÈ G.; Cass., 21 Giugno 2004, n. 11488, in *Giust. Civ.*, 2005, 9, 1, 2115 con nota di GIACOBBE G.; Cass., 19 Aprile 2006, n. 9085, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.

ovvio che una tale capacità non possa pretendersi da tutti gli operatori sanitari; tuttavia può invece esigersi la competenza necessaria per riconoscere le difficoltà del problema, così come la prudenza di non volersi cimentare in casi per i quali non si disponga dell'attrezzatura necessaria. Ecco dunque che, “in mancanza di tale livello di capacità professionale superiore, costituisce colpa grave l'assumere un caso clinico di speciale difficoltà” e, ancor prima, “non saperne riconoscere la speciale difficoltà”<sup>19</sup>.

Sempre in tema di colpa professionale del medico, la giurisprudenza precisa che:

“Quando intervengono delle complicazioni post-operatorie la speciale difficoltà dell'intervento chirurgico non esclude la colpa lieve del medico; il sanitario, infatti, deve seguire il paziente anche in relazione a possibili e non del tutto prevedibili eventi che possono intervenire dopo l'operazione, prendendo tutte le precauzioni del caso”.<sup>20</sup>

La distinzione tra interventi di facile o difficile esecuzione di cui all'art. 2236 c.c. viene in parte recuperata anche da Cass., 26 giugno 2007, n. 14759<sup>21</sup>. In questa sede si afferma che il totale insuccesso di un intervento di *routine* e dagli esiti normalmente favorevoli, oppure il parziale successo dello stesso, che si registra nei casi in cui dall'intervento sia derivata una menomazione più gravosa di quella che era lecito attendersi da una corretta terapia della lesione o della malattia, si presenta come possibile ed altamente probabile conseguenza dell'inesatto adempimento della prestazione, o di colpevole omissione dell'attività sanitaria dovuta.

Oggi il ruolo dell'art. 2236 c.c. sarebbe diventato marginale<sup>22</sup>. Quello della speciale difficoltà è un cardine debole, neutralizzato, come già visto, dalla Cassazione attraverso una lettura assai restrittiva. La tendenziale perdita di rilevanza della distinzione tra interventi facili e difficili sortisce i suoi effetti più rilevanti in ambito probatorio. Si tratterà questo aspetto specifico nel paragrafo

---

<sup>19</sup> Cass., 5 luglio 2004, n. 12273, in *Giur. it.*, 2005, 1409.

<sup>20</sup> Cass., 28 settembre 2009, n. 20790, in *Diritto e Giustizia*, 2009

<sup>21</sup> ZAULI F., *Intervento di routine: il giudice esige che sia infallibile*, in *La resp. civ.*, 2008, 546.

<sup>22</sup> A tal proposito si faccia riferimento a Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, 1, 455, nella quale si riconduce la responsabilità del medico per inadempimento ad un criterio unitario fondato sulla colpa del debitore.

dedicato al principio *res ipsa loquitur*; nel frattempo è sufficiente anticipare che i temi di prova assegnati alle parti si dispongono secondo le regole generali, prescindendo, e questo è il dato rilevante, dalla natura dell'intervento: il paziente deve provare il contratto e allegare l'inadempimento, mentre spetta al medico provare di aver esattamente adempiuto<sup>23</sup>. In sostanza la distinzione di cui all'art. 2236 c.c. non rileva più come in passato sul piano della distribuzione del carico probatorio tra le parti ma dev'essere apprezzata unicamente per valutare il grado di diligenza e di conseguenza il relativo grado di colpa del medico.

## **I. 1.2 La natura della responsabilità del medico dipendente dal SSN: la tesi del “contatto sociale”**

Si è dibattuto a lungo, in dottrina e giurisprudenza, circa la natura contrattuale o meno della responsabilità dei medici operanti nel Servizio Sanitario Nazionale, domandandosi se, in caso di un peggioramento o di un non miglioramento della salute del paziente dovuto all'attività sanitaria, venga in rilievo un illecito aquiliano ai sensi dell' art. 2043 c.c., da intendersi come lesione dei beni salute, vita e libertà del paziente, ovvero un inadempimento degli obblighi relativi alla prestazione di cura, che determina l'applicazione di un differente - e per il paziente più favorevole - riparto dell'onere probatorio e più lunghi tempi di prescrizione.

L'esito di questo dibattito ha visto il diritto giurisprudenziale estendere la responsabilità civile contrattuale a tutti i medici, anche a quelli dipendenti da enti pubblici, nonché alle strutture pubbliche e a quelle private, indipendentemente dal rapporto che queste ultime instaurano con i professionisti<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Il paziente, dunque, non deve dimostrare sotto quale profilo l'attività medica sia stata carente; dovrà provare solo il nesso causale tra tale attività e il danno subito. Il medico, a sua volta, deve dimostrare la propria diligenza/perizia ed individuare in positivo il fatto che è stato causa dell'impossibilità della corretta esecuzione della prestazione. Si veda AA. VV., *L'inversione dell'onere probatorio e gli ambiti applicativi dell'art. 2236 c.c.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 4-5, 761.

<sup>24</sup> Come si vedrà nel prosieguo del presente paragrafo, la responsabilità dell'ente gestore del Servizio Sanitario, al pari del medico dipendente ospedaliero, deve qualificarsi contrattuale, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato solo dal contatto sociale.

L'ascrivere la responsabilità in questione all'ambito contrattuale, piuttosto che extracontrattuale, implica anzitutto il riconoscimento, a carico del Sanitario, di un obbligo di cura diligente in aggiunta a quello di non recare danno alla salute del paziente come invece previsto dall'art. 2043 c.c; La riconduzione al regime contrattuale risulta, poi, come è stato anticipato, maggiormente favorevole al paziente danneggiato per quanto concerne l'onere della prova: quest'ultimo non dovrebbe di regola provare la colpa del medico, cosa che invece accadrebbe se fosse rimasto vittima di un illecito extracontrattuale. Infine, il termine di prescrizione del diritto sarebbe decennale nel caso di inadempimento, anziché quinquennale come previsto in caso di illecito extracontrattuale.<sup>25</sup>

E' la sentenza della terza sezione civile della Corte di Cassazione del 22 gennaio 1999, n. 589 che riporta con chiarezza il principio secondo cui tutta l'attività medica pubblica e privata<sup>26</sup>, dei medici e delle strutture, configura una

---

V. Trib. Bari, sez. II, 8 luglio 2009, n. 2300, in *Ragiusan*, 2009, 303 e 304, 194. In senso contrario si legga invece Cass. Pen., sez. IV, 11 aprile 2008, n. 36502, in *Dir. e giustizia*, 2008, ove, tra la Asl ed il medico convenzionato non ricorre né un rapporto di immedesimazione organica né di ausiliarità; il medico, infatti, va considerato alla stregua di un libero professionista del tutto autonomo, scelto dal paziente in piena libertà. La Asl, in concreto, non esercita su detto medico alcun potere di vigilanza, controllo o direzione, sicché il professionista non può essere considerato un preposto; pertanto, per l'omicidio colposo addebitato al medico convenzionato, non trovano applicazione nei confronti dell'Asl gli artt. 1228 e 2049 c.c., che pongono a carico del datore la responsabilità per i danni cagionati dai suoi dipendenti con dolo o colpa, non potendosi sostenere che il fatto del sanitario convenzionato con il servizio Sanitario Nazionale sia in qualche modo riferibile all'Asl o che, in ogni caso, venga in essere un contatto sociale fra quest'ultima ed il paziente, con conseguente insorgenza di un rapporto obbligatorio.

<sup>25</sup> Di contro, tuttavia, opererebbe la limitazione di cui all'art. 1225 c.c. in base alla quale “se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione”. Quindi, in caso di inadempimento colposo, ipotesi che si verifica nella grande maggioranza dei casi di *malpractice* medica, il paziente danneggiato avrebbe diritto ad un risarcimento limitato ai soli danni che potevano essere previsti al momento della richiesta di erogazione del servizio pubblico. Sul tema SELLA M., *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, Giuffrè 2005.

<sup>26</sup> Il caso oggetto della sentenza in esame riguarda una bambina, M. P., che, in seguito ad una caduta sopra i vetri di una bottiglia avvenuta nell'agosto del 1967, era stata ricoverata d'urgenza presso l'ospedale S. Giacomo in Roma e sottoposta ad un intervento chirurgico alla mano destra. Non avendo tuttavia recuperato la funzionalità della stessa, M. P. venne sottoposta ad un secondo intervento chirurgico, il giorno successivo, presso il policlinico Gemelli, con esito, però, non del tutto soddisfacente circa il recupero funzionale della mano. Il Tribunale, con sentenza del 24 marzo 1993, ha condannato il primo chirurgo al risarcimento del danno. Tale sentenza è stata poi confermata dal giudice d'appello il quale ha ritenuto che, per effetto della condotta colposa del primo chirurgo, consistente nel non

responsabilità di natura contrattuale<sup>27</sup>. In realtà tale estensione della responsabilità contrattuale non è del tutto nuova nel panorama giurisprudenziale; altre sentenze di ugual segno erano state, infatti, pronunciate negli anni precedenti<sup>28</sup>. Tuttavia le stesse si fondavano su differenti, e meno convincenti, motivazioni giuridiche<sup>29</sup>.

Ma in che modo è stato possibile alla Suprema Corte argomentare la suddetta natura contrattuale del rapporto medico-paziente?

L'analisi delle motivazioni addotte dalla Cassazione dimostra che alla valorizzazione della responsabilità medica come responsabilità contrattuale si è pervenuti dilatando l'ambito di operatività di quest'ultima oltre il "contratto" inteso come atto. La responsabilità contrattuale nascerebbe, in assenza di un contratto d'opera intellettuale stipulato tra medico e paziente, "da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto"<sup>30</sup>, senza più la necessità di richiamarsi, come tradizionalmente accadeva in questi casi, alla responsabilità

---

aver diagnosticato e trattato una lesione delle strutture nervose, la bambina avesse sofferto menomazioni più gravi di quelle che era lecito attendersi nel caso in cui la terapia della lesione fosse stata condotta correttamente. Numerosi sono stati i commenti a questa sentenza. Tra gli altri DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, 446; FORZIATI M., *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.* 1999, 3, 661; CARBONE, in *Danno e resp.* 1999, 294, GUERINONI, in *Contratti*, I, 1999, 999.

<sup>27</sup> Questo principio non è tuttavia condiviso da molti giuristi i quali ritengono che siano necessari ulteriori interventi chiarificatori riguardo al recepimento della categoria del "rapporto contrattuale di fatto". Eccessivo sarebbe stato l'allargamento dell'area contrattuale. Tra gli altri BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, Padova, 2006; POLOTTI DI ZUMAGLIA A., *La natura giuridica del rapporto medico-paziente: obbligo di mezzi e di risultati*, in *Diritto ed economia ass.*, 2004, 1. Nonostante l'insistenza delle suddette critiche l'orientamento della Cassazione pare essersi consolidato per la conformità ad esso delle sentenze successive della stessa Cassazione.

<sup>28</sup> A tal proposito basti menzionare le sentenze Cass., 1 Marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, 1, 2296; Cass., 27 Maggio 1993, n. 5939, in *Dejure* (Juris data online); Cass., 11 Aprile 1995, n. 4152, in *Dejure* (Juris data on line).

<sup>29</sup> Per un breve focus sulle critiche mosse dalla Cassazione alle motivazioni che precedentemente portavano a ritenere come contrattuale la natura della responsabilità del medico dipendente, si veda CENDON P., *Persona e danno*, Milano, Giuffrè, 2004, 5.

<sup>30</sup> Cass., 22 Gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, 1, 3332: Al punto 6.1 della motivazione si afferma che "poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale". 6.2 "La soluzione merita di essere condivisa".

aquiliana. È appena il caso di ricordare che per obbligazioni senza prestazioni la dottrina intende quei rapporti obbligatori che non contengono un obbligo primario di prestazione, bensì obblighi generici di comportamento che si concretizzano in obblighi di protezione o di sicurezza sulla base della buona fede di cui all'art. 1175 c.c.

In altre parole, accanto ad una responsabilità primaria, di natura contrattuale, sorgono in determinati casi altre responsabilità accessorie a quella, che la completano. L'obbligazione del medico nei confronti del paziente deriverebbe dunque da un obbligo di protezione e da un dovere di sicurezza conseguenti alla tipologia di attività professionale esercitata<sup>31</sup>.

Accanto alla tesi dell'obbligazione senza prestazione la Cassazione richiama, per giustificare la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dal SSN, anche la tesi del "contatto sociale". L'espressione è relativa a quei rapporti che, pur modellati sul contenuto di un contratto tipico, traggono origine, per l'appunto, da un semplice contatto sociale a prescindere da una manifestazione di volontà tacita o espressa.

“La più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative. Suggestiva dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di alcuni contratti nulli, ma allargata altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice contatto sociale, si fa riferimento, in questi casi al *rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale*”<sup>32</sup>.

Si legge inoltre in Cass. Sent., n. 9085/2006:

---

<sup>31</sup> In dottrina la configurazione di una responsabilità contrattuale in capo al medico, dipendente di struttura sanitaria, si deve a CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in E. G. Treccani, 1990; Id., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Le ragioni del diritto*, Milano, 1995, 147; Id., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, 5*, Milano, 1998.

<sup>32</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1, 3332.

“Benché questo contatto non riproduca le note ipotesi negoziali, pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso”.

Il fondamento della natura contrattuale viene perciò rinvenuto nella considerazione che il medico è un soggetto al quale lo Stato consente di svolgere un'attività professionale protetta (per la quale in altre parole è necessaria una speciale abilitazione ex art. 2229 c.c.) che, incidendo su un bene costituzionalmente garantito com'è quello della salute, dev'essere esercitata secondo le regole dell'arte a prescindere dalla circostanza che alla base della prestazione sanitaria sussista o meno un vero e proprio contratto tra medico e paziente<sup>33</sup>. Il professionista è in ogni caso tenuto a fornire una prestazione conforme a quella che sarebbe stata dovuta nell'ipotesi in cui tale contratto fosse stato effettivamente concluso.

La Corte, insomma, non ammette regimi di responsabilità differenti per il solo fatto del diverso status di libero professionista, o di dipendente di una struttura sanitaria pubblica, del medico.

Oggi l'imputazione della responsabilità contrattuale del medico viene estesa anche a quei casi in cui esso non operi come dipendente di una struttura sanitaria pubblica, ma svolga la sua prestazione professionale come consulente esterno presso una struttura sanitaria privata: la Cassazione con la celebre sentenza 103/1999 mostra di non nutrire dubbi sull'inquadramento in ambito contrattuale della responsabilità del medico anche in quest'ultima ipotesi<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> “L'esercizio dell'attività medica è subordinata per legge all'iscrizione in un apposito albo, proprio perché l'attività è protetta. L'ordine professionale di appartenenza, quale ente pubblico, salvaguarda la dignità e il decoro della professione mediante la soggezione dell'iscritto ad un potere disciplinare. Il non iscritto è interdetto dall'esercizio della professione ed è privato del diritto alla retribuzione. Il mancato conseguimento dell'abilitazione per l'iscrizione all'albo rende inoltre l'esercizio della professione abusiva, configurandone anche il reato.” ZAULI F., *Responsabilità professionale da contatto sociale del medico e inadempimento contrattuale della clinica*, in *Resp. civ.*, 2011, 6, 427.

<sup>34</sup> La tesi secondo cui alla responsabilità del medico si applicano sempre le regole della responsabilità contrattuale, anche quando il contratto manchi, è oggi assolutamente imperante e incontrastata. Si veda al proposito Cass. 16 gennaio 2009 n. 975 in *Leggi d'Italia – Cassazione civile*.

Come è stato correttamente osservato, il richiamare più volte la figura da “contatto sociale” accanto a quella delle “obbligazioni senza prestazione” nelle motivazioni della sentenza n. 589/1999 ha ingenerato un po' di confusione. Infatti, sebbene in entrambi i casi si prescinda da una manifestazione di volontà tacita o espressa, la prima di queste due categorie crea l'obbligazione principale del contratto, mentre la seconda è un'obbligazione generica e accessoria di protezione; inoltre il contatto sociale rappresenterebbe la vera e propria fonte dell'obbligazione, mentre l'obbligazione senza prestazione indicherebbe esclusivamente il contenuto del rapporto obbligatorio<sup>35</sup>. Parte della dottrina ha perciò ritenuto che la responsabilità del medico non derivi da una nuova specie di obbligazione, quale sarebbe, appunto, quella denominata “obbligazione senza prestazione”, bensì dal rapporto contrattuale di fatto<sup>36</sup>. Altri, diversamente, hanno preferito ricondurre la fattispecie a quelle a struttura complessa<sup>37</sup>.

### **I. 1.3 Il principio *Res ipsa loquitur* e la ripartizione dell'onere probatorio**

L'aver inquadrato nell'ambito contrattuale la responsabilità del medico dipendente dal Ssn e della struttura sanitaria, sia essa pubblica o privata, implica, come accennato precedentemente, conseguenze rilevanti sotto il profilo probatorio; sarà infatti doveroso attenersi ai criteri fissati in materia contrattuale, alla luce, peraltro, del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 13533 del 2001, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup>DE ROSA R., *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?* in *Giur. Merito*, 1999, 6, 1148.

<sup>36</sup>DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, *op. cit.*, 450.

<sup>37</sup>IAMICELI P., *La responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 376.

<sup>38</sup>Cass., 30 Ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, 769 con nota di LAGHEZZA P., *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*. L'orientamento espresso così chiaramente in questa sede era stato da poco preannunciato in Cass., 23 Maggio 2001, n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165, con commento di ROSSETTI M., *I doveri di informazione del chirurgo estetico*.

Per ragioni di chiarezza pare opportuno fare un passo indietro, osservando brevemente quale orientamento giurisprudenziale aveva preso piede negli anni passati e quali cambiamenti sono intervenuti.

Alcune sentenze della Suprema Corte non molto lontane nel tempo rivelano che, tradizionalmente, nel caso in cui venisse allegato da chi agiva in giudizio l'inadempimento di una obbligazione contrattuale non avente contenuto negativo al fine di ottenere la risoluzione del contratto stesso e il risarcimento del danno, l'onere di provare la colpa del professionista incombeva sul paziente-attore, mentre il medico-convenuto doveva dimostrare che l'impossibilità dell'esatto adempimento non era a lui imputabile<sup>39</sup>. Questa distribuzione del carico probatorio si fondava sul presupposto che in ambito medico ci si trovasse quasi sempre dinanzi ad obbligazioni cosiddette di mezzi<sup>40</sup>.

Così facendo si finiva per arrecare inevitabilmente un ingiustificato privilegio alla classe medica a scapito del paziente danneggiato il quale, nella maggior parte dei casi, non disponeva dei mezzi necessari a provare la condotta colposa dei sanitari. Pertanto, al fine di soddisfare l'esigenza di alleggerire le difficoltà probatorie del destinatario delle cure, furono introdotti altri criteri di allocazione dell'onere probatorio.

Si assiste a un progressivo sbilanciamento della situazione a sfavore dei medici realizzato proprio attraverso l'affermazione della natura contrattuale della responsabilità medica. Quest'ultima, infatti, implica una peculiare ripartizione dell'onere della prova in virtù della quale il danneggiato deve esclusivamente dimostrare il danno patito e il nesso di causalità materiale tra lo stesso e la

---

<sup>39</sup> In linea generale la Cassazione affermava che il cliente aveva l'onere di provare “la colpevole inosservanza e la violazione delle regole tecniche della disciplina da parte del professionista”, (Cass., 17 Marzo 1981, n. 1544, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 3), ovvero “di aver sofferto un danno per l'erroneità o l'inadeguatezza della prestazione professionale ricevuta”, (Cass., 5 Dicembre 1985 n. 6108). Sulla base di queste pronunce della Suprema Corte si è messo in evidenza, in dottrina, come l'orientamento giurisprudenziale non fosse ancora univoco sul punto.

<sup>40</sup> Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato ed il suo superamento ci si soffermerà con più attenzione nel paragrafo successivo.

condotta del medico<sup>41</sup>, mentre il professionista e le strutture sanitarie sarebbero gravati dall'onere di fornire le prove della correttezza degli adempimenti.

In particolare, sempre nell'intento di garantire una tutela pregnante al soggetto leso, la giurisprudenza è ricorsa al principio di matrice anglosassone della *res ipsa loquitur*<sup>42</sup>. Si tratta di una regola di evidenza circostanziale da cui è possibile dedurre la responsabilità colposa del professionista e che trova il suo fondamento normativo proprio nell'art. 1218 c.c.<sup>43</sup>. Il principio in esame prevede che se viene data esecuzione ad un intervento routinario, che quindi non presenta profili di particolare complessità, e lo stesso è seguito da un risultato peggiorativo delle pregresse condizioni del paziente, o comunque da un esito infausto, sussiste una vera e propria presunzione di responsabilità a carico del medico, vincibile solo con la prova contraria fornita dallo stesso.

Al proposito la Cassazione si è espressa nei seguenti termini:

“[...] essendo stata fatta valere la responsabilità contrattuale del prestatore d'opera intellettuale e/o dell'ente contrattualmente tenuto alla prestazione e non essendo l'intervento di difficile esecuzione, l'aggravamento della situazione patologica del paziente o

---

<sup>41</sup> Si noti che sebbene la Cass., 30 Ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, 1, 769, avesse addossato al paziente danneggiato l'onere di provare che il danno era causalmente dovuto alla condotta del medico allegando il solo inadempimento del sanitario, successivamente tale orientamento viene modificato con il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Al proposito si veda Cass., 13 Aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ.*, 2007, 1824, con nota di GORGONI M.

<sup>42</sup> L'espressione – nella sua formulazione letterale, ma non nella sua accezione giuridica – può farsi risalire a Cicerone (Pro Milone, XX): “*res ipsa loquitur, iudices, quae semper valet plurimum*”. Da un punto di vista prettamente letterale il fraseggio sta a significare “la cosa stessa parla”. Il richiamo, in ambito giuridico, a quest'espressione nella sua accezione moderna deve attribuirsi, come ricorda Izzo, al barone Pollock, uno degli ultimi giudici della *Court of Exchequer*, sebbene nella sua sostanza il principio in esame fosse stato già esplicitato qualche anno prima dal *King's Bench*; IZZO U., *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 130. Sottolinea inoltre Izzo che “i criteri che informano le decisioni adottate dalle corti statunitensi o britanniche sotto l'egida del principio di cui si discorre sono tecnicamente molto più rigorosi ed analitici dei fattori decisionali che possono enuclearsi dalle massime tramandate dai nostri repertori con riferimento ai casi relativi agli «interventi di facile esecuzione»”.

<sup>43</sup> Più precisamente con l'espressione *Res ipsa loquitur* si fa riferimento a “quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza”. In questi termini si è espressa Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, 334, con nota di THIENE A. Sulle “presunzioni di responsabilità” in generale, COMPORTI M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Commentario Schlesinger*, 2002, 140.

l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente collegabili ad esso, comporta, a norma dell'art. 1218 c.c., una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato - sia esso il Sanitario o la struttura - fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo idoneo e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile, eventualmente in dipendenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile e non evitabile con l'ordinaria diligenza professionale”<sup>44</sup>.

Viceversa, in caso di intervento considerato di difficile esecuzione, spettava al professionista provarne la relativa difficoltà, ed al paziente indicare “in modo preciso e specifico” quali erano state le modalità di esecuzione rivelatesi inidonee. Negli anni addietro, dunque, il problema della ripartizione dell'onere probatorio nel campo della responsabilità medica veniva risolto ricorrendo alla distinzione, consacrata dall'art. 2236 c.c., tra prestazioni di facile esecuzione e prestazioni di “speciale difficoltà”, nonché, come vedremo, a quella tra obbligazioni di mezzi e di risultato.<sup>45</sup> L'impianto probatorio così costruito comunque non garantiva al paziente una agevole dimostrazione degli eventuali danni subiti e ciò soprattutto nei casi di speciale difficoltà, dovendosi in quel caso precisare le modalità d'intervento rivelatesi non idonee.

Solo nel 2004 si registra un effettivo passo in avanti nell'ottica di alleggerire il carico probatorio gravante sul destinatario delle cure danneggiato: la Suprema Corte di Cassazione, per mezzo di tre sentenze chiave <sup>46</sup>, consolida e precisa l'orientamento delineato in precedenza in sentenza n. 13533 del 2001<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cass., 11 marzo 2002, n. 3492, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 435.

<sup>45</sup> Il *leading case* è rappresentato da Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, 1, 4.

<sup>46</sup> Si tratta, nell'ordine, delle sentenze: Cass., 19 maggio 2004, n. 9471; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, 23, con commento di DE MATTEIS R., *La responsabilità medica ad una svolta?*.

<sup>47</sup> In Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, 1, 769, venne statuito che, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che avesse agito per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento avrebbe dovuto soltanto provare la fonte del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi ad allegare la circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto avrebbe dovuto dar prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa costituito dall'avvenuto adempimento.

In sostanza, non si richiede più al paziente di dimostrare la facilità o *routinarietà* dell'intervento del sanitario, diventando così irrilevante la distinzione prevista dall'art. 2236 c.c. ai fini dell'attribuzione del rischio; il soggetto danneggiato sarà, infatti, tenuto esclusivamente ad allegare l'altrui inadempimento o, più precisamente, l'esistenza del contratto e il peggioramento della sua situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie). Il medico, per contro, dovrà dimostrare di aver adottato la dovuta diligenza nell'esecuzione dell'intervento, ovvero la sopravvenienza di un evento imprevisto o imprevedibile<sup>48</sup>. Viene consacrato così il principio della “vicinanza della prova”, secondo il quale il relativo onere va posto “a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'adempimento e che, quindi, è in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore”<sup>49</sup>. In altre parole, il convenuto deve farsi carico della dimostrazione dei fatti le cui fonti di prova rientrano, o dovrebbero rientrare, nella sua materiale disponibilità.

La Suprema Corte, recentemente, si esprime in termini assai chiari al proposito:

“Appare in effetti incoerente ed incongruo richiedere al professionista la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di intervento di facile esecuzione o routinario, e addossare viceversa al paziente l'onere di provare “in modo preciso e specifico” le “modalità ritenute non idonee” quando l'intervento è di particolare o speciale difficoltà”.

La sentenza, poi, conclude:

“È allora da superarsi sotto il profilo della ripartizione degli oneri probatori, ogni distinzione tra interventi “facili” e “difficili”, in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla maggiore o minore difficoltà della prestazione, l'art. 2236 c.c.

---

<sup>48</sup> Per una analisi critica della soluzione adottata dalla Cassazione in tema di riparto dell'onere probatorio in ambito medico si veda GAZZARA M., *Le s.u. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 10, 1002; PENTIMA M. G., *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>49</sup> Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Foro it.*, 2004, 1, 3328. In dottrina sull'evoluzione del concetto di vicinanza di prova si veda NOCCO L., *Il nesso di causalità materiale, la probabilità logica e la ritrovata (?) centralità della colpa in responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2005, 1015; Id., *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica: la Cassazione civile fa retromarcia*, commento a Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *Danno e resp.*, 2006, 1238.

dovendo essere inteso come contemplante una regola di mera valutazione della condotta diligente del debitore. Va quindi conseguentemente affermato che in ogni caso di “insuccesso” incombe al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione”<sup>50</sup>.

Dal 2004 si assiste dunque ad un vero e proprio capovolgimento della situazione originaria di protezione del professionista sul piano probatorio: allo stesso non resta che la possibilità di fornire la prova liberatoria consistente nella dimostrazione di avere eseguito la propria prestazione con la dovuta diligenza<sup>51</sup>. Perciò, in base ai nuovi profili abbracciati dalla giurisprudenza, essendo agevole per il paziente dimostrare l'esistenza del contratto e del peggioramento delle proprie condizioni di salute, diventa fondamentale, per esentare il sanitario dalla responsabilità, definire celermente il quadro probatorio, che diventa dunque essenziale per controbilanciare un'imputazione della responsabilità costruita su base presuntiva in base al congegno interpretativo accolto dalla giurisprudenza di legittimità. Proprio quest'esigenza, accanto a quella meno velata di deflazione del contenzioso giudiziario, ha condotto recentemente il legislatore a prevedere, tra le altre ipotesi, anche nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto la responsabilità medica, la necessità di ricorrere alla mediazione stragiudiziale finalizzata alla conciliazione<sup>52</sup>.

Prima di procedere sul punto, sembra opportuno comprendere meglio questo *revirement* sull'assetto degli oneri probatori in materia di responsabilità per inadempimento contrattuale, soffermandosi ad analizzare anche le nuove posizioni assunte dalla giurisprudenza circa la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

## **I. 1.4 Il riesame della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di**

---

<sup>50</sup>Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Dejure* (Juris data on line).

<sup>51</sup> Non di meno è doveroso mettere in evidenza, in senso contrario, che il criterio della distinzione tra interventi routinari e non è stato recentemente ripreso da Cass. 29 luglio 2010, n. 17694, inedita e Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Foro it.*, 2010, I, 994, annotata da B. Tassone; in *Danno e resp.*, 2010, 372, con note di Capecchi e Tassone.

<sup>52</sup>Al proposito fin d'ora si rinvia al D.lgs. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

## **risultato nella recente giurisprudenza di legittimità**

Come si è visto, la Cassazione civile chiamata a pronunciarsi relativamente ad un intervento chirurgico di rinoplastica con sentenza del 2007 n. 8826, ha dichiarato che l'allocazione del rischio, e quindi in sostanza del peso dell'incertezza nel giudizio, non può dipendere dalla maggiore o minore difficoltà della prestazione sanitaria; a ciò aggiunge che non può influire sulla ripartizione del carico probatorio nemmeno la storica distinzione tra “obbligazioni di mezzi” e “obbligazioni di risultato” in quanto priva di argomenti sostanziali che la fondino<sup>53</sup>. La Corte precisa così che al medico si deve chiedere la diligenza qualificata di cui all'art. 1176, co. 2 c.c. e dunque il ricorso alle energie e ai mezzi che sono obiettivamente indispensabili per adempiere la prestazione dovuta, nonché necessari al fine di evitare possibili esiti infausti.

Già con l'affermazione della natura contrattuale della responsabilità medica, sancita nella ormai più volte richiamata sent. n. 589/1999, si era prospettata la necessità di rivedere criticamente la distinzione suddetta che ha costituito un punto di riferimento obbligato per la giurisprudenza formatasi in materia di responsabilità del professionista intellettuale<sup>54</sup>.

Così, a far tempo dalla pronuncia del 2001<sup>55</sup>, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non sortisce più i propri effetti in merito alla ripartizione

---

<sup>53</sup>Cass., 13 Aprile 2007, n. 8826, in *Dejure* (Juris data on line): “Per il professionista non vale dunque invocare, al fine di far conseguire la propria irresponsabilità, la distinzione tra “obbligazioni di mezzi” e “obbligazioni di risultato”, sostenendo che la propria attività è da ricomprendersi fra le prime, sì da non rispondere in caso di risultato non raggiunto. Siffatta distinzione costituisce infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tratteggiata tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento”.

<sup>54</sup> Si noti che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non è riscontrabile nel Codice Civile ma deriva da un'impostazione dottrinale, di matrice tedesca e francese, recepita dalla giurisprudenza italiana soprattutto nell'ambito della responsabilità medica. FRANZONI M., *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni*, 1, *L'obbligazione in generale*, Torino, 2004, 1339; DI MAJO A., *Mezzi e risultati nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corriere giur.*, 2005, 39.

<sup>55</sup> Cass. civ., 30 Ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, 1, 769. La sentenza in questione è di particolare rilevanza dunque, non solo per aver dichiarato l'irrilevanza della distinzione tra prestazioni routinarie e prestazioni di speciale difficoltà, di cui all'art. 2236

dell'onere della prova: la Cassazione è ferma nel dichiarare che essa non rileva né sul regime della responsabilità, né sulla ripartizione e sul contenuto della prova liberatoria. Negli anni seguenti ci si allontana anche da quell'orientamento giurisprudenziale che, nel fare applicazione dei principi sanciti proprio dalle Sezioni Unite del 2001, sostiene che sul paziente danneggiato che agisce in giudizio, debba gravare la prova del nesso di causalità tra la condotta del medico e l'evento dannoso subito, oltre a quella dell'esistenza del contratto e del peggioramento delle condizioni di salute pregresse. Il punto relativo alla prova del nesso di causalità, dunque, non viene più condiviso nei termini in cui è stato enunciato, poiché si ritiene che esso risenta implicitamente di una distinzione dogmaticamente superata, quanto meno relativamente al riparto dell'onere probatorio: l'attore non può limitarsi ad allegare il solo inadempimento del sanitario ma deve dar prova di un inadempimento qualificato dello stesso, ovvero astrattamente efficiente alla produzione del danno.

A detta della Corte di Cassazione:

“Ampliare la responsabilità contrattuale del professionista ha determinato una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso(...), definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati ai principi di buona fede, quali obblighi di protezione(...)”.<sup>56</sup>

Proprio l'aleatorietà del conseguimento dello scopo, al quale l'attività di cura della persona è mirata, aveva reso, per lunghi anni, la responsabilità medica il terreno di elezione per la suddetta distinzione.

È bene ricordare brevemente che la definizione tradizionale, più volte ribadita nelle pronunce della Suprema Corte, prevede che nelle obbligazioni di mezzi non rileva il conseguimento di un particolare esito positivo dell'attività del debitore;

---

c.c., ai fini della ripartizione dell'onere della prova, ma altresì per aver screditato, ai medesimi scopi, la dicotomia obbligazioni di mezzi-di risultato.

<sup>56</sup> Cass., 11 Gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, 849, con nota di GORGONI M., *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*, in *Giur. it.*, 2008, 3, 2197, con nota di CURSI, M. G., *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 612, con nota di DE MATTEIS R., *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*;

quest'ultimo, infatti, adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. È la diligenza di quest'ultimo a essere considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo. Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, non rilevando il mezzo al quale si è ricorsi per raggiungerlo.

La giurisprudenza ha sempre fatto riferimento a tale dicotomia per risolvere problemi di grande rilevanza quali la distribuzione dell'onere probatorio e l'individuazione del contenuto dell'obbligo: qualificare la posizione debitoria come un'obbligazione di risultato offriva al creditore una facilitazione della prova. Egli poteva limitarsi ad allegare il mancato raggiungimento del risultato promesso dal quale si sarebbe desunto l'inadempimento del debitore che, a sua volta, per non essere ritenuto responsabile, doveva provare l'impossibilità a lui non imputabile della prestazione. Trattandosi invece di obbligazione di mezzi, essendo l'esito aleatorio, il creditore era tenuto a provare che il mancato risultato era dovuto a scarsa diligenza del debitore.

L'interferenza sull'obiettivo della guarigione di fattori esterni all'attività del medico ha fatto sì che, in passato, la Cassazione dichiarasse di non potersi addossare al curante la responsabilità per il mancato ottenimento del risultato sperato<sup>57</sup> e da qui il già ricordato corollario in base al quale l'onere di provare il difetto di diligenza era a carico del paziente, creditore della prestazione. A tali conclusioni si sottraevano alcuni ambiti ben definiti di prestazioni sanitarie quali quello della chirurgia estetica, dell'odontoiatria e dell'implantologia, tutti caratterizzati dalla imprescindibilità del successo della terapia.

Oggi, come si è visto, tale orientamento è stato superato sulla base della considerazione che:

“In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore sia del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione, poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato

---

<sup>57</sup>Cass., 12 settembre 1970, n. 1386 laddove si dichiara “in tema di responsabilità professionale, trattandosi di obbligazione di comportamento, l'inadempimento non può desumersi senz'altro dal risultato mancato, ma va valutato alla stregua del dovere di diligenza che, in questa materia, prescinde dal criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia e si adegua alla natura dell'attività esercitata”.

pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo”<sup>58</sup>

La Suprema Corte prende insomma posizione a favore della dottrina, ormai schierata contro l'utilizzo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e proprio in virtù di tale ricostruzione è arrivata ad addossare al debitore-medico l'onere di dimostrare alternativamente che l'inadempimento non vi è proprio stato, ovvero che, pur esistendo, non è stato causa del danno ogniqualvolta il creditore allegghi, come già detto, non qualsivoglia inadempimento del professionista, ma esclusivamente quegli inadempimenti “per così dire, qualificati”<sup>59</sup>.

## I. 1.5 Obblighi di informazione e consenso informato

Molto è stato detto in tema di consenso informato<sup>60</sup>, al punto che oggi può dirsi consolidato l'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia. In questa sede

---

<sup>58</sup> Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, 1, 455.

<sup>59</sup> In materia civile deve ricordarsi che, diversamente dall'ambito penalistico improntato sulla necessità di fornire la prova “oltre ogni ragionevole dubbio”, vige il diverso principio del “più probabile che non”, ovvero della prevalenza probabilistica, rispetto alla quasi certezza. Si veda al proposito Cass., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Il civilista*, 2008, 11, 86, con nota di PULICE; nonché Cass., 16 Ottobre 2007, n. 21619, in *Il civilista*, 2008, 11, 86, con nota di PULICE; e la più recente Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5, 748.

<sup>60</sup> Sul punto BILANCETTI M., *Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica*, in *Il danno risarcibile*, II, Padova, 2004, 1005; COLOMBO C., *Attività medica e consenso dell'avente diritto*, Pavia, 1999, 43; NANNINI U., *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, 167; GERVASIO D., *Il dovere di informazione*, in AA.VV., *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, 67; SCALISI A., *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2007, 965; PASQUINELLI E., *Problemi attuali della responsabilità del medico*, in *Persona e danno*, V, Milano, 2004, 4903; SANTOSUOSSO A., *Il consenso informato: tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996, XV, 3; AGNINO F., *Il consenso informato al trattamento medico chirurgico: profili penalistici e civilistici*, Torino, 2006, 195; DI PILLA F., *Consenso informato e diritto alla salute: atti del convegno di Perugia*, Napoli, 2001; TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Milano, 2006, XVIII; GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2001, 377; PRIMICERI L., *Consenso informato: la responsabilità medica per omessa informazione*, in *Ragiusan* 2006, 265-266, 164.

se ne riportano esclusivamente i punti salienti relativi alla *ratio* dell'istituto in esame e alle caratteristiche della sua acquisizione da parte del medico.

Il consenso al trattamento espresso dal soggetto che ne è il destinatario costituisce il punto di partenza in tema di liceità della prestazione medico-sanitaria<sup>61</sup>. Dalla violazione del correlato obbligo di informazione da parte del Sanitario, pertanto, conseguono sia una responsabilità disciplinare che una vera e propria responsabilità medica penale e civile.

Il profilo peculiare relativo all'argomento in questione è rappresentato dalla necessità di un'informazione adeguata, che funga da premessa conoscitiva ineludibile affinché la manifestazione del consenso sia frutto di una scelta consapevole e meditata del paziente. Poiché tale informazione non può che provenire dal professionista, è evidente che la manifestazione del consenso è il risultato di una cooperazione tra l'operatore sanitario e lo stesso paziente<sup>62</sup>; si parla al proposito di alleanza terapeutica. Questo rapporto, che in passato vedeva il soggetto malato "affidarsi" al curante sino a delegare allo stesso tutte le scelte in ordine alle terapie volte a conseguire il risultato sperato<sup>63</sup>, è andato progressivamente perdendo il carattere eminentemente fiduciario che lo caratterizzava<sup>64</sup>. A causa di ciò, ed altresì in corrispondenza dell'esponentiale incremento del contenzioso in materia di responsabilità medica, la giurisprudenza è giunta ad affermare la imprescindibilità del consenso, effettivo e dunque informato, del paziente all'atto medico.

---

<sup>61</sup> Suggerisce la necessità di un ripensamento del consenso informato FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica—nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009, 57-154.

<sup>62</sup> Attività che la dottrina prevalente ha da tempo ricondotto all'adempimento dei cosiddetti doveri di protezione che gravano sul debitore della prestazione ( art. 1374 c.c.).

<sup>63</sup> Il rapporto così impostato veniva definito "Paternalismo medico". In esso il medico tende ad assicurare che il paziente riceva le prestazioni che meglio garantiscano la sua salute ed il suo benessere. FIORI A., *Medicina legale e della responsabilità medica*, op. cit.

<sup>64</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, 1, 3025, in cui si dice che " Non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi.

In una pronuncia del 2007 la Cassazione Civile ha chiarito quale sia il fondamento normativo dell'obbligo di informazione gravante sul Sanitario e ha affermato che:

“ Il principio del consenso informato – il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico – ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione [...] nella legislazione ordinaria [...] nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina [...] nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [...]”<sup>65</sup>.

È stato inoltre sancito, nella medesima sede, che in assenza del consenso informato l'intervento del medico deve ritenersi illecito a tutti gli effetti, anche, ed è questo il profilo di maggior rilievo, qualora sia posto in essere nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta, infatti, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo ed un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Chiarito dunque che il medico, ogniqualvolta debba compiere un qualsiasi atto curativo o diagnostico, deve rispettare l'obbligo di informazione nonché desistere dal compimento dell'atto *de quo* in presenza di un esplicito rifiuto del paziente capace di intendere e volere, non essendo consentito alcun trattamento contrario alla volontà del destinatario dello stesso (salvo il caso eccezionale di necessità e urgenza), si pone il problema di definire quale sia il contenuto effettivo di tale obbligo. La Corte Suprema ha sottolineato che solo un'informazione adeguata può rendere edotto il paziente e capace di determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, manifestando la propria volontà eventualmente anche attraverso il rifiuto di sottoporsi ad un determinato trattamento<sup>66</sup>. In assenza di tale adeguatezza l'acquisizione del consenso si risolve in una mera attività burocratica. Detto ciò, ferma restando l'impossibilità di una rigida precostituzione dei criteri ai quali l'informazione dovrà improntarsi, variabili in funzione della peculiarità delle singole fattispecie, alcune caratteristiche comuni possono comunque essere

---

<sup>65</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, 1, 3025.

<sup>66</sup> In tal senso si vedano anche Cass., 25 novembre 1994, n. 10014; e Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, entrambe in *Cod. civ. comm.*, Milano, 2009, 1593.

delineate con riguardo alle condizioni personali del soggetto da informare e agli interventi diagnostico-terapeutici che si prospettano necessari.

Occorre, anzitutto, soffermarsi sul problema della disparità di conoscenze dei due soggetti che animano la relazione di alleanza terapeutica. Proprio con il fine di riacquistare un maggiore equilibrio nel rapporto in questione, è stato precisato che l'obbligo di informazione si concretizza per il medico nel dovere di rendere un'accurata analisi degli aspetti della malattia, delle finalità delle cure e delle alternative possibili affinché il paziente sia edotto e possa effettuare una scelta meditata e consapevole.

“Nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi [...]. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit*, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve temperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento”<sup>67</sup>.

L'informazione che il medico dà al paziente deve risultare adeguata anche al livello intellettuale dell'interlocutore, tralasciando dettagli inerenti l'aspetto strettamente scientifico del trattamento sanitario, ma deve risultare sempre veritiera. Con ciò si vuole intendere che, sia in caso di prognosi fausta che infausta il paziente dovrà essere messo in condizione di conoscere le proprie reali condizioni di salute, in modo da potersi consapevolmente autodeterminare in ordine alle scelte inerenti alla stessa.

Inoltre, la giurisprudenza pone in evidenza come l'obbligo di informazione gravante in capo al medico sussista anche in relazione ai rischi specifici insiti in terapie alternative: in questi casi il paziente può determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili solo con l'ausilio tecnico-scientifico del Sanitario che gli permetterà di effettuare una valutazione cosciente dei relativi rischi e dei vantaggi corrispondenti<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup>Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, 1, 771.

<sup>68</sup>Al proposito si veda Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, 1, 771.

Per concludere si vuole ricordare il contenuto del danno risarcibile nel caso di assenza del consenso informato. Ovviamente, il danno in parola deve sostanziarsi in un risultato peggiorativo della salute del paziente che risulti conseguenza proprio del trattamento eseguito in mancanza di consenso informato. Il bene giuridico leso, in queste ipotesi, secondo il consolidato orientamento della Corte Suprema, è ravvisabile nel diritto all'autodeterminazione del paziente, distinto da quello alla salute e all'integrità psico-fisica. Ciò dà ragione della irrilevanza della colpa del sanitario nella somministrazione della prestazione, la cui assenza non vale ad eliminare l'illiceità della condotta caratterizzata per la mancata assicurazione al paziente di un'informazione completa ed adeguata. Infatti :

“La correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, essendo del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del danno, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni”<sup>69</sup>.

### **I. 1.6 Il danno da perdita di *chances* nella medicina diagnostica**

“[...] in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l'inadempimento della prestazione sanitaria) aggrava la possibilità che l'esito negativo si produca. Non è possibile affermare che l'evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento delle *chances*, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta”<sup>70</sup>.

Così si esprime il Consesso di legittimità in una pronuncia di estrema rilevanza adottata nel 2004 sull'annosa questione del danno da perdita di *chances* di guarigione o di sopravvivenza, operando in questo modo un allineamento rispetto

---

<sup>69</sup>Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, 1, 3025.

<sup>70</sup>Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, 1, 1403 alla quale si deve la prima estensione della rilevanza da perdita di *chances* all'ambito di danno alla persona conseguente a responsabilità medica.

alla giurisprudenza d'oltralpe<sup>71</sup>. La decisione in esame ha riguardato la possibilità di configurare, in capo ad un ente ospedaliero, la responsabilità per la morte di una persona, a cui non era stata prontamente diagnosticata dal personale del pronto soccorso la patologia mortale che l'avrebbe colpita, nella fattispecie un aneurisma. Proprio a causa di questa mancata tempestiva diagnosi era stato impedito il trasferimento presso una struttura attrezzata a porre in essere un intervento cardiologico, che da un punto di vista probabilistico avrebbe potuto salvare la vita del paziente.

Ma procediamo con ordine. Pare opportuno anzitutto chiarire cosa debba intendersi per *chance* in ambito giuridico; ed è alla giurisprudenza che ci si deve riferire. Letteralmente da rendersi come “fortuna, sorte”, la *chance* è ormai unanimemente concepita come “concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato”<sup>72</sup> ovviamente da qualificarsi come risultato utile. La perdita di *chances* si sostanzierebbe dunque per il paziente nella perdita di una reale opportunità di guarigione o comunque di conseguire ogni altro risultato favorevole o utile<sup>73</sup>. Insomma, oggi, dopo la nota pronuncia n. 500/1999 delle Sezioni unite civili, che per prima consente di annoverare la perdita di *chances* tra le posizioni incondizionatamente meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, il sistema civile riconosce e garantisce non solo il risultato, ma anche l'aspettativa di risultato che corrisponderebbe proprio alla *chance* di sopravvivenza,<sup>74</sup> dovendosi intendere l'aspettativa di guarigione da parte del

---

<sup>71</sup>La perdita di *chances* infatti è un aspetto del danno alla persona che viene elaborato dalla giurisprudenza francese nel corso del Novecento. La decisione che introduce, per la prima volta, la figura del danno da perdita di chance nell'ordinamento in parola è Req., 17 luglio 1889, in *Sirey*, 1891, I, 1841 laddove si ammette la piena risarcibilità della “*perte d'une chance de survie*”.

<sup>72</sup>In questo senso si esprime la Cassazione proprio in occasione della pronuncia n. 4400/2004.

<sup>73</sup>Si confronti la definizione data al concetto di perdita di chance dall'ordinamento italiano con quella della giurisprudenza francese: “ Le médecin qui manque à son obligation d'éclairer son patient [...] prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper[...] au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération”, Civ. 1<sup>re</sup>, 7 Febbraio 1990 in *D.*, 1991, 183 con nota di PENNEAU J.

<sup>74</sup>Quello in esame è un concetto che ha una connotazione giuridica piuttosto complessa in quanto il danno da perdita di chances configura un tipo di danno che può riguardare situazioni diverse, come ad esempio l'ambito lavorativo, e che, pur presentandosi come

paziente come “bene, e cioè come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute”<sup>75</sup>.

La Cassazione ha tenuto, infatti, a precisare che la perdita di *chances* non può essere equiparata alla mera aspettativa di fatto che, come tale, non sarebbe fonte di risarcimento:

“La *chance* [...] non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a se stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita, id est la perdita della possibilità consistente di conseguire risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale (*ex pluribus* Cass. 10 novembre 1998 n. 11340, 15 marzo 1996 n. 2167, 19 dicembre 1985 n. 65Giugno)”<sup>76</sup>.

La Suprema Corte prosegue dichiarando espressamente che ci si trova dinanzi ad un danno dotato di propria consistenza e fisionomia, distinto da quello che segue al mancato raggiungimento del risultato sperato e che quindi la relativa domanda di perdita di *chances* è ontologicamente diversa da quella di risarcimento del danno per non aver ottenuto il risultato ambito. Sennonché in questo caso l'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale

---

danno patrimoniale conserva degli aspetti non patrimoniali. Cfr. sul tema l'analisi svolta da CHINDEMI D. *Il “Nuovo” danno patrimoniale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2006 1, 378; Id., *Il Risarcimento del danno non patrimoniale nel nuovo codice delle Assicurazioni: risarcimento o indennizzo*, in *Resp. civ. prev.*, 2006 2, 549. La dimostrazione dell'ampiezza di applicazioni possibili di un tale concetto si trae da un caso portato, recentemente, all'attenzione del Tribunale di Bologna, il quale ha sancito il diritto al risarcimento per la perdita di chance in favore di una studentessa della Facoltà di Lettere, che si era vista attribuire un voto di laurea non conforme alla media degli esami accademici. Nella specie la studentessa si era presentata alla commissione esaminatrice di laurea con una media curriculare di 109,5 e le era stato attribuito un voto finale pari 90/110. Dopo una serie di ricorsi al TAR e di rivalutazioni della tesi di laurea, le veniva assegnato definitivamente il voto di 105/110. L'organo giudicante, dopo aver considerato che “il voto di laurea (...) costituisce l'antecedente logico, in termini di probabilità, del vantaggio economico finale rappresentato dall'insegnamento, in relazione all'affidamento, già ingenerato sulla base della media curriculare, di poter intraprendere quel tipo di percorso professionale” ha quantificato il risarcimento “nella somma di Lire 30.000.000, con riferimento al valore della moneta all'epoca dei fatti”, “tenuto conto della retribuzione annuale media che può conseguire un insegnante non di ruolo, del ritardo con cui l'attrice ha avuto la possibilità di intraprendere la carriera dell'insegnamento e dello svolgimento, in tale lasso di tempo, di altre attività lavorative”. Si veda la Sent. n. 240/2003, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2003, 431 e ss., con nota di CACCIAGRANO.

<sup>75</sup>Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, 43 con nota di PUCCELLA.

<sup>76</sup>Cass., 4 Marzo 2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, I, 1403.

mentre nell'altro, cioè nell'ipotesi di autonomo risarcimento da perdita di *chances*, attiene al momento della determinazione del danno. In sintesi, sempre secondo la decisione del 2004 n. 4400, nel primo caso le *chances* sostanziano il nesso causale, nel secondo sono l'oggetto della perdita e quindi del danno; il criterio probabilistico riveste qui un ruolo decisivo esclusivamente sotto il profilo della quantificazione<sup>77</sup>. Questo aspetto, non sempre di immediata evidenza, ma che è stato colto con sufficiente chiarezza dalla Corte di legittimità, è di grande momento. Infatti, è solo a condizione di tenere ben separata la suddetta distinzione che la perdita di *chances* può essere considerata come un danno certo, anche se non nel suo ammontare, consistente non in un lucro cessante, bensì in un danno emergente da perdita di una possibilità attuale e non di un futuro risultato. L'art. 1223 c.c. costituisce peraltro l'unico referente normativo del costrutto giurisprudenziale, avendo la norma accolto il principio della risarcibilità di qualsiasi pregiudizio, nella doppia forma di “danno emergente” o “lucro cessante” in quanto conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o del ritardo del debitore. Trattandosi del ristoro della perdita della possibilità/opportunità di conseguire un determinato bene o risultato favorevole, esso avrà un'ampiezza evidentemente più contenuta di quella corrispondente al valore effettivo del bene o della prestazione mancati. Per quel che riguarda l'onere probatorio, sarà il danneggiato a dover dimostrare, essendo stata la perdita di *chances* inquadrata nell'ambito del danno emergente, quanto concreta fosse la possibilità del risultato utile del quale è stato privato dalla condotta inadempiente del sanitario, e dunque in sostanza la consistenza della *chance*. Solo nel caso in cui la stessa si presenti apprezzabile in termini probabilistici potrà procedersi al risarcimento del pregiudizio patito. Diversamente la domanda dovrà essere respinta. Al proposito:

“Secondo la giurisprudenza di questa Corte (...) il creditore che voglia ottenere, oltre al rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivati dalla perdita di *chances* (...) ha l'onere di provare, pure se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza

---

<sup>77</sup> Sul tema SELLA M., *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, op. cit.

immediata e diretta (Cass. Sez. lavoro, 20 giugno 2008, n. 16877; Cass. Sez III, 28 gennaio 2005, n. 1752)”<sup>78</sup>.

I principi richiamati sono stati applicati da numerose pronunce di giudici di merito in particolare in relazione a casi di ritardo diagnostico in ambito di patologia oncologica. A scopo esemplificativo si riporta brevemente un estratto del ragionamento argomentativo della Corte di appello di Milano, sez I civ., 2006 circa il calcolo probabilistico della perdita di *chances* di sopravvivenza. Nella fattispecie si trattava di una ritardata diagnosi di carcinoma squamocellulare in regione sublinguale;

“Il ritardo diagnostico ha *drasticamente ridotto le possibilità favorevoli* delle terapie successive(...) Infatti è certo che la dimensione del carcinoma alla lingua incide sensibilmente - come si è rilevato - sulla prognosi di sopravvivenza del malato di tumore; Considerata quindi la progressione stimata e tenuto conto della classificazione del carcinoma in sede operatoria come T2, era ragionevole presumere che un accertamento istologico più tempestivo avrebbe *con ogni probabilità* consentito di accertare la presenza del carcinoma in uno stadio che, *con ogni probabilità*, lo poteva collocare nella categoria del T1. In quella situazione più favorevole *poteva stimarsi una probabilità di sopravvivenza elevata* e (...) non sarebbe stato ingiustificato presumere che le *probabilità di sopravvivenza* potessero comunque collocarsi *al di sopra della media del 50%*”.

---

<sup>78</sup>Cass., 29 Gennaio 2009, n. 1850, in *Danno e resp.*, 2009, 1033, con nota di MARENA.

## I. 2 ASPETTI SETTORIALI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

*“Chi dovrà decidere, se dei dottori sono in disaccordo?”*

[Alexander Pope]

### I. 2.1 L'importanza di conoscere la RC medica nei singoli contesti e alcuni dati su cui riflettere

Questo capitolo offre una breve analisi relativa ai profili peculiari che caratterizzano alcuni settori della responsabilità medica e che impongono, in virtù di ciò, un trattamento in parte separata. Si allude, in particolare, alle discipline specialistiche della ginecologia, della chirurgia plastica, dell'odontoiatria e della psichiatria. Un paragrafo ulteriore verrà invece dedicato alla disamina della responsabilità della struttura ospedaliera nel caso di infezioni nosocomiali.

Nel far ciò, questo segmento del mio studio mira anche a far risaltare la tipologia e la frequenza delle segnalazioni che si riferiscono a presunti errori medici occorsi nelle branche specialistiche in esame e che, ogni anno, sfociano in contenziosi tra Sanitari e pazienti danneggiati o comunque insoddisfatti. Il fenomeno ha assunto una dimensione e una rilevanza tali da indurre il legislatore a contemplare, nel D.lgs. 28/2010 sulla media-conciliazione<sup>79</sup>, anche l'ipotesi in cui, in giudizio, venga esercitata un'azione relativa ad una controversia per il risarcimento del danno derivante da responsabilità medica; in questo caso il procedimento di mediazione o di conciliazione deve necessariamente esperirsi quale condizione di procedibilità.

E' bene però porre in evidenza il fatto che, purtroppo, non esiste ancora nel nostro Paese un sistema informativo o un metodo standardizzato di indagine,

---

<sup>79</sup>Così viene definita in dottrina la nuova forma di *Alternative dispute resolution* in quanto non si tratta propriamente né di una forma di mediazione pura e semplice, né di una vera e propria conciliazione. In questo caso piuttosto la mediazione è il *mezzo* attraverso il quale le parti ambiscono alla conciliazione come forma di risoluzione della lite insorta tra loro, in via stragiudiziale. La conciliazione, insomma, altro non è che il risultato di una mediazione andata a buon fine. Al tema in parola verrà dedicata un'ampia analisi nei paragrafi successivi.

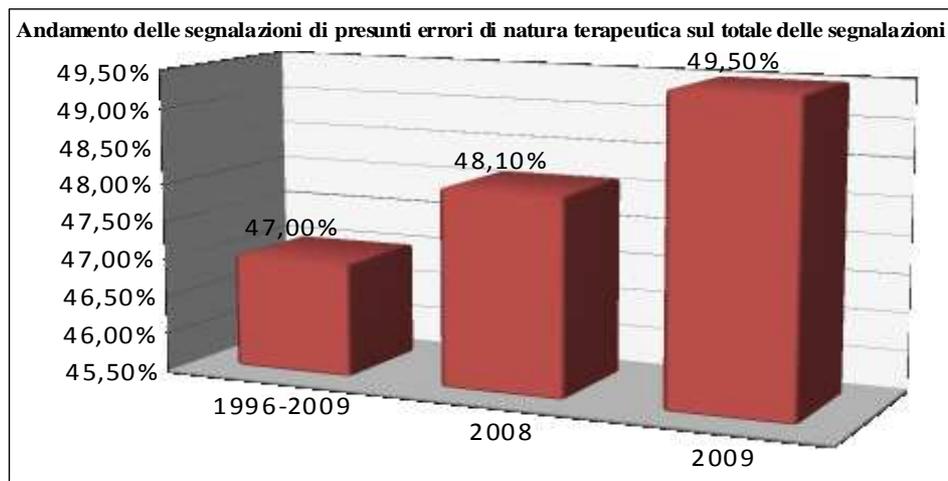
documentazione e disseminazione degli errori medici in sanità. Dati indiretti sulla diffusione del fenomeno derivano dal costante aumento delle doglianze di sospetti errori diagnostici o terapeutici da parte dei cittadini al Tribunale dei Diritti del Malato (Tdm) una vera e propria organizzazione di tutela dei pazienti<sup>80</sup>.

Prima di procedere nella disamina delle singole ipotesi particolari di responsabilità medica, si ritiene utile riportare i dati relativi all'attuale andamento delle segnalazioni di presunti casi di malasanità nel nostro Paese come rilevato da Cittadinanzattiva-Tribunale dei diritti del malato:

Tdm ha raccolto complessivamente circa 228.000 segnalazioni in tema di sanità, in media 16.000 l'anno. Il Rapporto PIT 2010 fa il punto sulla situazione concernente il periodo 1996-2009 e ne analizza 66.712<sup>81</sup>.

Sul versante della sicurezza aumentano le doglianze sui presunti errori medici che nel 2009 hanno raccolto il 74% del totale delle stesse:

- il 49,5% sarebbe di natura terapeutica (+1,4% rispetto al 2008 e +2,5% sulla media 1996-2009); [GRAFICO 1]

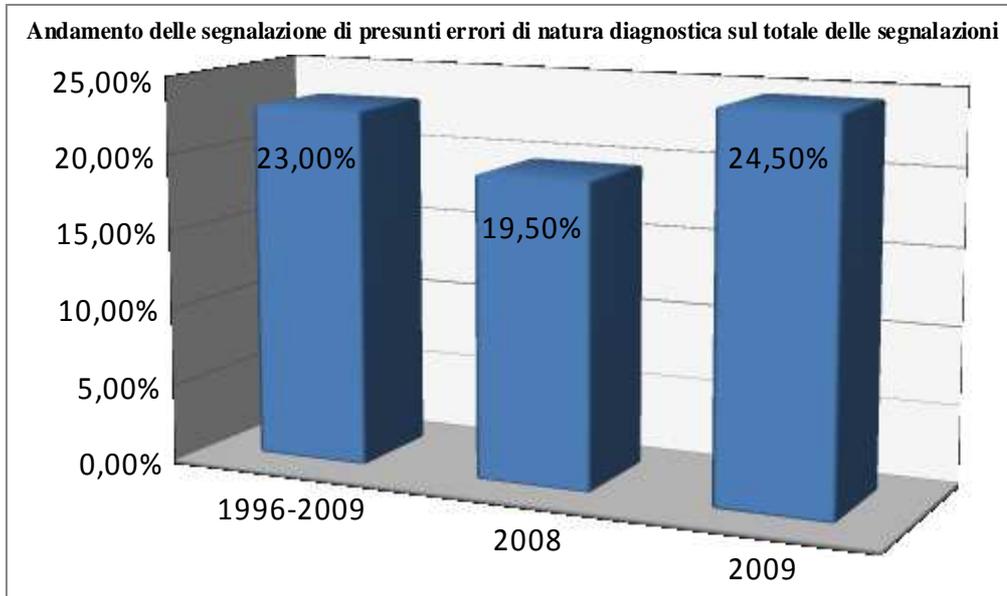


**Grafico 1**

<sup>80</sup>TDM pubblica periodicamente un rapporto sulla qualità dell'assistenza sanitaria nel quale è incluso un capitolo sugli errori dei medici. Il rapporto cittadini e servizi sanitari, PiT Salute, è basato sulle segnalazioni raccolte dalla sede centrale del servizio PiT Salute, attivato dal TDM per offrire consulenza, assistenza e tutela dei diritti dei cittadini che incontrano problemi nella loro interazione con i servizi sanitari pubblici e privati, nonché dagli studi sperimentali sulla rilevazione degli errori in sanità condotti da alcune Aziende Sanitarie che si sono consociate con questo scopo.

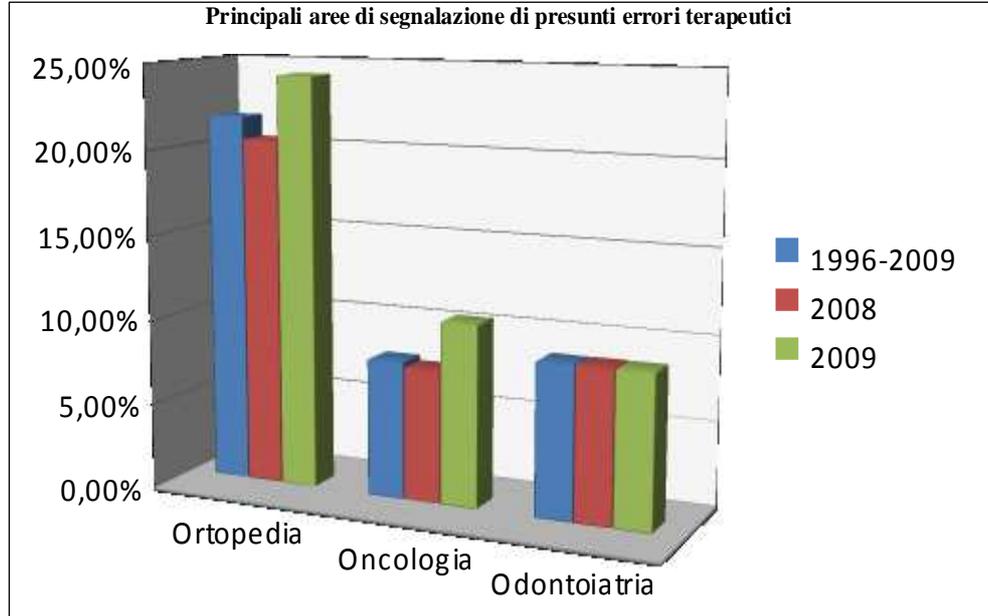
<sup>81</sup> [www.tribunaledirittimalato.cittadinanzattiva.it](http://www.tribunaledirittimalato.cittadinanzattiva.it)

- il 24,5% invece sarebbe di natura diagnostica (+5% rispetto al 2008 e +1,5% rispetto alla media storica); [GRAFICO 2]



**Grafico 2**

Le prime tre aree interessate dalle segnalazioni di presunti errori terapeutici sono state l'ortopedia 24,3%, (+3,8% rispetto al 2008 +2,5% sulla media dei 14 anni) l'oncologia 10,7% (+2,9% e +2,6%) e l'odontoiatria 9% (sostanzialmente stabile rispetto al passato)[GRAFICO 3]; le sospette errate diagnosi hanno riguardato soprattutto l'oncologia che da sola ha raccolto il 38,6% delle doglianze (+5,8% rispetto al 2008 e +13,8% rispetto alla media degli anni passati).



**Grafico 3**

### **I. 2.2 Diagnosi prenatale, erronea sterilizzazione e *wrongful birth*.**

Si è detto come in settori specifici della responsabilità medica spesso sorgano questioni legate alla peculiarità della singola disciplina che impongono, in quanto tali, una trattazione separata.

In questa prospettiva, attenzione particolare dev'essere dedicata al settore in esame, ovvero quello dell'ostetricia e ginecologia in considerazione del fatto che, investendo qui l'attività medica il processo procreativo nella sua globalità, dalle condizioni per il concepimento fino al parto con le relative conseguenze, essa si presenta quale attività, per così dire, “a doppio rischio”, data la duplicità dei centri di interesse che coinvolge: la donna ed il nascituro.

In aggiunta al rischio di danneggiare col proprio intervento la salute di questi due soggetti, deve prendersi in seria considerazione una fattispecie alquanto peculiare di responsabilità professionale del medico specializzato in ginecologia che ricorre nel caso in cui si assista ad una nascita cosiddetta “indesiderata”.

Indesiderato deve considerarsi sia il figlio che nasce affetto da gravi menomazioni fisiche e psichiche nell'ipotesi in cui un' errata diagnosi genetica o prenatale dei

sanitari abbia indotto la gestante a credere di essere immune dalla malattia trasmessa al nascituro, sia il figlio la cui nascita non sia stata programmata dai genitori i quali detengono il diritto di autodeterminarsi in ordine alla scelta procreativa. Nella prima ipotesi, cioè quando il bambino nato sia malato, i genitori lamentano che l'errata diagnosi medica li abbia indotti alla procreazione o abbia loro impedito di scegliere consciamente se optare per un'interruzione volontaria della gravidanza; nel secondo caso, invece, quando il bambino sia nato sano, i genitori lamentano la nascita in sé considerata, in quanto contraria alla loro volontà<sup>82</sup>.

Il primo delicato aspetto sul quale la giurisprudenza ha concentrato la propria attenzione riguarda l'eventualità che il soggetto affetto da malformazioni congenite richieda di essere risarcito del danno patito in conseguenza della propria stessa nascita. L'interrogativo che si pone è allora se esista nel nostro ordinamento, sulla base delle leggi attualmente vigenti, un "diritto a non nascere" se non sani e, in caso positivo, chi sia legittimato ad esercitarlo e chi debba patirne, invece, le conseguenze. Ci si domanda infine se effettivamente esista in questa ipotesi un danno risarcibile.

---

<sup>82</sup>La problematica in questione trae origine da alcune pronunce dei giudici dei Paesi del *common law* e comprende situazioni diverse tra loro, presentando, infatti, il tema dei danni da procreazione, aspetti di connessione tra la nascita indesiderata di un figlio purtuttavia sano (*wrongful pregnancy*), il danno da erronea diagnosi prenatale con conseguente nascita di un figlio malato (*wrongful birth*) ed il tema del diritto a non nascere (*wrongful life*). Adottando una visuale più ampia si può evidenziare come ciascuno dei profili richiamati interferisca con il problema del "danno esistenziale". Sul tema DOMINICI R., *Il danno psichico ed esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2006, 304; GORGONI M., *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1, 56; FACCI G., *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 2, 325; D'ANGELO, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999; DE MATTEIS R., *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*, in *Danno e resp.*, 1999, 766; MASCIA A., *Le mancate informazioni del medico ginecologo e il danno esistenziale da "wrongful birth"*, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 12, 2603; BATÀ A., SPIRITO A., *Nascita indesiderata e responsabilità del medico*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 2, 186; SIMONE R., *Procreazione e danno: dalla nascita indesiderata al diritto alla scelta*, in *Dir. famiglia*, 2003, 1148; *id.*, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*, in *Danno e Resp.*, 2011, 4, 382.

La Cassazione civile è intervenuta più volte sul problema in esame<sup>83</sup>, affermando recentemente che:

“Anzitutto è vero che il nostro ordinamento tutela l'embrione fin dal concepimento e che può parlarsi di un “diritto a nascere sani”, ma detta locuzione va intesa nella sua portata positiva e non negativa. Il “diritto a nascere sani” significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale e da “contatto sociale”, nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) [...] Non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve “essere lasciato nascere”. Infatti nel nostro ordinamento non esiste l'aborto eugenetico”<sup>84</sup>.

È opportuno precisare che quanto dichiarato nel caso di specie riguarda, a detta della stessa Suprema Corte, esclusivamente l'ipotesi in cui la malformazione del nascituro non possa essere addebitabile al medico, responsabile, dunque, solo del fatto che l'errata o omessa informazione verso la gestante delle malformazioni o patologie fetali “non ha permesso l'autodeterminazione della stessa all'interruzione della gravidanza, pur in presenza di tutte le condizioni di legge”<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Sul punto ha fatto scuola la sentenza del Tribunale di Roma del 13 dicembre 1994, *Riv. it. med. leg.*, 1998, 162: “La negligente effettuazione di un più volte ripetuto esame ecografico prenatale non importa, per difetto d'ogni nesso eziologico tra la genesi delle malformazioni fetali rivelatesi alla nascita e l'operato dei sanitari, alcuna responsabilità aquiliana di questi ultimi nei confronti del neonato e dei suoi genitori, tanto più quando gli esami ecografici sono stati tutti compiuti dopo 90 giorni dall'inizio della gravidanza, vale a dire allorquando la madre, quand'anche avesse appreso, a seguito di esami negligenti, le notevolissime malformazioni del nascituro, non avrebbe, comunque, potuto legittimamente abortire [...]”. Sulla stessa lunghezza d'onda il Tribunale di Perugia in sentenza n. 1811 del 7 settembre 1998 ha dichiarato il difetto di legittimazione ad agire del soggetto nato malformato, allorché la fonte di danno non sia riconducibile alla causazione della malattia bensì al mancato riconoscimento della stessa.

<sup>84</sup> Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3328

<sup>85</sup> La Cassazione fa riferimento alla legge n. 194/1978 che contempla il diritto all'aborto, ma solo in ipotesi in cui si renda necessaria la tutela del diritto alla salute della gestante. Più dettagliatamente l'articolo 4 consente alla donna di richiedere l'interruzione della gravidanza, entro i primi novanta giorni di gestazione, qualora esistano “circostanze tali che la prosecuzione della stessa comporterebbe un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito”; superato tale limite temporale, è prevista comunque, all'articolo 6, la possibilità di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, qualora la prosecuzione della stessa o il parto comportino un “grave pericolo per la vita della donna” o quando “siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”.

Infatti, nella sentenza del 14 luglio 2006 n. 16123, il Consesso di legittimità ha evidenziato come:

“la tutela dell'individuo che con la nascita acquista la personalità giuridica, nella fase prenatale è limitata alle lesioni imputabili ai comportamenti colposi dei sanitari, ma non si estende alle situazioni diverse [...]”.

Il concepito, nel nostro ordinamento, è considerato pertanto come autonomo centro di interessi meritevoli di tutela solo in funzione all'evento nascita in conseguenza del quale, il soggetto, acquisisce la capacità giuridica e può far valere i relativi diritti.

E' dunque di fondamentale importanza evidenziare come, in linea generale, il rapporto che si instaura tra l'esercente la professione sanitaria e la gestante, coinvolga a tutti gli effetti anche il nascituro ed il padre dello stesso; evenienza questa che porta ad affermare che l'attività professionale dei ginecologi e degli ostetrici è un'attività a triplo rischio<sup>86</sup>.

È chiaro comunque che, non configurandosi alcun “diritto a non nascere”, nessun risarcimento potrà essere richiesto dal nascituro per la mancata interruzione della gravidanza e per le eventuali menomazioni che lo stesso riporti per cause indipendenti da fatti lesivi verificatisi in epoca prenatale<sup>87</sup> ; la sua posizione giuridica non è infatti ritenuta meritevole di tutela<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup>Nonostante la violazione del diritto all'interruzione della gravidanza riguardi esclusivamente il diritto alla salute della madre, la giurisprudenza riconosce anche al padre il diritto al risarcimento del danno nel caso di omessa informazione circa l'esistenza di malformazioni fetali, ma ciò solo quale conseguenza del danno alla salute sofferto dal coniuge.

<sup>87</sup>“Il concepito malformato, una volta nato, non può far valere, come danno proprio da inadempimento contrattuale [...]il fatto che, non essendo stata posta la madre nella condizione di tutelare il suo diritto alla salute, attraverso l'aborto, egli sia nato con malformazioni congenite e con conseguenze dannose alla persona ed eventualmente al patrimonio” Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3328

<sup>88</sup>Valicando i confini e spostandoci oltralpe, notiamo come invece l'*Assemblée Plénière* della cassazione francese abbia riconosciuto che la nascita di un bambino affetto da malformazioni è un pregiudizio risarcibile e che il diritto al relativo risarcimento è riconoscibile non solo ai genitori ma anche allo stesso soggetto minorato. Si veda al proposito Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, RCP, 2001, 497. Si tratta del noto caso *Perruche*. Tuttavia il legislatore francese ha preferito adottare una soluzione di compromesso parificando l'omessa diagnosi delle malformazioni del feto dovuta a responsabilità colposa del medico ad un incidente medico, affezione iatrogena, non dipendenti da una causa estranea accertata e ritenendo i danni indennizzabili in virtù del

Inoltre la Cassazione stessa riconosce che anche se fosse concepibile detto ipotetico diritto a non nascere, se non sano, mancherebbe un danno risarcibile; infatti, l'omessa o errata informazione non comporta per il concepito un peggioramento della propria posizione rispetto a quella che precedeva l'inadempimento informativo da parte del medico nei confronti della gestante. Né questo danno può dedursi ponendo a confronto la vita della persona affetta dalla patologia con quella del soggetto sano, proprio perché la vita in salute non ci sarebbe stata.

La giurisprudenza italiana ammette pacificamente, peraltro, che l'evento nascita possa rappresentare fonte di danni per i genitori, a prescindere dalle condizioni del neonato. In questi casi si ricade nell'ambito del *tort of wrongful birth* e del *tort of wrongful pregnancy*. La Cassazione civile nel gennaio scorso ha disposto, richiamando quanto affermato in casi analoghi dalla giurisprudenza della stessa Corte, che:

“L'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza”<sup>89</sup>.

Deve così addossarsi a carico del medico un grave inadempimento per l'ipotesi in cui ometta di informare la gestante circa eventuali malformazioni del feto, gravando sullo stesso l'onere di provare l'esistenza di circostanze che, nel caso concreto, avrebbero precluso l'esercizio del diritto all'aborto terapeutico. La novità rispetto al passato sta nell'aver ritenuto, in via presuntiva, “causalmente normale” che la donna si determini in ordine all'aborto ogniqualvolta venga

---

meccanismo della solidarietà nazionale. Sul tema: SALAS D., *L'arret Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, in *D. Dossier Justices* 2001, 14; MARKESINIS B., *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arret Perruche*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2001, 285.

<sup>89</sup>Cass., 4 gennaio 2010, n.13, in *Contratti*, 2010, 662.

opportunamente e tempestivamente informata circa la sussistenza di gravi affezioni patologiche del nascituro, risultando così particolarmente complessa la possibilità per il professionista di offrire una prova liberatoria che lo esoneri da ogni responsabilità.

Per concludere vale la pena accennare a un problema ulteriore e ancora più complesso, per quanto appena lambito in sede giudiziaria. Si allude alla questione della "possibilità di vita autonoma del feto", rispetto alla quale deve prendersi coscienza dei significativi progressi in campo medico, specialmente rianimatorio, tali da permettere il mantenimento in vita del feto con largo anticipo rispetto al passato<sup>90</sup>.

Ciò che in dottrina si è messo in evidenza, proprio da questo versante, è il rischio dell'emersione di un nuovo scenario di attrito, quello dell'omesso ricorso a trattamenti rianimatori, anche se all'esito di un intervento interruttivo della gravidanza. Ad avvallare quanto si è appena detto è la stessa cronaca recente<sup>91</sup>: il 9 Marzo 2007 un importante organo di informazione riporta la notizia della morte di un bambino di appena 22 settimane sopravvissuto per sei giorni ad aborto volontario. Al feto era stata diagnosticata una grave malformazione di cui, in realtà, non era affetto.

“In simili evenienze il rischio di finire in una spirale senza fine è alle porte: può sussistere la responsabilità per la privazione della decisione se interrompere la gravidanza; ma al tempo stesso, ad aborto eseguito, si potrebbe, con il senno di poi, lamentare l'omesso ricorso alle debite terapie rianimatorie. In tali casi la medicina difensiva, più che un rischio, sarebbe una certezza”<sup>92</sup>.

Da qualche lustro si registra un crescente numero di controversie basate sulle diverse declinazioni del *wrongful*; le richieste di risarcimento dei danni patiti per

---

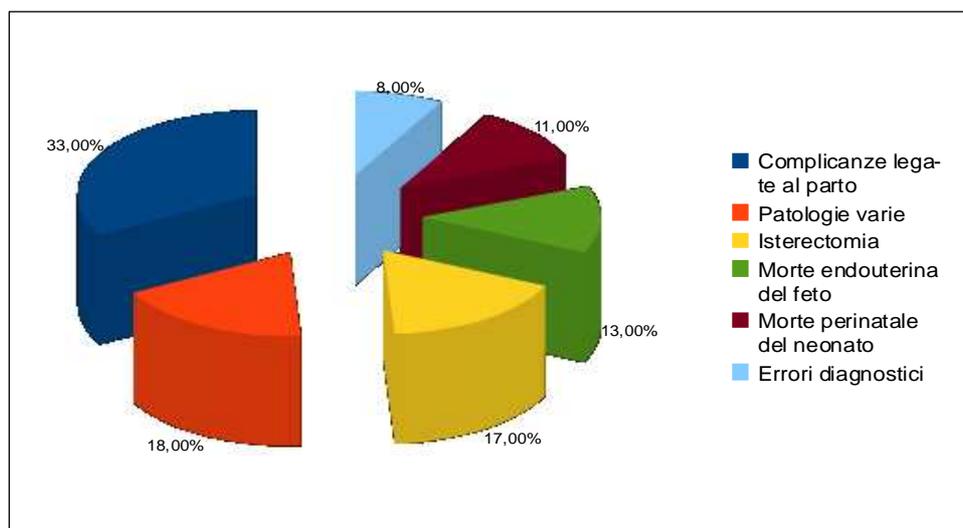
<sup>90</sup> Sul tema si legga SIMONE R., *op. cit.*

<sup>91</sup> Corriere della Sera, 9 Marzo 2007, <[http://archiviostorico.corriere.it/2007/marzo/09/Morto\\_bimbo\\_sopravvissuto\\_all\\_aborto\\_co\\_9\\_070309050.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2007/marzo/09/Morto_bimbo_sopravvissuto_all_aborto_co_9_070309050.shtml)>

<sup>92</sup> SIMONE R., *op. cit.* Per evitare questa “*impasse*”, all'ospedale San Camillo di Roma, a chi decide di sottoporsi a un aborto terapeutico tardivo viene chiesto di firmare un «consenso informato» per rinunciare alle cure intensive nel caso in cui il bambino sopravviva all'intervento. <[http://archiviostorico.corriere.it/2007/marzo/09/Roma\\_gli\\_aborti\\_terapeutici\\_Una\\_co\\_9\\_070309099.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2007/marzo/09/Roma_gli_aborti_terapeutici_Una_co_9_070309099.shtml)>

la supposta esistenza di errori medici non si limitano, tuttavia, in ambito ginecologico, ai casi di nascita indesiderata appena esaminati. Volendo fornire qualche dato di ordine numerico, l'ostetricia e la ginecologia sono due tra le professioni sanitarie per le quali si registra un maggior numero di casi segnalati in cui il professionista è chiamato a rispondere di un presunto errore medico. Stando ai dati pubblicati dall'ANIA (Associazione Nazionale delle Imprese Assicurative) si tratterebbe infatti del 16% circa del totale dei casi segnalati, a fronte del 13,7% di chirurgia generale, e del 12,4% di traumatologia ed ortopedia<sup>93</sup>.

Dati più specifici sono stati rilevati nell'ambito di un progetto di ricerca co-finanziato dal MIUR nel quale le varie Unità di Ricerca Regionali, afferenti alle strutture universitarie medico-legali, si sono adoperate ad archiviare tutti i casi di presunta responsabilità professionale medica<sup>94</sup>. Limitandosi all'ambito ostetrico-ginecologico, questi casi sono relativi sia a ipotesi in cui si è verificata una lesione che ha comportato una menomazione di tipo fisico o psichico alla madre o al feto/neonato, sia a quelle in cui si è verificato il decesso degli stessi. Il grafico seguente [GRAFICO 4] mostra la tipologia e la percentuale di frequenza dell'errore medico rilevato in ambito ostetrico-ginecologico.



**Grafico 4**

<sup>93</sup>Dati ANIA relativi al periodo di tempo 1994-2004.

<sup>94</sup> In *www.malpracticedaily.org* Le Schede esaminate e raccolte in tutta Italia, riguardanti la responsabilità ostetrico-ginecologica, sono state complessivamente 156; Il periodo esaminato è quello compreso tra il 1982 e il 2002.

In tabella [TABELLA 1] vengono indicati i casi in cui, in relazione a ciascuna tipologia di errore, è stata accertata giudizialmente la colpa professionale del medico e quelli in cui, invece, la condotta dello stesso è stata ritenuta corretta.

Patologie	Eventi	Condotta erronea del medico	Condotta corretta del medico	Totale casi	Strutture Pubbl/Priv
Complicanze Parto	52	43	9	52	44/8
Patologie varie	29	21 (+2)	6	27	26/3
Isterectomia	27	21	6	27	20/7
Morte endouterina feto	20	13	7	20	18/2
Morte perinatale neonato	17	10	7	17	17
Errori diagnostici	13	13	0	13	10/3
<b>Totale</b>		<b>121</b>	<b>35</b>	<b>156</b>	

**Tabella 1**

L'analisi della tabella riportata mostra come, a fronte dei 156 casi oggetto di segnalazione di presunti errori medici occorsi in ambito ostetrico-ginecologico nel periodo in esame, ben 121 (78%) di questi si sono risolti con la condanna del Sanitario del quale è stata accertata la colpa; solo nei 35 (22%) rimanenti casi il medico non è stato ritenuto responsabile del danno patito.

## I. 2.3 La responsabilità del chirurgo nell'ambito della chirurgia estetica

Per quel che concerne la responsabilità medica dello specialista in chirurgia estetica è interessante soffermarsi brevemente a esaminare le regole alle quali ricorre la giurisprudenza in tema di informazione<sup>95</sup>.

Prima di procedere va tuttavia chiarito che, sebbene le Sezioni Unite in sentenza n. 577 del 2008 abbiano statuito che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato assolva una funzione prevalentemente descrittiva, tale distinzione ha ancora una sua autonoma rilevanza in considerazione delle specifiche obbligazioni assunte dal debitore della prestazione; così, nell'ambito della chirurgia estetica accade spesso che il sanitario assuma nei confronti del paziente una vera e propria obbligazione di risultato, il mancato conseguimento del quale equivale, perciò, ad un inadempimento contrattuale da parte del chirurgo plastico ogniqualvolta non sia stato esattamente adempiuto l'obbligo di una preventiva informazione. In definitiva, il mancato raggiungimento del risultato sperato si pone quale conseguenza ultima proprio di una non corretta informazione da parte del chirurgo<sup>96</sup>. Ciò è quanto accade nel caso in cui il medico abbia concordato con il proprio paziente un patto di garanzia del risultato avuto di mira con il trattamento chirurgico estetico<sup>97</sup>. Tuttavia, nel normale rapporto tra chirurgo plastico e paziente non può più ritenersi automaticamente insito uno speciale patto di risultato come accadeva in passato. Non ha più senso

---

<sup>95</sup>Per una ricostruzione storica della responsabilità del chirurgo estetico si vedano CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 277, dal quale emerge che è affermazione risalente quella sul maggior rigore dell'obbligo informativo nel campo della chirurgia estetica; DELLA CASA F., *Liceità e fondamento dell'attività medico chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv. it. Proc. Pen.*, 1980, 73; BUZZI F., *La responsabilità in chirurgia estetica alla luce di alcuni indirizzi giurisprudenziali della corte di cassazione*, in *Riv. it. Med. leg.* 1991, 38; Più di recente, PECCENINI F., *La responsabilità civile del medico (con particolare riguardo alla chirurgia estetica e alla figura del primario)*, in *Sanità pubbl.*, 2002, 231; BARALE A., *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Riv. Trim. dir e proc. civ.*, 2005, 1359; CAMAIONI G., *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Dir. e lav. Marche*, 2005, 2, 175; FERRARA E., *La responsabilità civile del medico nell'ambito della chirurgia estetica*, in *Nuovo dir.*, 2008, 5-6-7, 250;

<sup>96</sup> Cass., 3 dicembre 1997, n. 12253, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 2320

<sup>97</sup> Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913

insomma, a seguito dei nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica, ancorare la distinzione tra un generico medico-chirurgo e quello plastico alla differenziazione tra le obbligazioni di mezzo e di risultato avendo, la chirurgia ordinaria e quella estetica, elementi comuni di incertezza ed aleatorietà.

Detto ciò, la Suprema Corte in una sentenza del 2001 ha osservato che la formazione del consenso presuppone sempre una specifica informazione su quanto ne forma oggetto e che, nel caso di interventi di chirurgia estetica, non essendo gli stessi finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione dev'essere particolarmente precisa e dettagliata<sup>98</sup>.

In particolare, il contenuto dell'obbligo di informazione gravante sul professionista chiamato ad eseguire un'operazione di chirurgia plastica ha una consistenza diversa a seconda che l'intervento sia finalizzato al miglioramento estetico del paziente (*chirurgia estetica vera e propria*) ovvero alla ricostruzione delle sue normali caratteristiche fisiche (si fa riferimento in questo caso alla cosiddetta *chirurgia plastica ricostitutiva*)<sup>99</sup>. Infatti, mentre nel primo caso, a parte i possibili rischi del trattamento per la vita o l'incolumità personale, il professionista deve prospettare realisticamente le possibilità di conseguimento del risultato perseguito, nel secondo caso, ferma restando la necessità dell'informazione sui rischi anzidetti, egli assolve i propri obblighi ove renda edotto il paziente di quegli eventuali esiti che potrebbero vanificare l'operazione non comportando in sostanza un effettivo miglioramento rispetto alla situazione preesistente<sup>100</sup>. E' dunque onere del chirurgo, prima di procedere ad

---

<sup>98</sup>Si fa riferimento alla pronuncia di Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165.

<sup>99</sup>CITARELLA G., *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1998, 677; GUALDI G., *Orientamenti dottrinari e giurisprudenziali in tema di responsabilità del chirurgo plastico. Chirurgia plastica e ricostruttiva: aspetti etici, giuridici e medicolegali*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 19.

<sup>100</sup>Cass., 8 aprile 1997, n. 3046, in *Foro.it*, 1997, I, 1801. Nella fattispecie, la sentenza di merito, annullata dalla Cassazione per difetto di motivazione, aveva affermato la responsabilità di un medico per gli esiti cicatriziali conseguenti ad un'operazione, correttamente eseguita sotto il profilo tecnico e non imprevedibili anche in tal caso, di asportazione di numerosi tatuaggi dal contenuto osceno e ripugnante che il paziente aveva deciso di far rimuovere dato l'insopportabile disagio psicologico che gli derivava

un'operazione, al fine di ottenere un valido consenso del paziente, specie in caso di chirurgia estetica, informare questi dell'effettiva portata dell'intervento, degli effetti conseguibili, delle eventuali complicazioni, dei prevedibili rischi implicanti una probabilità di esito infausto.

Il Tribunale di Bari, nell'ottobre dell'anno 2010 ha dichiarato che a fronte di un intervento con finalità prettamente estetiche, il rischio di un peggioramento generale dell'aspetto fisico costituisce una possibile evenienza che viene perciò generalmente presa in considerazione dal paziente, potendo anche rappresentare un valido deterrente alla sottoposizione all'intervento in parola. Ciò tuttavia, non è sufficiente per ritenere certo o altamente probabile che il rischio di un risultato estetico non pienamente soddisfacente induca qualsiasi paziente a desistere dall'intervento richiesto al chirurgo. Pertanto, non può affatto darsi per scontato che il medesimo paziente non avrebbe comunque accettato il rischio delle conseguenze pregiudizievoli poi, di fatto, verificatesi, pur di raggiungere l'obiettivo estetico che si era riproposto. Così:

“La risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'intervento chirurgico correttamente eseguito “*secundum legem artis*”, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli, e, dunque, senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il medesimo paziente, quel determinato intervento, avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato”<sup>101</sup>.

Può allora dirsi che, essendo la finalità dell'intervento di chirurgia estetica quello di migliorare l'aspetto fisico del paziente e incrementare la positività della sua vita di relazione, sul sanitario incombe un dovere particolare di informazione che va al di là della semplice enumerazione e prospettazione dei rischi delle terapie suggerite o dell'intervento chirurgico proposto, delle modalità e delle possibili

---

dalla loro presenza una volta abbandonato lo stile di vita del periodo al quale essi risalivano.

<sup>101</sup>Trib. di Bari, sez II, sent. 19 ottobre 2010, n. 3135, in *Dejure* (Juris data on line).

scelte alternative, ma ha ad oggetto anche la conseguibilità di un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico e, quindi, il risultato finale dell'intervento estetico<sup>102</sup>.

Per concludere vengono riportati i dati pubblicati nel *Rapporto PIT Salute 2006*<sup>103</sup> del Tribunale dei diritti del Malato-Cittadinanzattiva (Tdm) basati sulle 19.776 segnalazioni pervenute allo stesso Tdm nel corso dell'anno 2006 [GRAFICO 5].

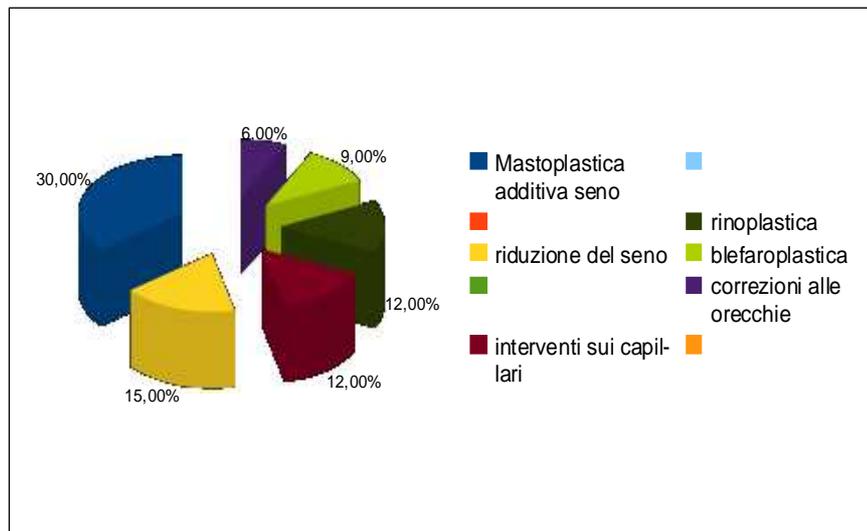


Grafico 5

La *mastoplastica additiva al seno* costituisce l'intervento che raccoglie il maggior numero di segnalazioni per presunti errori del chirurgo plastico con una percentuale di doglianze pari al 30%; segue l'*intervento di riduzione del seno* con una percentuale del 15% ; il 12% delle segnalazioni è invece relativo a presunti errori occorsi durante *interventi di rinoplastica* ed ai *capillari*; le doglianze di *malpractice* relative ad interventi di *blefaroplastica* corrispondono al 9% dei casi segnalati ed infine il 6% degli stessi è inerente ad errori lamentati in occasione di *interventi di correzione di difetti delle orecchie*.

<sup>102</sup>Cass., 8 agosto 1985, n. 4394, in *Resp. civ. e prev.* 1986, 44, laddove si dichiara che “Il dovere d'informazione, gravante sul chirurgo estetico, ha contenuto più ampio rispetto al corrispondente dovere a carico del terapeuta, in quanto dev'essere esteso alla possibilità di conseguire un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione”.

<sup>103</sup> [www.tribunaledirittimalato.cittadinanzattiva.it](http://www.tribunaledirittimalato.cittadinanzattiva.it)

## I. 2.4 La responsabilità del medico odontoiatra

Il contenzioso in odontoiatria rappresenta un fenomeno in continua espansione. Pochi anni addietro, in dottrina, si sono poste in luce le ragioni che hanno contribuito all'incremento della litigiosità in questo specifico ambito della responsabilità medica<sup>104</sup>. Tra queste un rilievo particolare è stato attribuito all'impegno economico, generalmente gravoso, sostenuto in proprio dal paziente per l'erogazione dei servizi odontoiatrici, servizi che spesso sono altresì non indispensabili e rinviabili e che per questo inducono nel paziente "la sensazione che il mancato conseguimento del risultato atteso (il felice esito della cura) possa essere frutto di una mancanza addebitabile al sanitario"<sup>105</sup>.

Chiarito che la responsabilità professionale dell'odontoiatra è da inscrivere nell'ambito della responsabilità medica a pieno titolo, dal momento che la Suprema Corte ha sancito che l'attività odontoiatrica è un'attività che si concreta, nei limiti del suo specifico oggetto, nelle stesse attività di prevenzione, diagnosi e cura che connotano l'esercizio di ogni professione medica<sup>106</sup>, si ricorda come la stessa sia caratterizzata da alcuni profili peculiari. Infatti, in ambito odontoiatrico operano figure diverse per iter e formazione e sono altresì frequenti collaborazioni con altre figure professionali (basti pensare al ricorso alla collaborazione dell'odontotecnico)<sup>107</sup>; ci si avvale di attrezzature tecniche più o meno sofisticate, di materiali merceologicamente diversi, con dispositivi e tecnologie in continua

---

<sup>104</sup> FERRARI M., *La responsabilità civile in odontoiatria*, in *Danno e resp.*, 2004, 2, 121.

<sup>105</sup> FERRARI M., *La responsabilità civile in odontoiatria*, *op. cit.*

<sup>106</sup> Cass., 22 Novembre 2000, n. 15078, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2410.

<sup>107</sup> Su questo aspetto si vedano PINCHI V., *Odontoiatria o medicina odontoiatrica: una questione di sostanza*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2006, 6, 1178; CIALLELLA C., DURSO S., DELVECCHIO S., NARDECCHIA E., *La responsabilità professionale dell'odontoiatra*, SEU, 1996, 123; CERINI D., *La responsabilità del dentista: tra obblighi contrattuali e dovere di protezione* (nota a Cass., sez. III, 14 febbraio 2008 n. 3520), in *Dir. economia assicur.* 2009, 2, 650.

evoluzione. Tutti questi specifici modelli operativi che la professione in esame ha proposto nella sua evoluzione, evocano fattispecie di responsabilità particolari per cui non è facile estrapolare una regola che sia valida per situazioni e circostanze tanto diverse.

Un profilo sul quale la Corte è stata spesso chiamata a pronunciarsi è quello inerente alla responsabilità del professionista per la realizzazione di impianti relativi a protesi dentarie<sup>108</sup>. A tal proposito il Supremo Collegio dichiara che non esiste responsabilità del medico odontoiatra per la realizzazione della protesi, in quanto *opus* materiale e come tale oggetto della prestazione dell'odontotecnico<sup>109</sup>. Tuttavia la concezione della protesi come mero “prodotto” difficilmente coglie la complessità della interazione professionale tra il soggetto che offre le materie prime di cui la protesi si compone, i soggetti che la realizzano materialmente (odontotecnici), la fase di preventiva valutazione e quella successiva di impianto e di controllo sulla stessa affidate all'odontoiatra. Nella realtà è bene tenere presente che tali attività e compiti si intersecano e ciascuno si avvale della speciale competenza dell'altro professionista.

Ad ogni modo è da escludersi la responsabilità dell'odontotecnico nel caso in cui la protesi non presenti alcuna difformità ed appaia chiaro che il danno al paziente sia dovuto non ad un difetto di preparazione della protesi, non a particolari difficoltà dell'operazione, ma al solo fatto che l'apparecchio protesico, commissionato puntualmente ad un odontotecnico, venga innestato per esempio a distanza di mesi dall'estrazione dei denti e dalla presa delle necessarie impronte<sup>110</sup>; la responsabilità, in queste ipotesi, grava sul medico odontoiatra. Più precisamente deve ritenersi gravemente colposa la condotta dello stesso il quale, dopo avere realizzato una protesi provvisoria, attenda un notevole periodo senza che si sia provveduto alla realizzazione dell'impianto definitivo, così favorendo l'insorgenza di fenomeni irritativi delle mucose gengivali, con conseguente

---

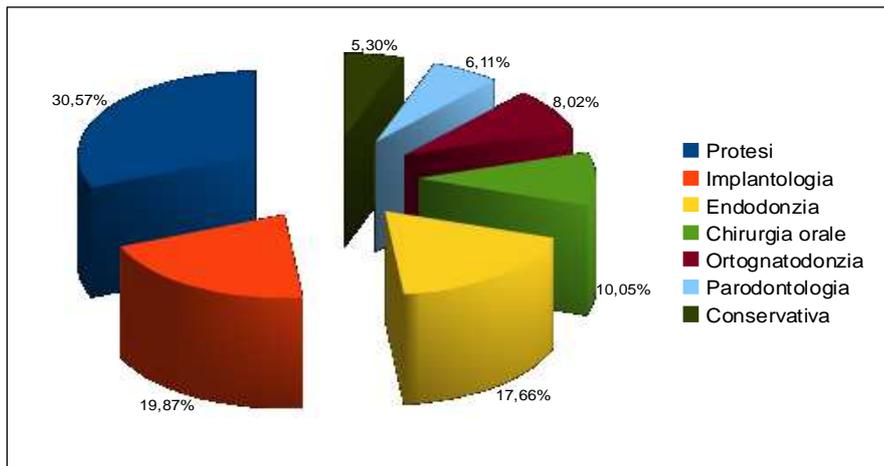
<sup>108</sup> INTRONA F., MIOTTI F., *Problemi dell'accertamento tecnico della responsabilità professionale del laureato in odontoiatria e protesi dentaria*, in *La laurea in odontoiatria e protesi dentaria*, CIC, Roma, 1984, 91; DALEFFE L., MONTAGNA F., *La responsabilità del dentista e dell'odontotecnico nell'insuccesso protesico*, in AA.VV., *La responsabilità nella professione odontoiatrica*, Padova, 1998, 195.

<sup>109</sup> Cass., 23 luglio 2002, n. 10741, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1320.

<sup>110</sup> A tal proposito si veda Trib. Bologna, 7 dicembre 2006.

produzione di danni patrimoniali a carico del soggetto interessato dall'intervento<sup>111</sup>. Non è invece, secondo l'attuale orientamento giurisprudenziale, riscontrabile la colpa del dentista nel caso in cui, eseguita correttamente una protesi, l'inserimento della stessa richieda un piccolo sforzo per l'inserimento dei ganci posteriori<sup>112</sup>.

Per quel che invece concerne la ricorsività degli errori nella branca specialistica in esame, vengono di seguito riportati i dati raccolti e pubblicati dal Dott. F. Montagna<sup>113</sup> [GRAFICO 6].



**Grafico 6**

Nella tabella seguente [TABELLA 2] possono, invece, trovarsi i dati inerenti ai principali motivi di contestazione<sup>114</sup> in ambito odontoiatrico; si evidenziano i casi in cui è stata giudizialmente accertata la responsabilità del professionista (più del 70% dei casi) e quelli in cui la lite è stata invece oggetto di transazione .

<sup>111</sup> *Giust. Civ., Mass.* 2008, 4, 628.

<sup>112</sup> *Trib. Roma, sez. XIII*, 11 luglio 2005.

<sup>113</sup> In *www.odontolex.it*; Ricorsività degli errori su un totale di 736 casi di responsabilità professionale. si veda anche DE LEO D., MONTAGNA F. *Il contenzioso medico legale in odontoiatria: i perché di una «epidemia»*, in Aa. Vv., *La responsabilità nella professione odontoiatrica*, Padova, 1998, 25;

<sup>114</sup> In *www.aio.it*; i dati sono stati raccolti e pubblicati dalla Dott.ssa M. S. Rini e sono relativi al periodo 2000-2005 (settembre).

<i>Motivazioni</i>	<i>N. Casi</i>	<i>%</i>	<i>Responsabilità accertata</i>	<i>Liti transate</i>
Protesi	87	36,1	66	8
Implantologia	52	21,58	46	5
Endodonzia	36	14,94	19	0
Chirurgia orale	33	13,69	25	5
Altro	14	5,81	6	5
Ortodonzia	11	4,56	6	1
Anestesia	7	2,9	3	1
Parodontologia	1	0,41	0	0
<b>TOTALE</b>	<b>241</b>		<b>171 ( 70,95%)</b>	<b>25 (10,37%)</b>

**Tabella 2**

## **I. 2.5 Il contenzioso in ambito psichiatrico**

Uno dei profili peculiari che investe il contenzioso in ambito psichiatrico riguarda la possibilità di ravvisare una responsabilità in capo al medico-psichiatra in ordine agli atti auto ed eterolesivi posti in essere dal paziente anche quando questi non sia sottoposto al trattamento sanitario obbligatorio disciplinato dalla l. n. 180/1978<sup>115</sup>.

I cambiamenti introdotti dalla legge in questione hanno riguardato anzitutto il rapporto medico-paziente e le conseguenze di un'eventuale responsabilità colposa

<sup>115</sup> Sul tema FILIPPINI G., ROMANO C. A., *La responsabilità professionale degli operatori sanitari per reati commessi da pazienti ricoverati in strutture psichiatriche. Aspetti medico-legali di due casi clinici*, in *Rass. it. Criminologia*, 1991, 353; DE MAIO G., *Lo psichiatra? E' "garante" del paziente. Quel legame causa-effetto tra farmacoterapia e condotte violente* (nota a Trib. Bologna, uff. Gip, 25 novembre 2005), in *Dir. e giust.* 2006 17, 52; CANEPA G., *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. Med. Leg.* 1983, 19; FIANDACA G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra* (nota a sent. Cass., Sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli) in *Foro it.* 1988, II, 107; MANACORDA A., *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni* (nota a sent. Cass., Sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli) in *Foro it.* 1988, I, 118

del primo nei confronti del secondo. La legge n. 180/1978 pone fine al fenomeno noto come “criminalizzazione del malato di mente” e si può sostenere che, proprio in virtù di questa, sullo psichiatra ricade l'obbligo di curare e non di custodire il paziente. Non rientrerebbe dunque negli obblighi di garanzia del professionista quello di impedire gli atti auto ed eterolesivi del soggetto malato. Tuttavia la Cassazione è di avviso contrario: in queste ipotesi, infatti, si ricadrebbe comunque all'interno di un obbligo di cura; impedire quegli atti equivarrebbe ad impedire proprio un'estrinsecazione della malattia psichiatrica<sup>116</sup>. In un caso riguardante il suicidio avvenuto per defenestrazione di una paziente affetta da sindrome psicotica depressiva, la Suprema Corte ha osservato che, se da un lato la coercizione del soggetto malato avrebbe potuto ammettersi solo alla presenza delle condizioni previste dalla legge per il trattamento sanitario obbligatorio, dall'altro non poteva escludersi in capo al professionista un generico dovere di vigilanza, ricollegato alla posizione di garanzia da questi occupata, atto a prevenire eventuali azioni auto od eterolesive del paziente, qualora sussistessero particolari condizioni idonee a fondare un rischio prevedibile<sup>117</sup>. La Cassazione civile, già in sent. n. 2843/1997 aveva affermato il principio secondo cui:

“Nei confronti della persona ospite di reparto psichiatrico, non interdotta né sottoposta a trattamento sanitario obbligatorio ai sensi della legge 13 maggio 1978, n. 180, la configurabilità di un dovere di sorveglianza a carico del personale sanitario addetto al reparto e della conseguente responsabilità risarcitoria ai sensi dell'art. 2047 primo comma c.c. per i danni cagionati dal ricoverato presuppone unicamente la prova dell'incapacità di intendere e di volere di questi, costituendo principio regolatore della materia della responsabilità civile che, salvi i casi eccezionali, si risponda solo per l'omessa sorveglianza di un soggetto capace”<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 10430, in *Guida dir.*, 12, 52.

<sup>117</sup> Si fa ancora riferimento a Cass., 4 marzo 2004, n. 10430, *cit. supra*.

<sup>118</sup> Cass., 20 marzo 1997, n. 2483, in *Giust. civ.* 1997, 1, 2156.

Responsabilità dunque *ex art. 2047 c.c.* che tuttavia resta circoscritta entro gli ambiti degli obblighi di sorveglianza imposti dalle leggi vigenti e dei conseguenti poteri attribuiti ai sanitari<sup>119</sup>.

Deve anticiparsi, tuttavia, che sono comunque esigibili dalla struttura ospedaliera tutte quelle misure organizzative dirette a evitare che le condotte di coloro che a vario titolo operano nella struttura stessa, o dei soggetti degenti, possano concorrere alla produzione di un danno<sup>120</sup>; in tal caso è sufficiente pensare proprio all'eventuale concorso dell'azione dell'individuo psichicamente labile che, con atti di autolesionismo, si provoca un danno, ovvero provoca un danno ad un soggetto terzo: la condotta concorrente del paziente, indipendentemente dall'esistenza di una comprovata responsabilità in capo al Sanitario, non esclude la responsabilità della struttura che abbia ommesso di adottare misure idonee ad evitare il verificarsi di tali episodi.

## **I. 2.6 La responsabilità della struttura per danni cagionati da infezioni nosocomiali**

Il tema delle infezioni nosocomiali è strettamente connesso a un aspetto particolarmente rilevante che è stato volutamente rimandato, in occasione della disamina della parte generale, a questa più opportuna sede: trattasi della possibilità di configurare una responsabilità diretta ed autonoma in capo alla struttura ospedaliera per i danni cagionati al soggetto degente, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una comprovata responsabilità del medico in essa operante<sup>121</sup>. Nella fattispecie l'ente ospedaliero potrebbe essere chiamato a

---

<sup>119</sup> A tal proposito si veda la pronuncia della Corte d'Appello di Trieste, 22 settembre 2001, n. 1018, nella quale si sottolinea la necessità di provare specifiche carenze di ordine assistenziale ai fini della sussistenza della responsabilità della U.S.L. per i danni cagionati a terzi da un infermo di mente.

<sup>120</sup> Sulla responsabilità della struttura ospedaliera si veda il paragrafo seguente.

<sup>121</sup> Non deve dimenticarsi che la configurazione delle strutture ospedaliere quali soggetti autonomamente responsabili rappresenta la naturale conseguenza della creazione attraverso la legge 23 dicembre 1978, n. 833 del Sistema Sanitario Nazionale quale ente titolare del complesso delle funzioni, strutture, servizi e attività destinati alla promozione, mantenimento e recupero della salute fisica e psichica della popolazione. Si veda

rispondere per le infezioni contratte dal paziente che siano causalmente connesse alla degenza, salva l'ipotesi in cui sia fornita la prova dell'esistenza, a monte dell'infezione, di una causa estranea.

È bene, per ragioni di chiarezza, fare un passo indietro nel tempo. Tradizionalmente si è stentato a configurare una prestazione propria della struttura avente contenuto difforme da quello riferibile ai singoli individui in essa operanti<sup>122</sup>. Nell'ultimo decennio tuttavia, nel settore dell'attività sanitaria dove, come si è visto, a fronte di uno sviluppo tecnologico che indirettamente ha incrementato le potenzialità lesive del danno, la scienza medica è corsa ai ripari, si è avvertita l'esigenza che anche le regole di responsabilità, nel traslare i costi dei danni dal soggetto che li subisce a quello che gestisce il rischio del loro accadimento, incentivassero il ricorso a misure volte a prevenire il verificarsi dell'accadimento lesivo stesso, promuovendo politiche gestionali di controllo del rischio sanitario<sup>123</sup>. Inoltre, la giurisprudenza della Corte di legittimità è pervenuta

---

BUSNELLI F. D., *Note introduttive, Legge 23 Dicembre 1978, n. 833*, in NLCC, 1979, 1190.

<sup>122</sup>Dalle ricostruzioni giurisprudenziali degli anni addietro emerge che raramente è stato posto l'accento su un disservizio o una disfunzione organizzativa della struttura sanitaria, diversamente preferendosi risalire ad una negligenza del singolo operatore sanitario. Ne sono una conferma quelle pronunce che, nel motivare, vanno sempre alla ricerca di una condotta colpevole del medico come presupposto necessario per l'affermazione della responsabilità della struttura, pur anche in quei casi in cui risulta essere chiaramente in gioco un disservizio della struttura stessa. Si veda Cass., 8 Maggio 2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 2001, 1045 con commento di BREDA R., *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, ove si legge: "Ed invero una volta esclusa la colpa del chirurgo non può essere affermata la responsabilità dell'istituto sanitario, poiché sia l'art. 1228, sia l'art. 2049 presuppongono un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, onde in assenza di tale colpa non è ravvisabile una responsabilità (contrattuale) del debitore [...]. Non è quindi fondata la tesi del ricorrente secondo cui la responsabilità dell'istituto convenuto va affermata anche quando sia stata positivamente provata l'assenza di colpa". Si ricorda, ancora, il caso deciso da Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 273 con nota di RONCHI E., *Colpa grave del medico: valutazione tecnico-giuridica lasciata al mero arbitrio*.

<sup>123</sup>Si segnala a tal proposito l'inserimento nell'ambito della parte normativa del CCNL relativo all'area della dirigenza sanitaria (quadriennio 2002/2005), di una disposizione che sancisce l'obbligo per le aziende sanitarie di "attivare sistemi e strutture per la gestione dei rischi, anche tramite sistemi di valutazione e certificazione della qualità, volti a fornire strumenti organizzativi e tecnici adeguati per una corretta valutazione delle modalità di lavoro da parte dei professionisti nell'ottica di diminuire le potenzialità dell'errore e, quindi di responsabilità professionale nonché di ridurre la complessiva sinistrosità delle strutture sanitarie, consentendo anche un più agevole confronto con il

ad una ricostruzione dogmaticamente più appagante del rapporto paziente-struttura, riconsiderandolo come un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive, talvolta definito *contatto di ospedalità*<sup>124</sup>, talaltra *contratto di assistenza sanitaria*, al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento disposte dall'art. 1218 c.c. in forza del fatto che la prestazione dell'ente ospedaliero è assimilabile a quella di un qualsiasi debitore per titolo contrattuale<sup>125</sup>. Si assiste, insomma, all'introduzione del cosiddetto *sistema a doppio binario*, in cui accanto all'agire individuale dei singoli medici, rileva l'azione collettiva unitariamente considerata in termini di "attività organizzata" che fa capo alla struttura<sup>126</sup>. A essere valorizzato è proprio il momento in senso lato organizzativo della prestazione sanitaria con l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori e che trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili alla struttura stessa<sup>127</sup>. A ben vedere, infatti, sussistono molteplici fattori che concorrono a determinare il risultato dell'intervento o della cura e che non consentono di ridurre

---

mercato assicurativo." art. 21 co. 5 del CCNL (parte economica biennio 2002-2003-parte normativa quadriennio 2002/2005).

<sup>124</sup>Cass., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, 1, 3060; Cass., 26 gennaio 2006 n. 1698, in *Dejure* (Juris data on line).

<sup>125</sup>Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro.it.*, 2008, 1, 455, "Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale comporta la conclusione di un contratto (Cass. n.1698/2006; Cass. n. 9085/2006; Cass. n. 10297/2004; Cass. n. 3492/2002; Cass. n. 11011/2003; Cass. n. 11316/2003)".

<sup>126</sup> Accanto ad una responsabilità diretta e autonoma dell'ente può perciò coesistere la responsabilità per il fatto dei Sanitari operanti nell'ambito della stessa struttura. In tali ipotesi trova applicazione il disposto dell'art.1228 c.c., e ciò anche nel caso in cui il medico non sia legato da un rapporto di dipendenza stabile con l'ente ospedaliero.

<sup>127</sup> ZENCOVICH Z., *La sorte del paziente*, Padova, 1994. L'autore rende evidente il fatto che alle istituzioni è stato riservato un trattamento più rigoroso di quello destinato al singolo professionista facendo leva proprio sulla complessità tecnica e scientifica della moderna attività medica che impone, soprattutto nei settori specialistici, la disponibilità di attrezzature e strutture costose acquistabili solo da istituzioni pubbliche. Da ciò deriva che in capo alla struttura può essere configurata non solo una responsabilità per fatto del dipendente, ma anche una responsabilità diretta per carente organizzazione e difettoso funzionamento di attrezzature. Sugli stessi aspetti, con riferimento ad ipotesi di infezioni nosocomiali per carenza di attrezzature, cfr., già in tempi ormai lontani, Cass., n. 972/1966, in *Resp. civ. e prev.*, 60.

il giudizio di responsabilità per l'esito infausto della stessa alla sola conformità dell'operato del Sanitario alle regole dell'*ars medica* applicabile al caso di specie<sup>128</sup>.

Tale premessa ha rappresentato per la giurisprudenza il punto di partenza per istituire il summenzionato contratto atipico di *spedalità* nel quale confluiscono, volta a volta, le prestazioni di tipo alberghiero o la messa a disposizione di personale medico e paramedico, la somministrazione di medicinali, e, ai fini che qui più interessano, l'approntamento di ambienti e di attrezzature sterili, dalle sale operatorie, ai reparti di terapia intensiva, alle macchine salvavita<sup>129</sup>.

Si è detto, introducendo il paragrafo, che la struttura ospedaliera potrebbe essere ritenuta responsabile per il danno cagionato al paziente che ha contratto un'infezione nosocomiale. La responsabilità dell'ente, nell'ipotesi in esame, è riconducibile a quel più ampio *genus* delle responsabilità che si è soliti definire "da inefficiente organizzazione", pur non esaurendosi totalmente in tale classificazione<sup>130</sup>. Infatti, sebbene sia spesso correlata a carenze organizzative

---

<sup>128</sup> Nel 2006 il quotidiano *La Repubblica* riporta la denuncia fatta da esponenti dell'Associazione nazionale oncologi sulla frequente ricorrenza di eventi avversi in occasione di trattamenti sanitari eseguiti presso strutture ospedaliere: una denuncia che ha consentito di evidenziare come, sovente, alla base di tali accadimenti vi siano disfunzioni organizzative, carenze strutturali, se non dimissioni anticipate o scambi di farmaci. *La Repubblica*, 24 Ottobre 2006, 14.

<sup>129</sup> Al proposito la Cassazione civile ha, infatti, dichiarato: "Il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura e il paziente, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo scelga al di fuori della struttura sanitaria il medico curante, non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze (Cass., Sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556). E questa stessa Sezione più recentemente ha esplicitato che il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale, o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura, accanto a quelli di tipo lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze". Cass., 26 Gennaio 2006 n. 1698, in *Riv. it. med. leg.*, 2006 6, 1223

<sup>130</sup> "Va sottolineato al riguardo che la diligente sterilizzazione dell'ambiente ospedaliero, della sala operatoria, dei luoghi di degenza e delle attrezzature costituisce obbligo precipuo della casa di cura obbligata, in virtù del riferito contratto di *spedalità*, ad offrire

delle strutture sanitarie, sotto il profilo della mancata adozione di misure precauzionali di carattere igienico-sanitario, essa ha comunque acquisito una propria autonomia stante l'eterogeneità dei fattori che possono esserne causa<sup>131</sup>.

È doveroso precisare che con il termine “infezione ospedaliera” o “nosocomiale” si allude sia alle infezioni insorte nel corso di un ricovero ospedaliero, non manifeste clinicamente né in incubazione al momento dell'ingresso e che si rendono evidenti dopo 48 ore o più dal ricovero, sia ad infezioni successive alla dimissione, ma causalmente riferibili, per tempo di incubazione, agente eziologico e modalità di trasmissione, al ricovero medesimo<sup>132</sup>.

In Italia non esiste un modello di sorveglianza nazionale dell'andamento di tali infezioni, non essendo contemplato alcun sistema di rilevazione attiva dei dati sensibili<sup>133</sup>. Tuttavia, ciò non ha impedito che, fin dai primi anni Ottanta, siano stati condotti numerosi studi multicentrici di prevalenza atti a valutare proprio la frequenza delle infezioni ospedaliere.

“Sulla base di questi e delle indicazioni della letteratura, si può stimare che in Italia il 5-8% dei pazienti ricoverati contrae un'infezione ospedaliera. Ogni anno, quindi, si verificano in Italia 450-700 mila infezioni in pazienti ricoverati in ospedale (soprattutto infezioni urinarie, seguite da infezioni della ferita chirurgica, polmoniti e sepsi). Di queste si stima che circa il 30% siano potenzialmente prevenibili (135-210 mila) e che siano direttamente

---

ambienti salubri ed attrezzature conformi ai parametri della scienza e tecnica medica”. Trib Bari, 10 marzo 2009, n. 827. Ancora, in una prospettiva di responsabilità per carenze organizzative si possono leggere Cass., 18 Aprile 1966, n. 972, in *Foro it.*, 1966, I, 1532, con nota di PISU L; Trib. Casale Monferrato, 6 giugno 1966, in *Resp. civ. prev.*, 1968, 61.

<sup>131</sup> L'insorgenza delle infezioni nosocomiali è strettamente connessa al controllo a monte di diversi fattori ambientali, individuali, iatrogeni che possono agevolare il contagio e incidere sulla diffusione degli agenti patogeni che ne sono la causa. Sul tema si legga PATRIARCHI R., DE BARTOLOMEO G., GRASSI O., SABUSCO G., *Infezioni ospedaliere post dimissione*, in *L'uomo e la medicina*, ISSN 0394-0381, 1998, XIV, 17; ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ. *Indagine conoscitiva nazionale sulle attività di sorveglianza e controllo delle infezioni ospedaliere negli ospedali pubblici italiani*, in [www.iss.it](http://www.iss.it).

<sup>132</sup> MONELLI A., DIGIESI G., *Implicazioni medico-legali in tema di infezioni ospedaliere*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 25; PATRIARCHI R., DE BARTOLOMEO G., GRASSI O., SABUSCO G., *Infezioni ospedaliere post-dimissione*, *op. cit.*, 20.

<sup>133</sup> Diversa è la situazione nei Paesi anglosassoni dove sussistono le cosiddette *Infection Control Nurses*.

causa del decesso nell'1% dei casi (1350-2100 decessi prevenibili in un anno)<sup>134</sup>.

La tabella seguente [TABELLA 3] riporta gli studi multicentrici più recenti effettuati in Italia suddividendoli per *tipologia*<sup>135</sup>.

Studi multicentrici di prevalenza				
<i>Autore, anno</i>	<i>Luogo</i>	<i>Tipo di reparto e n° di ospedali o reparti</i>	<i>n° di pazienti</i>	<i>frequenza (%)</i>
Zotti, 2000	Piemonte	tutto l'ospedale (60)	9467	7,8
Di Pietrantonj, 2000	Italia	tutto l'ospedale (10)	1315	9
Lizoli, 2000	Lombardia	tutto l'ospedale (113)	18867	4,9
Nicastri, 2001	Italia	tutto l'ospedale (15)	2165	7,5
Mongardi, 2001-2002	Emilia Romagna	Rsa (15), CP (34)	1926	9,6
Studio Spin, 2004	Veneto	tutto l'ospedale (21)	6352	6,9
Ippolito, 2002	Italia	tutto l'ospedale (32)	3306	6,9
Ippolito, 2003	Italia	tutto l'ospedale (40)	3402	6,2
Ippolito, 2004	Italia	tutto l'ospedale (48)	3416	5,4
Ippolito, 2004	Italia	tutto l'ospedale (44)	2901	6,7
Rodella, 2004	Toscana	tutto l'ospedale (41)	6631	4,5

**Tabella 3**

Le infezioni nosocomiali sono in continua crescita, soprattutto in virtù dell'incremento dei fattori che contribuiscono causalmente alla loro verifica: aumento dei pazienti immunocompromessi, introduzione di manovre diagnostiche e terapeutiche invasive e altresì il progressivo invecchiamento di una popolazione ospedalizzata in costante crescita. Ciò ha determinato un aumento di studi epidemiologici e dunque una maggiore attenzione ai temi della prevenzione di tali

<sup>134</sup> In [www.epicentro.iss.it](http://www.epicentro.iss.it)

<sup>135</sup> Dati reperibili in [www.epicentro.iss.it](http://www.epicentro.iss.it)

eventi avversi; non ha invece implicato un incremento di pronunce giurisprudenziali emesse ai fini di una condanna per il loro accadimento<sup>136</sup>. Sotto questo profilo pertanto l'esperienza italiana non riflette quanto è diversamente accaduto in altri Paesi europei ove, la giurisprudenza inizialmente, ed il legislatore successivamente, hanno prestato attenzione congiunta a tale tipologia di danni. Si allude in particolare all'esperienza francese, sulla quale avremo modo di soffermarci più dettagliatamente in seguito e nella quale, in riferimento ai danni da infezioni nosocomiali, si è compiuto in ambito giurisprudenziale un interessante percorso evolutivo che ha riguardato la dicotomia obbligazione di mezzi/di risultato.

Basti in questa sede rilevare come, in Francia, l'avvertita esigenza di ridefinizione del sistema di responsabilità medica, ha indotto il legislatore ad intervenire mediante un sostanziale recepimento di indirizzi pretori da tempo consolidati e relativi al concetto di buona organizzazione<sup>137</sup>. Così, sulla base dei parametri individuati dalla giurisprudenza transalpina, una struttura sanitaria può essere

---

<sup>136</sup> Da studi recenti è emerso che “il 30% delle infezioni contratte durante la degenza nosocomiale è prevenibile: di converso ben il 70% di tali patologie è ancora oggi ineliminabile all'origine. La bipartizione tra forme prevenibili e non prevenibili di infezioni nosocomiali dovrebbe avere rilievo nelle valutazioni di responsabilità sanitaria: infatti, se non tutte le infezioni nosocomiali sono prevenibili, allora non tutte le infezioni nosocomiali possono automaticamente attribuirsi ai c.d. Fattori umani”. Si veda CUCCI M., CASALI M. B., *Le infezioni nosocomiali: il contributo del medico legale*, in *Riv. it. med. leg.* 2009, 1, 17.

<sup>137</sup> Si fa fin d'ora riferimento alla *Loi* del 4 marzo 2002, n. 303, detta *Loi Kouchner* dal nome del Ministro che l'ha proposta. L'art. 98 della legge in questione introduce un'ipotesi di responsabilità oggettiva della struttura: “*Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère*”. Successivamente la legge del 30 Dicembre 2002 ha inserito l'art. L. 1142-1-1 che prevede “*Sans préjudice des dispositions du septième alinéa de l'article L. 1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale; 1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25% déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués ces infections nosocomiales*”. Il legislatore francese si preoccupa di precisare che sono sottratti al diritto comune i danni da infezioni nosocomiali solo se particolarmente gravi, ovvero comportanti un tasso di I.P.P. superiore al 25% o aventi come conseguenza il decesso della vittima, con esclusione delle fattispecie in cui venga in rilievo una “*faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections*” [art. L. 1142-17 e 1142-21]. In questi casi all'ONIAM è attribuita un'azione di rivalsa contro il danneggiante.

definita efficiente e ben organizzata se la stessa rispetta due ordini di obbligazioni: la prima attinente al profilo qualitativo del personale in essa operante; la seconda alla disponibilità e alla qualità dei materiali utilizzati, dei locali, delle attrezzature e dei prodotti da somministrare. L'aspetto di nostro interesse riguarda essenzialmente la questione dell'igiene e salubrità dei locali in relazione alla possibilità di contrarre infezioni nosocomiali<sup>138</sup>: la giurisprudenza della *Cour de cassation*, che inizialmente aveva qualificato l'obbligo a carico della struttura quale semplice obbligazione di mezzi, successivamente avvertì la necessità di riqualificarlo quale obbligazione di mezzi “rinforzata”, ovvero con presunzione di responsabilità, fino a giungere a prospettare un'obbligazione di risultato che ha trovato riscontro nel riconoscimento legislativo di una responsabilità della struttura definita “*responsabilité sans faute*”. In materia di infezioni nosocomiali viene quindi affermata una responsabilità aggravata in capo alla struttura, che può liberarsi solo con la prova di un evento impreveduto ed imprevedibile quale causa dell'infezione<sup>139</sup>. Si è dunque voluto ribadire a livello legislativo quanto il diritto vivente aveva già elaborato come regola operativa, stabilendo che qualsiasi prestazione medica realizzata presso una struttura ospedaliera comporta l'assunzione, sia da parte del medico che dell'ente, di una “*obligation de sécurité résultat en matière d'infections nosocomiales*”<sup>140</sup>.

La novità sta proprio nella previsione di un'obbligazione di risultato a carico della struttura e nella contestuale previsione di una responsabilità, esclusivamente fondata sulla colpa, in capo ai medici. Così, nel caso in cui il paziente lamenti di aver subito un danno per aver contratto un'infezione nosocomiale e chiami in causa l'ente ospedaliero, quest'ultimo dovrà rispondere a titolo di responsabilità oggettiva salvo la dimostrazione dell'intervento, nel procedimento causale, di una

---

<sup>138</sup> Si tratta del c.d. “risque nosocomial”, fenomeno che secondo stime ufficiali costituisce la causa di molte migliaia di decessi in Francia e che per questo aveva già dato adito a numerosi interventi legislativi, miranti ad incentivare più rigide misure di sterilizzazione dell'ambiente sanitario e correlativi meccanismi di controllo.

<sup>139</sup> CHABAS F., *La responsabilità delle strutture sanitarie francesi per difetto di organizzazione. Studio di diritto privato francese*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 13.

<sup>140</sup> Cass., 29 Giugno 1999, in JCPG 1999, II, 10138, Rapp. Sargos; per un commento alla sentenza si rinvia a VIALLA F., *L'obligation de sécurité résultat en matière d'infections nosocomiales ou le retour du staphylocoque doré*, in *Med. & Droit*, 1999, 37, 4.

*cause étrangère*<sup>141</sup>; diversamente, se la responsabilità del danno viene attribuita ad una persona fisica operante nella struttura sanitaria, la stessa dovrà risarcire il danno solo se la vittima è in grado di dimostrarne la colpa.

In Italia, i pochi casi decisi all'insegna di una responsabilità per danni cagionati da infezioni ospedaliere confermano l'evoluzione del dibattito così come delineatosi in Francia<sup>142</sup>. È però importante tenere a mente che nel nostro ordinamento la Cassazione, con sentenza del 24 giugno 2004 n. 11488, ha inaugurato un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale che ha modificato il regime probatorio nei giudizi di responsabilità medic<sup>143</sup>: indipendentemente dal fatto che la responsabilità venga attribuita, dal soggetto danneggiato, alla struttura ospedaliera o all'operatore sanitario, troverà sempre applicazione il “principio della vicinanza della prova” per cui il convenuto deve farsi carico della dimostrazione dei fatti le cui fonti di prova rientrano, o dovrebbero rientrare, nella sua materiale disponibilità.

Già nell'ormai lontano 1966, i giudici di merito avevano avuto modo di affermare che sussiste un'obbligazione di sicurezza tale per cui la struttura sanitaria deve ritenersi responsabile ogniqualvolta venga meno l'adozione delle misure precauzionali idonee a preservare l'incolumità del paziente. Nella sostanza, verrebbe addossata alla struttura ospedaliera un'obbligazione di risultato mitigata dalla possibilità di fornire una prova liberatoria enunciata nel riferimento “all'adozione delle misure idonee”, ma in concreto ricercata nel ricorso a

---

<sup>141</sup>“C'est-à-dire soit la faute de la victime (patient porteur d'un germe infectieux), soit le fait d'un tier (fournisseur de l'établissement dont la prestation entraîne l'infection), soit la force majeure, ou enfin le cas fortuit (inhérent aux insatllations sanitaires)”, LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, in *Thémis droit*, 2007, 436.

<sup>142</sup>È da notare come le pronunce giurisprudenziali in materia siano, nel nostro ordinamento, ancora scarse. "L'avvocato che agisce per il paziente, il quale ha contratto delle infezioni in seguito ad un'operazione o comunque durante il soggiorno dello stesso in una struttura ospedaliera, si trova dinanzi ad un settore ancora privo di punti di riferimento sicuri, in cui peraltro i contributi giurisprudenziali sono pressoché inesistenti. La ragione, per cui si rinvengono oggi un numero limitato di controversie e ancor meno sentenze in questo ambito -numero certo del tutto esiguo a fronte dell'entità e gravità del problema-, risiede essenzialmente nel fatto che solo in tempi recenti il dibattito sullo stato epidemiologico dei nostri ospedali ha iniziato a segnare passi in avanti, con la conseguente emersione per avvocati e pazienti di nuovi scenari di danno alla salute [...]". BONA M., *L'azione civilistica del paziente vittima di agenti biologici*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it).

<sup>143</sup> Sul *revirement* giurisprudenziale si veda il paragrafo I.1.3

presunzioni sul nesso causale<sup>144</sup>. Solo l'individuazione di una causa che sfugge al controllo dell'organizzazione può escludere la responsabilità dell'ente: trattasi di una prova liberatoria che verte sulla dimostrazione del rispetto di quelle precauzioni individuate dalla struttura come misure in grado di prevenire l'insorgenza dell'infezione e il suo diffondersi. Ciò tuttavia implica che, anche per quelle infezioni per le quali non è stata identificata l'eventuale origine, la struttura ne debba parimenti rispondere in quanto comunque controllabili dall'organizzazione in termini di misure precauzionali<sup>145</sup>. In questo sta la maggiore differenza con il sistema francese laddove si è codificato il concetto di *aléa thérapeutique* attorno al quale è stato poi costruito tutto il sistema della solidarietà nazionale. Ma di questo ci occuperemo dettagliatamente nel prossimo capitolo.

Qualche notazione a margine del cammino ricostruttivo fin qui compiuto. Da quanto detto emerge che per i pazienti vittime di infezioni nosocomiali sussiste, nel nostro Paese, la possibilità di ottenere una tutela giudiziale nel caso in cui siano riconosciuti profili di responsabilità dei Sanitari e/o della struttura ospedaliera. Gli stessi, in via autonoma o congiunta, saranno perciò tenuti a risarcire il soggetto passivo del danno. Diversa appare invece la condizione di coloro che hanno contratto infezioni ospedaliere per le quali, non essendo noti i fattori causali dell'insorgere delle stesse, non sono conseguentemente ravvisabili condotte colpose. La questione della disparità di trattamento tra queste due categorie di pazienti non può tuttavia porsi in termini strettamente giuridici. Il paragone con il sistema adottato in Francia ci induce a evidenziare la necessità di

---

<sup>144</sup> In tali termini si è espresso il Trib. Casale di Monferrato, 6 luglio 1966, in DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema*, op.cit., 324.

<sup>145</sup> “Secondo il giudicante l'evento dannoso, consistente nelle menomazioni subite dalla neonata, deve essere ricondotto alla insorgenza, circa nove giorni dopo la nascita, di un'emorragia cerebrale causata, a sua volta, dalla contrazione, a seguito di infezione nosocomiale, della sepsi di Klebsiella” Cass. Sez. III, Sent., 1 dicembre 2010, n. 24401, in *Dejure* (Juris data on line);

“In definitiva la responsabilità delle lesioni, subite dalla bambina andava ascritta esclusivamente all'ente ospedaliero, posto che l'emorragia era stata provocata dalla sepsi di Klebsiella, infezione nosocomiale determinata da non adeguata igiene della struttura. Sarebbe dunque spettato al predetto istituto dimostrare di aver fatto tutto il possibile per scongiurare l'insorgere della patologia, ma tale prova non era stata neppure dedotta. In difetto di tale dimostrazione liberatoria va ritenuta con ogni conseguenza la responsabilità dell'ente in ordine all'evento lesivo”, App. Venezia, sent. n. 447/2005.

addossare una sorta di “responsabilità etica” allo Stato, essendo questo il soggetto che, in ultima analisi, mette a disposizione dei pazienti strutture inadeguate ed inaffidabili in termini di prevenzione delle infezioni nosocomiali . Così com’è già stato previsto dalla legge n. 210 del 25 febbraio 1992 in favore dei soggetti vittime di esiti lesivi permanenti a seguito di vaccinazioni obbligatorie e contagi da somministrazione di sangue ed emoderivati<sup>146</sup>, l’indennizzo dei danni non riconducibili ad un soggetto “colpevole” dovrebbe essere posta a carico di un fondo nazionale di garanzia, rispondendo così a doverosi principi di sicurezza sociale.

---

<sup>146</sup> Legge 210 del 25 febbraio 1992 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati). Art. 1: Chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge. Art. 2: L’indennizzo di cui al comma 1 spetta anche ai soggetti che risultino contagiati da infezioni da HIV a seguito di somministrazione di sangue e suoi derivati, nonché agli operatori sanitari che, in occasione e durante il servizio, abbiano riportato danni permanenti alla integrità psico-fisica conseguenti a infezione contratta a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da infezione da HIV. Art. 3: I benefici di cui alla presente legge spettano altresì a coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali. Infine è da notare come l’estensione della tutela indennitaria ai pazienti Hiv-positivi o epatovirus-positivi a causa di emotrasfusione infetta comporti, in sostanza, il riconoscimento di un beneficio economico non risarcitorio a pazienti colpiti da forme (innegabilmente particolari) di infezione nosocomiale.

## **Parte seconda**

# **DEFINIRE LA RESPONSABILITÀ MEDICA FUORI DAL PROCESSO: IL MODELLO GENERALISTA ITALIANO A CONFRONTO COL MODELLO SPECIALIZZATO FRANCESE**

## II.1 I LIMITI DELL'APPROCCIO GIUDIZIARIO NELLA SOLUZIONE DEI CONFLITTI FRA MEDICO, STRUTTURA E PAZIENTE

*“Una pace certa è preferibile e più sicura di una vittoria sperata”*

[Tito Livio]

Come tutte le relazioni umane, anche quella intercorrente tra il medico e il paziente è complessa e caratterizzata da un delicato equilibrio tra elementi di natura emotiva e cognitiva. Se da un lato il paziente percepisce il sanitario quale unico soggetto capace di ripristinare l'ordine interrotto dal processo della malattia, dall'altro, il medico è proprio chi sperimenta ogni giorno la pesante responsabilità di avere affidata la salute e la vita di altri individui. La relazione tra chi impartisce le cure e chi le riceve è, dunque, piuttosto articolata ed è per questo che spesso, quando un evento come l'errore professionale irrompe nel rapporto in parola, le conseguenze sono particolarmente gravose; così, l'avvio di un contenzioso giudiziario può non procurare soddisfazione alle parti, anche nel caso in cui si concluda con una decisione favorevole ad una di esse.

Si è già detto che il progresso continuo delle conoscenze in ambito medico-chirurgico e lo sviluppo della tecnologia biomedica, pur avendo contribuito a migliorare la resa qualitativa degli interventi diagnostici e terapeutici, ha comportato un forte incremento delle doglianze aventi per oggetto presunti errori medici: i pazienti hanno finito per arrogarsi il diritto a ottenere esiti certi e sicuri dalla prestazione sanitaria, non accettando più il possibile risultato negativo<sup>147</sup>.

Non si è ancora detto però che, da circa un paio di anni, nel settore delle polizze assicurative sanitarie si assiste a un vero stillicidio di richieste di risarcimento danni a carico di ASL, ospedali e medici o figure che, a diverso titolo, operano nella sanità. Le denunce nel corso dell'anno 2008 sono state, secondo i dati pubblicati dall'Associazione nazionale delle imprese assicuratrici (ANIA), ben

---

<sup>147</sup> INTRONA F., *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 879.

30.000, con un aumento negli ultimi cinque anni pari al 100%<sup>148</sup>. La crescita delle denunce è stata accompagnata dall'aumento dei premi assicurativi versati proprio da ASL, ospedali e medici: se nell'anno 1994 ammontavano a circa 35 milioni di lire, nel 2008, gli stessi sono aumentati fino a raggiungere una cifra pari a 60 milioni di euro<sup>149</sup>. In aggiunta deve rendersi conto del fatto che, da qualche tempo, comincia ad affermarsi la scelta estrema di alcune compagnie assicurative di uscire dal mercato, rifiutandosi di offrire copertura ai medici operanti nei settori maggiormente esposti al rischio di essere interessati da procedimenti giudiziari<sup>150</sup>.

In assenza di risposte legislative mirate, nell'assolvere il difficile compito di bilanciare gli interessi del medico e quelli del paziente, l'evoluzione giurisprudenziale di cui si è dato ampio conto nella prima parte di questo lavoro ha gettato le basi per una crescita esponenziale del contenzioso giudiziario civile e penale nei casi di presunta *malpractice*. L'impatto di questo fenomeno sul fronte professionale, economico e morale ha finito per costituire un rilevante problema sociale per il nostro ed altri Paesi<sup>151</sup>.

Volendo offrire ancora qualche dato di ordine numerico, può dirsi come, attualmente, le cause civili pendenti per il risarcimento dei danni legati alle prestazioni sanitarie siano circa 12.000, delle quali solo il 25% si conclude con una condanna a carico del professionista; tre medici su quattro vengono dunque assolti, ma con serie ripercussioni sull'immagine legata alle capacità professionali

---

<sup>148</sup> I dati sono disponibili in rete <<[www.ania.it](http://www.ania.it)>>. In Rischio Sanità, 1 giugno 2001, si riporta che, a fronte di 8 milioni di ricoveri annui negli ospedali italiani, ben 320.000 persone riporterebbero danni, menomazioni e malattie dovute ad errori e disservizi ospedalieri. Tra questi 320.000 danneggiati ben 50.000 morirebbero.

<sup>149</sup> Deve altresì considerarsi che non tutti i medici sono coperti da polizze assicurative.

<sup>150</sup> TASSONE L., *Evoluzione del rischio di responsabilità civile e suoi riflessi sull'assicurazione degli operatori sanitari*, in *Dir. ed economia assicur.*, 1995, 4, 853.

<sup>151</sup> Sul tema IZZO U., PASCUZZI G., *La responsabilità medica nella Provincia Autonoma di Trento. Il fenomeno. I problemi. Le possibili soluzioni*, Trento, 2003; INTRONA F., *L'epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia e all'estero*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1996, 18, 71; Id. *Un paradosso: con il progresso aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. Med. Leg.* 2001, 6, 879; PONZANELLI G., *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-managment?*, in *Danno e resp.*, 2003, 11; GADDI D., MAROZZI F., QUATROCOLO A., *Voci di danno inascoltate: mediazione dei conflitti e responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 5, 839.

e non senza rilevanti conseguenze sul piano esistenziale<sup>152</sup>. Nel periodo dal 1960 al 1990 le sentenze depositate sono state 234.789, delle quali 28 contro il personale medico (0,01%); dal 1991 al 2000, invece, le sentenze depositate sono state 167.981 e quelle sfavorevoli ai camici bianchi sono risultate essere 39 con una frequenza dello 0,02%, quindi raddoppiata rispetto al periodo precedente<sup>153</sup>. Nell'intento di deflazionare il carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari, si è avanzata, anche nel nostro ordinamento, la proposta di ricercare e sviluppare dei metodi alternativi al contenzioso (*Alternative Dispute Resolution*)<sup>154</sup>.

“La necessità di una riduzione dei costi economici connessi alla durata delle procedure giudiziarie è oggi particolarmente sentita, non solo in un'ottica di contenimento dei costi economici connessi alla eccessiva durata dei processi, ma anche in ragione dei crescenti oneri derivanti dai ricorsi individuali innanzi la Corte Europea dei diritti dell'uomo per la violazione dei termini di ragionevole durata del processo ai sensi della c.d. legge Pinto (legge 21 marzo 2001, n. 89). Oltre a questi costi diretti, vi sono anche dei costi di tipo indiretto, cioè gli effetti negativi di carattere macro e micro-economico imputabili proprio alla durata dei processi, che, come dimostrato da numerose indagini empiriche di carattere internazionale, si ripercuotono inevitabilmente sul mercato del credito e il mondo delle imprese”<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup>CATTO' C., NARDELLA N., CAPALBO M., RICCI A., *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 3, 909.

<sup>153</sup>INTRONA F., *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, *Riv. it. med. leg.*, 2007, 3, 641.

<sup>154</sup>Un'autrice, prendendo spunto da STUYCK J., TERRY E., COLAERT V. ET AL., *An Analysis And Evaluation Of Alternative Means Of Consumer Redress Other Than Redress Through Ordinary Judicial Proceedings, Final Report*, in A Study for the European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General, 2007 Leuven, dichiara che le ADR possono considerarsi come “un continuum ai cui estremi si pongono l'assenza di azione da parte dell'assistito e dall'altro il ricorso alla azione giudiziale”. PINCHI V., *Alternative Dispute Resolution: esperienze a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 3, 579. Nella sostanza le ADR rappresentano una serie di procedure finalizzate a consentire alle parti in lite di raggiungere un accordo, che sia il più possibile soddisfacente per loro, evitando di ricorrere alla giustizia tradizionale. All'interno di vari ordinamenti stranieri, le forme di ADR si sono consolidate da parecchi anni, affiancandosi, quale mezzo *ante causam* flessibile, veloce ed efficace, alla giustizia ordinaria. DI MARCO G., *La conciliazione: analisi di un Istituto ancora in ombra*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 6; BRUNI A., *Conciliare conviene*, Maggioli, Rimini, 2007

<sup>155</sup>CARADONNA M., REGIS C., RUSCETTA F., SILLA F., *La mediazione civile: un nuovo strumento giuridico di gestione delle liti per una maggiore efficienza della giustizia in italia*, in *Riv. dottori comm.* 2010, 4, 735.

Come si vedrà in seguito, nel corso della XIV-XV legislatura, si assiste alla presentazione di alcuni interessanti disegni di legge, che interrompono il già ricordato periodo di silenzio che aveva indotto la giurisprudenza a sopperire alle lacune legislative. Tra i vari progetti di legge pare opportuno menzionare fin da ora il D.d.l. n. 108, Tomassini ed altri, recante “Norme nuove in tema di responsabilità professionale del personale sanitario”<sup>156</sup>. Esso merita di essere ricordato non solo per il fatto di aver previsto, accanto a una generale responsabilità delle strutture ospedaliere per i danni causati ai pazienti dal personale sanitario in esse operanti, l'obbligo per le strutture stesse di assicurarsi per la r.c. nei confronti degli assistiti, ma anche per aver contemplato la possibilità per le parti in disaccordo di tentare la risoluzione della disputa ricorrendo alla procedura arbitrale in alternativa a quella giudiziaria.

Deve poi darsi conto del fatto che il legislatore ha introdotto, in settori assai diversi, il tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità dell'azione, impedendo per lungo tempo che si instaurasse un clima favorevole allo sviluppo della mediazione. Si fa riferimento, senza la pretesa di essere esaustivi, al tentativo obbligatorio in materia di controversie del lavoro, a quello in materia di controversie agrarie e di equo canone, ora non più previsto, fino ai più recenti nel campo delle controversie in materia di telecomunicazioni, e di contratti di subfornitura, quest'ultimo peraltro di non univoca applicabilità<sup>157</sup>. Lo scarso successo di questi istituti ha contribuito ad accrescere la sfiducia nelle

---

<sup>156</sup>Già presentato al Senato nel corso della XIII legislatura il 3 luglio 1996 e riproposto nel corso della XIV legislatura il 6 giugno 2001. Esso è stato nuovamente presentato, in termini pressoché invariati, in data 29 aprile 2008 e attualmente in corso di esame in commissione.

<sup>157</sup> Esemplare risulta, in particolare, quanto previsto, in tema di rapporti di subfornitura, dall'art. 10 L. 18 giugno 1998 n. 192, in cui si assoggettano le controversie insorgenti in materia ad un "tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore", con competenza in ordine alla controversia, in caso di mancata conciliazione, "su richiesta di entrambi i contraenti", "della commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio" medesima (e con un rapido "procedimento arbitrale, disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile")

possibilità della procedura di mediazione senza alcuna analisi sulle ragioni del preteso fallimento dei tentativi obbligatori<sup>158</sup>.

La ricerca di metodi alternativi alla risoluzione giudiziale delle dispute ha preso piede anche a livello regionale grazie all'attivazione di numerose sperimentazioni condotte, di regola, dagli Ordini professionali dei medici. Il *Progetto Accordia*, idealizzato dall'Ordine dei medici e odontoiatri di Roma, costituisce un'importante forma istituzionalizzata di ADR sul territorio italiano, ma di questo parleremo dettagliatamente nei prossimi paragrafi.

Finora si è rilevato che l'approccio giudiziario alla gestione e risoluzione del conflitto tra medici e pazienti, alla luce dei tratti peculiari che lo contraddistinguono, è inadeguato. Proprio nella fase giudiziale, per "imprescindibili e relevantissime ragioni di garanzia e di obiettività, la grande assente è proprio la relazione tra il paziente ed il medico. In quella sede, infatti, si discute del danno, magari anche del danno esistenziale, si esplorano perizia, prudenza, e diligenza nella conduzione dell'intervento, si indaga l'esistenza dei nessi causali, ma non si affronta il rapporto tra i due soggetti"<sup>159</sup>.

La debolezza dell'approccio giudiziario, dunque, consisterebbe, a detta di molti, nel fatto che l'attenzione rivolta al caso concreto e l'ascolto offerto alle parti sarebbe tipicamente di ordine tecnico-giuridico e la soluzione della controversia ricavabile esclusivamente dalla legge attraverso processi interpretativi-deduttivi. Di conseguenza gli aspetti emotivi connessi all'evento, le parole, o le istanze per certi versi "secondarie" dei litiganti, ritenute di estrema importanza nel conflitto tra medico e paziente, non potrebbero essere tenuti in debita considerazione, in quanto generalmente privi di rilevanza giuridica.

Quanto detto offre il destro per lanciare una provocazione: un individuo che sia stato gravemente danneggiato in seguito ad una negligenza del medico curante o che, per lo stesso motivo, abbia subito la perdita di un familiare, sarà interessato

---

<sup>158</sup> Sul tema BUONFRATE A., LEOGRANDE A., *La giustizia alternativa in Italia, tra Adr e conciliazione*, in *Riv. arb.*, 1999, 375 e ss.

<sup>159</sup> QUATTROCOLO A., MAROZZI F., *Medico e paziente: dallo scontro all'incontro*, in Atti del Convegno "Il rischio della professione medica", 29 Novembre 2003, Milano, organizzato dall'Ordine dei Medici.

primariamente a ottenere giustizia; in sede civile, ciò equivale a dire, in termini più concreti: ottenere un equo risarcimento per il danno patito.

“Non c’è peggior sordo di chi non vuol sentire” suggerisce un detto popolare; questa, agli occhi di chi scrive, pare essere la posizione di chi, avendo subito una grave lesione del bene “salute”, è pervaso da un sentimento di rabbia che per lo più porta a non voler cedere a compromessi. Le riflessioni sopra riportate sembrano dunque più rispondenti alle esigenze del contenzioso familiare in cui non vi sono beni che, al pari della salute in ambito medico, possano essere lesi e necessitino di un successivo ristoro. Ciò che in quella sede viene propriamente ricercato è il contemperamento degli interessi contrapposti.

Il contenzioso giudiziario, tuttavia, non è l'unica modalità di gestione dei conflitti che possa concepirsi. Esistono altre pratiche, consolidate recentemente nell'esperienza nazionale ed internazionale, che mettono in primo piano le parti e la possibilità di giungere ad una soluzione per certi versi “negoziata”, al termine di un processo in cui viene stimolato il confronto tra le reciproche posizioni. Si allude, in particolare, ad istituti caratterizzati da una certa eterogeneità, tutti finalizzati alla risoluzione dei conflitti senza implicare il ricorso alla pronuncia di un giudice<sup>160</sup>. L'accordo tra le parti insomma, verrebbe raggiunto in modo assolutamente autonomo, pur non pregiudicando, in caso di insuccesso, l'eventuale successivo ricorso alla giustizia ordinaria<sup>161</sup>. La mediazione, così come la conciliazione e l'arbitrato, sono solo alcune di queste pratiche. Essendo l'approccio del mediatore, diversamente da quello del giudice, caratterizzato dall'ampio ricorso all'ascolto empatico, gli aspetti che nel corso dell'accertamento giudiziale hanno un'importanza secondaria, assumono, in questo diverso contesto,

---

<sup>160</sup>Sembra opportuno, a tal proposito, richiamare il pensiero di un illustre maestro del diritto italiano, secondo il quale “la composizione della lite può ottenersi anche con mezzi diversi dal processo”, autorevolmente definiti degli “equivalenti del processo civile”, CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, II, 55.

<sup>161</sup>È doveroso ricordare che in Italia la mediazione viene applicata con soddisfazione delle parti in ambito sociale, familiare, scolastico e penale minorile.

un'importanza centrale. Ciò garantisce maggiore soddisfazione per le parti coinvolte e consente un confronto più proficuo delle rispettive posizioni<sup>162</sup>.

I potenziali vantaggi connessi all'istituzione di una procedura alternativa al contenzioso giudiziario in tema di responsabilità medica sono anche altri: le liti sarebbero risolte con minore dispendio di tempo e denaro, grazie alla particolare *expertise* tecnica dell'organo al quale sarebbero devolute, agevolando notevolmente l'accesso alla giustizia e risolvendo la controversia con discrezione e celerità. La finalità sociale di agevolare il riconoscimento dei diritti dei soggetti danneggiati in tempi brevi e con costi modesti, si associa all'esigenza di contenere il livello della conflittualità giudiziale in ambito sanitario, a vantaggio tanto dell'immagine delle categorie professionali interessate, quanto delle compagnie di assicurazione che vedono ridimensionarsi il rischio di corrispondere indennizzi assai elevati. “In conclusione, a differenza del giudizio ordinario, caratterizzato da regole di procedura immutabili, precostituite per legge, che condizionano l'accoglimento delle domande di parte e l'esito del giudizio, le procedure di ADR presentano un formalismo più attenuato, lasciando le parti maggiormente libere di pilotare il procedimento nella direzione ritenuta più soddisfacente rispetto ai propri interessi e alle circostanze sopravvenute”<sup>163</sup>.

Quanto detto finora è sicuramente vero a livello teorico. Ciò che interessa ai fini della presente ricerca è però capire se, effettivamente, forme stragiudiziali di risoluzione delle controversie quali quelle delineate nel D.lgs n. 28/2010 della mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali saranno obiettivamente in grado, nell'ambito specifico della responsabilità medica, di ottenere il risultato sperato; o se invece, date le peculiarità del settore in esame, non siano piuttosto ravvisabili dei profili di problematicità tali da mettere in dubbio la bontà della riforma stessa. Il modello francese ci permetterà di analizzare con maggiore criticità le scelte adottate dal nostro legislatore, senza dimenticare il diverso sostrato di diritto sostanziale che caratterizza il nostro

---

<sup>162</sup>BOUCHARD M., *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Questione Giustizia*, 1995, 889.

<sup>163</sup>DI RAGO G., CICOGNA M., GIUDICE G. N., *Manuale e tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli Editore, 2010, 30.

ordinamento e che si è cercato di rendere evidente nella parte prima di questo lavoro.

## II.2 LA RIPARAZIONE DEGLI ACCIDENS MÉDICAUX OLTRALPE

### II.2.1 Le conquiste di un'*audacieuse jurisprudence*.

Similmente a quanto è accaduto nel nostro Paese, anche in Francia la reviviscenza dell'interesse per i temi connessi alla responsabilità medica è coincisa con una profonda crisi del più ampio *genus* della responsabilità civile<sup>164</sup> la quale ha trascinato rovinosamente con sé, ancor più che nel nostro ordinamento, il mercato assicurativo<sup>165</sup>.

Il diritto d'oltralpe auspicava un intervento del legislatore in ambito sanitario da più di quarant'anni. Già nel 1966, in occasione del secondo Congresso internazionale di morale medica, era stata avanzata l'allettante proposta di istituire un sistema di indennizzo degli incidenti medici che prescindesse dal ricorrere o meno di una responsabilità imputabile al Sanitario o alla struttura ospedaliera. Il “*sentiment d'injustice que suscite la situation des victimes non indemnisées*” era diventato progressivamente “*trop fort [...] pour que les tribunaux n'exploitent pas à fond le seul moyen dont ils disposent aujourd'hui pour assurer une réparation, à savoir la faute*”<sup>166</sup>.

Dinanzi alla perdurante inerzia del legislatore, sono stati dunque i giudici ad assumere un ruolo di “supplenza” permettendo il raggio delle difficoltà, incombenti sui soggetti offesi, legate alla dura prova della colpevolezza del Sanitario (finalizzata, nello specifico, all'ottenimento di una riparazione del danno patito). Tuttavia, come si è detto, ciò non ha scalfito l'esigenza impellente di pervenire all'approvazione di un testo normativo in grado di offrire una regolamentazione precisa dell'indennizzo delle vittime degli errori medici; anzi,

---

<sup>164</sup>RODOTÀ S., *La responsabilità civile tra presente e futuro*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 559.

<sup>165</sup>Sul tema PELLET R., *Responsabilité, Assurance Et Expertise Médicales*, in D., 2008; LAMBERT-FAIVRE Y., *La Crise De L' Assurance Responsabilité Civile Médicale*, D., 2003, 142.

<sup>166</sup>AMODIO C., *la responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e p n. 2002-303*, in *Dir. economia assicur.*, 2004, 2, 519, che cita G. VINEY, *Responsabilité civile*, in *JCP*, 1998, I, 144.

ad onor del vero l'intervento della giurisprudenza ha rafforzato questa necessità essendo, quello legislativo, il solo strumento capace di garantire l'armonizzazione dei criteri di giudizio adottati in sede amministrativa ed in quella ordinaria<sup>167</sup>. Non deve dimenticarsi, infatti, che il grado di tutela risarcitoria dei pazienti conosceva, in Francia, una differenziazione singolare a seconda che a pronunciarsi fosse proprio la giurisdizione amministrativa o quella ordinaria; ovvero a seconda che a essere convenuti in giudizio fossero la struttura pubblica<sup>168</sup> o un operatore privato<sup>169</sup>.

Dobbiamo risalire al 1994 per comprendere appieno la genesi di un tale distinguo. In quell'anno il *Conseil d'Etat* emana il celebre “*arrêt Bianchi*”; il caso vuole che *Monsieur Bianchi* resti vittima di una grave tetraplegia in seguito all'effettuazione di un esame diagnostico vertebrale sotto anestesia: in assenza di qualsiasi patologia preesistente, la causa più verosimile dell'evento dannoso viene ravvisata nell'occlusione di un'arteria, complicazione rara ma nota alle trattazioni specialistiche sugli esami diagnostici dell'apparato circolatorio. Così, non essendo in grado di identificare alcuna condotta colposa da parte dei Sanitari, né tanto meno della struttura ospedaliera, i giudici formulano il principio generale della riparazione di quella che è stata definita “*aléa thérapeutique*”<sup>170</sup>, espressione che denota proprio i danni indipendenti dallo stato patologico iniziale del paziente e da una sua prevedibile evoluzione<sup>171</sup>, che siano provocati *sans faute* nel corso di trattamenti diagnostici o terapeutici e che dunque siano riconducibili, in ultima

---

<sup>167</sup>Si ricordi che due sono, nel sistema francese, gli ordini di giurisdizioni competenti in materia di responsabilità sanitaria: da un lato vi sono i tribunali ordinari che statuiscono in relazione alle controversie attinenti al settore privato (cliniche private, libera professione), dall'altro i giudici amministrativi che si occupano delle liti scaturite dall'esercizio della professione medica nel settore pubblico.

<sup>168</sup> WELSCH S., *Responsabilité Du Médecin. Risques Et Réalités* Judiciaires, Paris, 2000, 37.

<sup>169</sup> LANTRÈS O., *La Responsabilité Des Établissements De Santé Privés*, Bordeaux, 2001. Si veda anche lo studio di DUVAL-ARNOULD D., *La Responsabilité Civile Des Professionnels De Santé Et Des Établissements De Santé Privés À La Lumière De La Loi Du 4 Mars 2002*, in *Rapport annuel de la Cour de Cassation 2002*, consultabile al sito [www.courdecassation.fr/\\_rapport/rapport02/rapport1.htm](http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport02/rapport1.htm)

<sup>170</sup> *Conseil d'Etat*, 9 Aprile 1993, Bianchi, Lebon, in D., 1994, 65.

<sup>171</sup> VAYRE P., *Le Médecin Expert Judiciaire Face Aux Données Acquises De La Jurisprudence Administrative Et Civile Concernant L'aléa*, in *Méd. & Droit*, 2002, 54, 15.

analisi, proprio all'atto medico considerato nella sua materiale esecuzione. L'*arrêt Bianchi*<sup>172</sup> inaugura insomma un nuovo corso della responsabilità medica attraverso la configurazione dei concetti di “*aléa*”, “*accident*” e “*risque*” che si affiancano sia all'obbligazione principale posta a carico dei Sanitari e consistente, a far data dall'*arrêt Mercier*<sup>173</sup>, nella classica *obligation de moyens*, che a quella accessoria di *résultat* introdotta in un momento successivo dalla giurisprudenza<sup>174</sup>

Nell'arco degli anni novanta, affiancando alla decisione *Bianchi* una serie di altre pronunce, la giurisprudenza amministrativa è giunta ad ammettere tre ipotesi in cui era ravvisabile la responsabilità della struttura ospedaliera pubblica o del Sanitario in essa operante per i danni cagionati ai pazienti, pur in assenza di un qualsivoglia profilo di colpa soggettiva. Secondo le nuove tendenze, affinché il danno *sans faute* fosse indennizzabile, era necessario e sufficiente che lo stesso fosse il risultato:

1. del ricorso ad un approccio terapeutico innovativo<sup>175</sup>;

---

<sup>172</sup>Invero, la decisione in commento si iscrive in una linea di tendenza che taluni, nel correlarla alle ben note consuetudini dei giudici d'Oltreoceano, definiscono - talvolta non senza un tono polemico - di "americanizzazione" del sistema della responsabilità civile in generale e di quella medica in particolare. Sul tema, GIARO V., *Comparemus!*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 539; DE VITA A., *Al crocevia degli itinerari dei diritti europei. Analisi comparativa in tema di responsabilità civile: tentativi e tentazioni*, in *Pol. dir.*, 2000, 533. Per l'ampia casistica analizzata si veda, poi, DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale, op. cit.*, 784; VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 251.

<sup>173</sup>“Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle”. *Arrêt Mercier*, Cass., 20 Maggio 1936, in *D.*, 1936, 1, 88.

<sup>174</sup>Sul punto, già BECQUÉ J., *La Protection De La Victime D'un Dommage Corporel Et De Ses Proches Dans Le Cadre Contractuel*, Paris, 1943: “Il y a livraison par l'une des parties à l'autre de sa propre sécurité physique, à charge d'exécuter au profit de cette dernière une certaine prestation, transport, logement, distractions ou soins médicaux par exemple [...]. C'est cette constatation qui va fonder l'existence de l'obligation de sécurité”.

<sup>175</sup>*Arrêt Gomez*, 21 Dicembre 1990. Nel caso di specie, un ragazzo di 15 anni, Serge Gomez, affetto da una patologia muscolo-scheletrica, era stato sottoposto ad un'operazione chirurgica in seguito alla quale aveva presentato gravi disturbi neurologici (paraplegia alla parte inferiore del corpo). La Corte aveva elaborato, in quella sede, un particolare caso di responsabilità senza colpa della struttura ospedaliera dichiarando che: “Considérant que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle, crée lorsque ses conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des

2. di un *aléa thérapeutique*<sup>176</sup>;
3. di un intervento di trasfusione realizzato presso una struttura sanitaria pubblica che avesse in gestione un centro di trasfusioni sanguigne<sup>177</sup>.

In quest'ultimo caso dovevano però essere soddisfatti numerosi criteri di particolare severità al fine di addossare una responsabilità oggettiva all'ente ospedaliero piuttosto che al medico.

Inoltre va precisato che, ogniqualvolta fosse stata riconosciuta una responsabilità oggettiva della struttura sanitaria, il soggetto leso aveva diritto solo all'indennizzo di una piccola parte del danno subito; ciò ha comportato il diffondersi di quel fenomeno per cui le vittime, pur dinnanzi ad un giudice "disposto" a riconoscere una responsabilità *sans faute*, erano interessate a far valere l'esistenza di profili di colpa del professionista o dell'ente essendo questa l'unica strada percorribile per ottenere una riparazione integrale del pregiudizio sofferto.

Invero, i giudici ordinari avevano tentato, in un primo momento, di "allinearsi" alle pronunce emanate in sede amministrativa per far sì che non fosse "*rompue l'égalité des victimes d'accident médical entre les patients relevant du secteur public et ceux relevant de la médecine libérale*"<sup>178</sup>. Nella misura in cui il giudice ordinario garantiva che l'indennizzo del danno patito fosse totale

---

raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves, qui en sont la conséquence directe, engagent même en l'absence de faute la responsabilité du service public hospitalier". Così facendo, non solo le vittime venivano esonerate dall'onere di dimostrare il carattere colposo del fatto dannoso, ma non era neppure concessa all'ospedale la possibilità di provare che nessun tipo di colpa era stato commesso.

<sup>176</sup> "Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'une extrême gravité", in *Conseil d'Etat*, 9 Aprile 1993, Bianchi, *Rec. Lebon*, 498. Quanto alla definizione del concetto di alea terapeutica, si tratta di un danno accidentale commesso senza che possa darsi prova della sussistenza di un profilo colposo e dovuto non allo stato del paziente, ma all'atto medico in sé considerato. Così si esprime SARGOS P., *Réflexion sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de Cassation*, in *D.*, 1996, 8, 365.

<sup>177</sup> *Conseil d'Etat*, 26 Aprile 1995, Consorts N'guyen, *Rec. Lebon*, 221.

<sup>178</sup> Un'autrice riporta le Conclusioni del Procuratore Generale presso la CA Paris, 15 gennaio 1999, in *JCP*, 1999, II, 10068, 435. AMODIO C., *La responsabilità medica nel diritto francese: dalla "obligation de moyen" alla "obligation de sécurité"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 918.

(indipendentemente dalla sussistenza o meno di colpa), l'ambizione dei soggetti danneggiati era di rientrare all'interno di questa "più generosa" giurisdizione così da poter ottenere una riparazione integrale della lesione sofferta in misura uguale a ciò che, in sede amministrativa, avrebbero ottenuto esclusivamente offrendo la prova (più ardua) della sussistenza di un profilo colposo.

In assenza di una legge avente a oggetto la riparazione dell'alea terapeutica, dunque, i giudici di merito si erano preoccupati di garantire il rispetto del principio di uguaglianza sostanziale tra le vittime di errori medici che erano ricorse a liberi professionisti o cliniche private piuttosto che a strutture pubbliche: concretamente l'intento era quello di riconoscere un risarcimento integrale dei danni subiti dai pazienti nel caso in cui non fosse possibile addossare al medico una responsabilità per colpa. Per realizzare questo scopo i giudici ordinari avevano configurato in capo al professionista un'obbligazione accessoria di *securité*<sup>179</sup> in virtù della quale il medico doveva farsi carico della riparazione del pregiudizio verificatosi qualora:

---

<sup>179</sup>“La Cour d'appel après avoir exclu la faute du praticien, accueille néanmoins l'action en responsabilité du patient dirigée contre le neurochirurgien en réparation du préjudice résultant de la survenance de cet aléa thérapeutique sur le fondement d'une obligation de sécurité de résultat au motif que "indépendamment de toute faute prouvée de la part du praticien a été causé au patient à l'occasion de l'exécution des investigations ou des soins un dommage à l'intégrité physique ou mentale du patient qui présente les caractéristiques d'abord d'être sans relation avec l'échec des soins ou les résultats des investigations, ensuite d'être sans rapport connu avec l'état antérieur du patient ou avec l'évolution prévisible de cet état en fin de découler d'un fait détachable de l'acte médical convenu mais sans l'exécution duquel il ne se serait pas produit en sorte que ce dommage nouveau et hétérogène apparaît comme de nature purement accidentelle", Cour d'appel, Bordeaux, 14 décembre 1998, *Médecine et droit*, 1999, 36, 22.

In dottrina AMODIO C., in *La responsabilità medica nel diritto francese: dalla "obligation de moyen" alla "obligation de sécurité"*, op. cit., 918 richiama Cass., 21 novembre 1911, in *Rec. Sirey*, 1912, I, 73 dichiarando che la "scoperta" delle "obligations de sécurité" avviene all'inizio del secolo scorso, con una decisione divenuta subito un *leading case* in tema di contratto di trasporto, in cui si precisa: "l'exécution du contrat de transport comporte [...] pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination".

Sul versante francese VINEY G., JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, II ed., 1998, 501: l'obbligazione di sicurezza "naît de ce que l'exécution du contrat expose le créancier à des risques particuliers aux quels les tiers ne sont pas normalement exposés". La giurisprudenza francese, con un incessante lavoro, va dunque a erodere il classico ambito applicativo dell'obbligazione di mezzi gravante sui sanitari. Quello a cui si assiste è una presa di coscienza dell'idea per cui un incidente

1. fosse stato compiuto un atto medico necessario al trattamento o alla diagnosi;
2. fosse assente un rapporto causale fra il danno e lo stato di salute pregresso del paziente<sup>180</sup>;
3. fosse assente un nesso eziologico tra il pregiudizio arrecato e la prevedibile evoluzione delle condizioni di salute della vittima;

Nel richiamare queste ipotesi, la giurisdizione ordinaria tentava di avvicinarsi a quella amministrativa ma nel farlo, contemporaneamente, se ne andava discostando; infatti, non faceva in alcun modo riferimento ai requisiti, abbracciati dal giudice amministrativo, in virtù dei quali:

1. il pregiudizio doveva essere di estrema gravità;
2. il rischio verificatosi doveva essere noto alla scienza medica ma comunque eccezionale.

L'allineamento all'*arrêt* Bianchi della giurisdizione ordinaria risultava dunque "incompleto per eccesso"<sup>181</sup>. La Corte di Cassazione, in una pronuncia del 2000, temendo "*une dérive incontrôlable*" del principio della responsabilità oggettiva, aveva così ben presto contraddetto quest'orientamento della giurisprudenza di merito<sup>182</sup> statuendo fermamente che:

*"la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient"*<sup>183</sup>.

---

medico può essere risarcito anche in assenza dei presupposti soggettivi della responsabilità civile.

<sup>180</sup>Come posto in evidenza in dottrina, il problema dell'accertamento del nesso di causalità viene avvertito con particolare forza. Ciò non deve destare meraviglia dal momento che ciò è quanto si verifica normalmente in tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva. Un'autrice rileva piuttosto che "il rimettere ai consulenti tecnici il solo compito di attestare che nessuno stato patologico iniziale si ponga come evento interruttivo della catena causale, allevia - e di molto - l'onere probatorio del paziente"; AMODIO C., *La responsabilità medica nel diritto francese: dalla "obligation de moyen" alla "obligation de sécurité"*, op. cit., 918. Trova quindi spazio anche nell'ordinamento francese il criterio "probabilistico" o del "più probabile che non".

<sup>181</sup>LACHAUD Y., *La responsabilité des chirurgiens: de l'obligation de moyen à l'obligation de sécurité*, in *Méd. & Droit*, 1999, 36, 21.

<sup>182</sup>Cass., I, 25 Febbraio 1997, *Arrêt Hedreul*, Petites affiches, 16 Luglio 1997, in D., 1997, 319.

<sup>183</sup>Cass., I, 8 Novembre 2000, D. c. T. et al., in *Médecine & Droit*, 2000, 43, 22.

A seguito dell'intervento in parola della *Cour de Cassation*, ma in misura definitiva solo con l'approvazione da parte del legislatore dell'art. L. 1142-1, I del *Code de la santé publique* (CSP)<sup>184</sup>, si assiste ad un ritorno al vecchio regime della colpa; ritorno che, rompendo con le recenti tendenze, concretizza un punto di svolta nell'evoluzione della giurisprudenza sul danno. La Cassazione prima, limitatamente all'ambito della giurisdizione ordinaria, e il legislatore poi, anche per il settore pubblico, riaffermano solennemente il principio per cui la responsabilità, dei singoli professionisti come degli enti erogatori di servizi sanitari, può essere riconosciuta solo subordinatamente alla prova della sussistenza di un qualche profilo colposo nella prestazione dell'atto di cura<sup>185</sup>. Quel che accade è una nuova inversione dell'onere probatorio che torna, come in passato, ad essere a carico del paziente danneggiato. Tuttavia si riconoscono due eccezioni all'operatività del principio in parola: in virtù dell'art. L. 1142-1 I CSP, i professionisti e le strutture sanitarie saranno chiamati a rispondere dei danni arrecati ai pazienti, anche in assenza di una condotta colposa, e dunque in via oggettiva, nel caso in cui questi ultimi abbiano avuto luogo per un *défaut d'un produit de santé*<sup>186</sup>; gli enti, i servizi e gli organismi presso i quali sono realizzate delle attività di prevenzione, diagnosi o cura saranno inoltre responsabili nel caso in cui l'evento lesivo sia dovuto ad un'infezione nosocomiale facendo però salva,

---

<sup>184</sup>Nel 2002, con l'approvazione della *loi Kouchner* (*loi n. 2002-3* Marzo), si riforma il codice della sanità, ponendo fine alla predetta disparità di trattamento nei confronti delle vittime degli errori medici attraverso l'istituzione, in presenza di determinate condizioni, l'operatività del principio della “*réparation par la solidarité nationale des accidents médicaux non fautifs*”. Art. 1142-1, I, CSP: “[...] Les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute”.

<sup>185</sup>In un *Arrêt* del 2005 la Cassazione francese ha ricordato che “ la responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'une faute commise dans l'accomplissement de l'acte médical”; Cass., 4 gennaio 2005, n. 80 13 579.

<sup>186</sup>L'art L. 1142-1 I si apre infatti affermando quest'eccezione al principio della colpa “Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé[...]”

in quest'ultimo caso, la possibilità di provare, in via liberatoria, l'esistenza di una *cause étrangère*<sup>187</sup>.

## **II.2.2 La Loi Kouchner: dalla previsione di un'assicurazione obbligatoria all'istituzione di un peculiare modello di solidarietà nazionale**

L'intervento legislativo tanto agognato irrompe dunque sulla scena francese nel 2002. Si allude alla già menzionata legge *Kouchner* del 4 marzo “*relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*”, nonché alla successiva *loi About*<sup>188</sup> del 30 dicembre dello stesso anno. Entrambe vanno a incidere profondamente sul preesistente assetto normativo del Codice della sanità pubblica avendo quale scopo precipuo quello di prevenire il rischio di una “*dérive à l'américaine*”<sup>189</sup> del contenzioso medico, così come quello di bloccare il rialzo, fino a quel momento incessante, dei premi assicurativi che i professionisti erano chiamati a versare per coprire la loro responsabilità civile.

Il “cuore pulsante” della riforma deve individuarsi nel nuovo art. L. 1142-1, II<sup>190</sup> CSP, il quale, traendo ispirazione dall'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi

---

<sup>187</sup>Art. L. 1142-1, I CSP: “Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère”. Si ricordi che l'art. L. 1142-3 CSP precisa che esiste una terza eccezione al principio della colpa nell'ambito della ricerca biomedica.

<sup>188</sup>Dal nome del presidente della Commissione “*des affaires sociales*” del Senato, M. Nicolas About. Si tratta, più precisamente della Legge n. 2002-1577 del 30 dicembre 2002.

<sup>189</sup>Sul problema del contenzioso legato a casi di presunta *malpractice* negli U.S.A si vedano METZLOFF T.B., PEEPLES R.A., HARRIS C.T., *Empirical Perspectives On Mediation And Malpractice*, in *Law and Contemporary problems*, 1997, 60; MULDOON B., *The Heart Of Conflict*, G.P. Putnam's Sons, New York, 1996.

<sup>190</sup>Art. L. 1142-1, II (art. 98 *Loi* n. 2002-303): “Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité

anni, dispone ufficialmente che avranno diritto alla riparazione del danno patito, a titolo di solidarietà nazionale, tutti quei pregiudizi, sofferti dai pazienti, che:

1. non chiamino in causa la responsabilità professionale dell'operatore sanitario o dell'ente ospedaliero (nemmeno a titolo di responsabilità oggettiva);
2. siano direttamente imputabili ad un atto di prevenzione, diagnosi o cura<sup>191</sup>;
3. abbiano comportato delle conseguenze non comuni a carico dei pazienti avuto riguardo al loro stato di salute preesistente e alle prevedibili evoluzioni dello stesso;
4. presentino un carattere di gravità tale da implicare il superamento di una soglia determinata sulla base di un criterio oggettivo e di una serie di criteri soggettivi<sup>192</sup>.

Come si è già reso evidente, questa disposizione pone sostanzialmente fine alla divergenza creatasi in seno alla giurisprudenza sul trattamento che si sarebbe dovuto garantire ai soggetti rimasti offesi da un errore medico e riconosce a tutti, ricorrendone i presupposti, il diritto a ottenere un indennizzo degli eventi lesivi connessi all'alea terapeutica: così, diversamente dal passato, non sarà più possibile per i giudici addossare ai medici o alle strutture sanitarie la responsabilità per danni nel caso di alea terapeutica.

---

temporaire de travail.Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'incapacité permanente supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret”.

<sup>191</sup>Secondo la dottrina gli *actes de prévention* sono quelli volti ad evitare la comparsa di fenomeni patologici (quindi ad esempio vi rientrano le vaccinazioni, la prestazione di certi médicaments); gli *actes de diagnostic* comprendono non solo la vera e propria diagnosi quale “processo intellettuale” compiuto dal medico grazie al suo bagaglio conoscitivo ed esperienziale, ma tutto l'insieme di tecniche complesse e talvolta pericolose che sottendono questo passo. La categoria degli *actes de soins* è più difficile da tracciare; la sua definizione dà luogo a numerose discussioni tra i sostenitori di una concezione restrittiva, per cui nella categoria in discussione non sono compresi che gli atti di natura terapeutica, e quelli di una concezione meno rigorosa che non limita la nozione di atti di cura ai soli atti terapeutici, ma la estende ad ogni altro atto realizzato da un operatore sanitario.

<sup>192</sup>Il criterio oggettivo in base al quale un soggetto può accedere al meccanismo della solidarietà nazionale è rispettato ogniqualvolta l'errore medico abbia determinato un tasso d'incapacità permanente superiore al 24%. Questa soglia è stata fissata espressamente mediante decreto. Quanto ai criteri soggettivi si deve fare riferimento alla perdita delle capacità funzionali e all'impatto sulla vita personale e professionale che l'errore medico ha provocato, tenendo conto in particolare del tasso di invalidità permanente o della durata di inabilità temporanea al lavoro.

E' opportuno però fare un passo indietro e guardare all'intervento legislativo in esame in una prospettiva più articolata. La *loi Kouchner* n. 2002-303 introduce, nel libro primo della prima parte del *code de la santé publique*, il titolo IV rubricato “*Réparation des conséquences des risques sanitaires*”. Tale intervento costituisce, nel complesso, un'importante riforma che, oltre ad avere il pregio di chiarire i principi generali della responsabilità medica e prevedere un sistema di riparazione dei rischi sanitari basato sul miglioramento dell'accesso al meccanismo assicurativo, crea, e questo è il profilo di maggiore interesse ai fini della presente ricerca, un dispositivo di composizione delle controversie in via amichevole e d'indennizzo delle vittime degli incidenti medici.

Ma procediamo con ordine.

Si è già visto che il *législateur* afferma con vigore l'impossibilità di prescindere, salvo eccezioni espressamente codificate, dall'individuazione di una condotta colposa del professionista o dell'ente erogatore di servizi sanitari. Risulta difficile, a questo punto, non intendere la riaffermazione del principio della responsabilità per colpa quale contropartita al diritto riconosciuto alle vittime di errori medici *non fautifs* di essere indennizzate a titolo di solidarietà nazionale<sup>193</sup>.

Quanto al profilo della riparazione dei rischi, l'art. L. 1142-2 CSP introduce un'altra novità importante. Per i liberi professionisti, ivi compresi “*les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé*”, così come per le strutture menzionate dall'art. L. 1142-1, viene sancito l'obbligo di sottoscrivere un'assicurazione atta a “*les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne survenant dans le cadre de cette activité de prévention, de diagnostic ou de soins*”. Rompendo con il passato, quando l'assicurazione era semplicemente facoltativa per gli operatori sanitari (a meno che non esercitassero la loro attività all'interno di società civili professionali), il legislatore, finalmente, prospetta maggiori garanzie per i soggetti rimasti offesi da incidenti medici. Questa disposizione normativa non ha però raccolto il consenso delle compagnie assicuratrici, chiamate a offrire un ristoro, pur in assenza di una

---

<sup>193</sup>DUVAL-ARNOULD D., *Indemnisation au titre de la solidarité nationale. Accident ou faute médicale ? Point de jurisprudence*, in *JCP*, 2007, I, 165.

condotta colposa, ogniqualvolta vi fossero dei danni causati da un *défaut d'un produit de santé*, nonché quelli prodotti dall'insorgere di un'infezione nosocomiale<sup>194</sup>. Così, per placare le inquietudini degli assicuratori, la *loi About* del 30 dicembre n. 2002-1577 ha introdotto una modifica nel Codice della sanità pubblica in base alla quale la riparazione dei danni da infezioni nosocomiali, anche in presenza di un profilo di responsabilità dell'ente, sarebbe stata spartita, sulla base di criteri predeterminati, tra gli assicuratori e il meccanismo della solidarietà nazionale<sup>195</sup>. Nello stesso momento si è voluto alleggerire ulteriormente l'onere gravante sulle imprese assicuratrici restituendo al regime della *faute* la riparazione degli eventi lesivi connessi a infezioni ospedaliere insorte in seguito ad un atto medico eseguito da un singolo professionista<sup>196</sup>.

Nel caso in cui l'obbligo di assicurazione non venga assolto dalla struttura o dall'operatore sanitario, si conferma, nel disposto dell'art. L. 1142-2 CSP, la possibilità di comminare vere e proprie sanzioni disciplinari<sup>197</sup>. Ancora si noti come, con la legge del 4 marzo n. 2002-303, non solo venga sancita l'obbligatorietà dell'assicurazione ai fini dell'esercizio della professione sanitaria, ma come al contempo sia altresì rispettato il principio dell'integralità della riparazione dell'evento lesivo subito, ferma restando la possibilità, per i contratti di assicurazione, di stabilire dei tetti massimi di garanzia. Va comunque precisato

---

<sup>194</sup>Salvo che, come si è già detto, la struttura ospedaliera non fornisca la prova liberatoria dell'intervento, nella catena causale, di una *cause étrangère*. In questa ipotesi, infatti, sarebbe spettato al meccanismo di solidarietà nazionale il compito di indennizzare la vittima delle lesioni.

<sup>195</sup>Art. L. 1142-1-1 CSP introdotto dalla legge *About* del 30 Dicembre 2002: “[...] ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale : 1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes [...] correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25 % [...] ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales; 2° Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins”.

<sup>196</sup>Non sarà infatti operativa, in questa ipotesi, la presunzione di responsabilità che *ex lege* grava sulle strutture e gli organismi sanitari. Affinché la compagnia assicuratrice sia tenuta a indennizzare il paziente leso sarà perciò sempre necessario che quest'ultimo, chiamando in causa la responsabilità professionale del singolo medico, ne provi la colpa.

<sup>197</sup>Art. L. 1142-2 CSP: “En cas de manquement à l'obligation d'assurance prévue au présent article, l'instance disciplinaire compétente peut prononcer des sanctions disciplinaires”.

che esiste una “via di fuga” alla previsione dell'art. L. 1142-2 CSP<sup>198</sup>: le strutture sanitarie pubbliche, infatti, potranno esimersi dall'obbligo di sottoscrivere un contratto assicurativo nel caso in cui dispongano di risorse finanziarie tali da consentirgli di indennizzare eventuali danni occorsi presso di loro in misura equivalente a quella che sarebbe risultata se il contratto suddetto fosse stato stipulato<sup>199</sup>. La deroga è concessa con decreto dal Ministro della sanità.

Veniamo ora al profilo di maggior momento, ovvero quello inerente all'istituzione di un dispositivo di composizione amichevole delle controversie finalizzato all'indennizzo delle vittime di errori medici. Con la *loi Kouchner*, il legislatore si è mostrato sensibile alle rivendicazioni dei soggetti offesi, soprattutto a quelle inerenti al costo e alle tempistiche delle procedure giurisdizionali. Ha perciò ideato e regolamentato un meccanismo di composizione amichevole della lite per il caso in cui la stessa derivi da *accidents médicaux, affections iatrogènes o infections nosocomiales*<sup>200</sup>, come per ogni altra ipotesi in cui il contenzioso insorga, a vario titolo, tra utenti del sistema sanitario, da un lato, e professionisti, organismi, strutture sanitarie o produttori di materiali sanitari, dall'altro. Tutto ciò nell'ottica di semplificare ed accelerare le procedure di indennizzo: per ottenere il ristoro dei danni sofferti in tempi che, si stima, non dovrebbero superare l'anno, i pazienti, oggi, possono così scegliere di percorrere una via alternativa al processo rivolgendosi a degli Organismi specificamente istituiti a questo scopo .

Essi sono: a) Le *Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation*; b) L'*Office National d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*; c) La *Commission nationale des accidents médicaux*.

Si vogliono riportare, in questa sede, alcune delle riflessioni, poste in epigrafe al progetto di legge n. 3258 del 2001 *relatif aux droits des malades et à la qualité du*

---

<sup>198</sup>Loi n. 2002-1577 del 30 Dicembre 2002, art. 1, II, 3; su questa legge si veda BIGOT V. J., *La Loi No 2002-1577 du 30 décembre 2002 sur l'assurance de responsabilité médicale. Une lueur d'espoir pour les « clauses réclamations »*, in *JCP*, 2003, I, 118.

<sup>199</sup>Un esempio ben conosciuto è quello de l'*Assistance publique des hôpitaux de Paris* che gode di questa deroga.

<sup>200</sup> Si tratta delle ipotesi che vengono correntemente definite come “aléa thérapeutique”.

*ystème de santé*<sup>201</sup>, che hanno indotto alla creazione delle istituzioni in parola. La prima guardava all'opportunità di istituire degli Organismi che si preoccupassero di individuare dei principi generali in grado di consacrare la colpa quale criterio esclusivo sul quale fondare la responsabilità medica, nonché di sancire l'esistenza di un diritto alla riparazione dell'alea terapeutica e quindi dei danni *non fautifs*. Così facendo il compito di ristorare gli eventi lesivi per i quali era ravvisabile un qualche profilo colposo (soggettivo piuttosto che oggettivo) sarebbe spettato alle compagnie assicuratrici, mentre le conseguenze avverse dell'alea terapeutica sarebbero state poste a carico del meccanismo della solidarietà nazionale.

La seconda ragione era quella di “*créer une procédure non contentieuse pour régler à l'amiable les cas d'accidents médicaux*”. Le Commissioni regionali di conciliazione e d'indennizzo sono state perciò istituite per assolvere l'importante compito di favorire la composizione amichevole delle controversie mediche evitando alle parti il più complesso e meno celere meccanismo giudiziale. Le stesse inoltre sono state pensate per svolgere una funzione di vero e proprio filtro delle liti procedendo all'identificazione e alla distinzione concreta dei casi suscettibili di essere indennizzati sulla base della colpa, da quelli che avrebbero dovuto essere rimessi alla solidarietà nazionale.

Ancora, si richiamava la necessità di precisare le modalità d'indennizzo, riservando la possibilità di accedere alla composizione amichevole solamente alle vertenze aventi ad oggetto errori medici tali da provocare danni di una certa gravità.

Viste brevemente le ragioni fondanti di queste Istituzioni, pare doveroso soffermarsi ora a descriverle nel dettaglio, onde potere, in un momento successivo, analizzare con sguardo più penetrante gli effetti che il nuovo D.lgs n. 28/2010 recante disposizioni in materia di mediazione finalizzata alla

---

<sup>201</sup>E' possibile prendere visione del progetto di legge n. 3258 del 2001 *relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, al link [www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl3258.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl3258.asp) Per una ricognizione dei motivi di cui si tratta, si veda anche THOUVENIN D., *Le Lien Entre Un Avis De CRCI Et La Proposition D'indemnisation*, in D., 2006, 2140.

conciliazione delle controversie civili e commerciali, è suscettibile di produrre nell'ordinamento italiano nel particolare ambito della responsabilità medica.

### II.2.2.1 *Le Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation*

Le Commissioni Regionali di Conciliazione e d'Indennizzo (d'ora in avanti CRCI), in qualità di Organismi privi di personalità giuridica ed esclusivamente dipendenti dall'*Office National d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* (ONIAM) per quello che concerne le risorse finanziarie, umane e logistiche<sup>202</sup>, rappresentano il pilastro portante del nuovo sistema francese di indennizzo dei danni causati da errori medici: nel loro complesso costituiscono, infatti, l'unico vero e proprio “*guichet*” presso il quale le vittime possono indirizzare i loro reclami.

La *loi Kouchner* del 4 marzo 2002 dà attuazione alle previsioni contenute nel progetto di legge n. 3258 del 2001 *relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé* e, introducendo nel codice della sanità i nuovi artt. L. 1142-5, L. 1142-6, L. 1142-7, L. 1142-8, dispone ufficialmente l'operatività delle Commissioni conciliative in esame. Esse attualmente sono 23 e sono istituite presso ogni regione dello Stato francese<sup>203</sup>.

Per quel che concerne la loro composizione l'art. L. 1142-6 CSP stabilisce che possono essere presiedute, senza che ciò implichi distinzione alcuna, da un giudice ordinario o amministrativo. Accanto al presidente devono poi figurare 20 membri che rappresentino le persone malate, gli utenti del sistema sanitario, l'ONIAM, nonché le compagnie assicuratrici; si richiede infine la presenza di

---

<sup>202</sup> Benché siano presiedute da un magistrato, queste Commissioni non possono essere qualificate come organismi giurisdizionali né come autorità amministrative indipendenti. Un autore sostiene che non vi sia dubbio alcuno circa la natura amministrativa delle CRCI. DOMINIQUE M., *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux comme politique publique*, in *D.*, 2006, 3021.

<sup>203</sup> Deve tuttavia ricordarsi che *ex art.* L. 1142-5, con decreto del ministro della sanità e del ministro degli interni può essere istituita una commissione di conciliazione e indennizzo anche a livello interregionale che sia, dunque, competente per due o più regioni. Può prendersi visione dell'ubicazione e operatività attuale delle CRCI in rete: <<[www.commissions-crci.fr/images/carte.gif](http://www.commissions-crci.fr/images/carte.gif)>>.

soggetti che siano altamente qualificati nel settore della riparazione dei *prejudices corporels*<sup>204</sup>. In quest'ottica, secondo la legge, gli utenti non solo cooperano, a pieno diritto, al funzionamento del servizio sanitario, sia a titolo individuale sia attraverso lo strumento associativo<sup>205</sup>, ma sono altresì chiamati a partecipare direttamente alla gestione del sistema della responsabilità medica.

In aggiunta all'aspetto inerente alla composizione delle CRCI (la quale, come si è visto, è fortemente rappresentativa), ciò che attira l'attenzione del comparatista è la modalità attraverso la quale operano gli Organismi in parola.

Due sono, infatti, le funzioni principali che gli stessi sono chiamati ad espletare: una *mission de conciliation*<sup>206</sup> e una *mission de règlement amiable des litiges*. Queste due mansioni benché distinte, perseguono il medesimo obiettivo che è quello di comporre, in via stragiudiziale, il rapporto medico-paziente consentendo un alleggerimento del carico di lavoro gravante sulla magistratura, da un lato, ed il miglioramento del rapporto fra chi impartisce le cure e chi le riceve, dall'altro; il meccanismo conciliativo e quello di composizione amichevole della controversia permettono, infatti, di tutelare sia il decoro e l'immagine del professionista, che la salute del cittadino, andando ad aumentare la soddisfazione di tutte le parti coinvolte nella *querelle*.

La Commissione Regionale, nel caso specifico, dovrà assolvere la funzione conciliativa quando il ricorrente non sia soddisfatto delle cure che gli sono state

---

<sup>204</sup>Art. L.1142-6 CSP: “Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire. Elles comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et des responsables d'établissements et services de santé, ainsi que des membres représentant l'office institué à l'article L. 1142-22 et les entreprises d'assurance”.

<sup>205</sup>L'art. 1114-1 CSP prevede che le associazioni regolarmente registrate, che svolgono un'attività per il miglioramento della qualità del sistema sanitario e di presa in carico di malati possono essere oggetto di riconoscimento da parte dell'autorità amministrativa competente. Il riconoscimento è specialmente subordinato all'attività effettiva e pubblica dell'associazione in funzione della tutela dei diritti delle persone malate e degli utenti del servizio sanitario, come pure dell'opera di formazione e informazione che questa conduce, nonché alla sua rappresentatività ed indipendenza. Solo le associazioni regolarmente riconosciute possono rappresentare gli utenti.

<sup>206</sup>La Commissione ha dunque ex art L. 1142-5, 2, CSP: “un rôle pédagogique d'explication du risque et de ses conséquences..., il est important que la décision d'indemnisation se fasse dans la clarté et que chacun puisse la comprendre”. Inoltre ex art. L. 1142-5, 4, CSP essa deve tentare di avvicinare i punti di vista delle parti.

prestate, oppure sia in disaccordo con un professionista o una struttura sanitaria; ancora, la CRCI opererà in formazione conciliativa laddove il paziente lamenti di essere stato vittima di un danno la cui gravità risulti inferiore alla soglia del 25%, ovvero, per tutte quelle ipotesi in cui la lesione possa essere classificata come “non grave”,<sup>207</sup>.

In questi casi il ricorrente e l'operatore sanitario potranno far valere le rispettive ragioni innanzi alla Commissione competente, ossia quella insediata nella Regione in cui il professionista esercita l'attività medica o in cui si trova la struttura sanitaria coinvolta nella lite, che di regola siederà in formazione plenaria; tuttavia, se il ricorrente manifesta il proprio consenso al riguardo, la funzione conciliativa delle CRCI potrà essere svolta, in via del tutto equivalente, da un mediatore indipendente.

Diversamente, la Commissione Regionale sarà riunita allo scopo di comporre amichevolmente la controversia laddove il paziente, o un suo prossimo congiunto, ritenga di essere rimasto vittima di “*un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale*” e, in virtù di ciò, pretenda di essere indennizzato per le conseguenze dannose derivategli.

Ad ogni modo il legislatore francese ha stabilito che i ricorrenti potranno accedere alla procedura di *réglament amiable* solo se:

- 1) la prestazione sanitaria (*acte médicale*) all'origine della lesione è stata realizzata dopo il 5 settembre 2001;
- 2) il danno patito assurge a “*dommage grave*” in quanto: implica un tasso d'incapacità parziale permanente (IPP) superiore al 25%, o un'incapacità lavorativa temporanea di almeno 6 mesi consecutivi, o di 6 mesi non consecutivi su un periodo complessivo di 12 mesi, o a titolo eccezionale, se comporta una certificazione di inabilità ad esercitare la propria attività professionale o, infine, nel caso in cui il paziente subisca danni morali di particolare serietà.

Le condizioni di accesso alla procedura di composizione amichevole della lite sono dunque estremamente rigide, soprattutto se si tiene in considerazione il fatto che la diversa procedura conciliativa è invece praticabile da tutti senza limite alcuno.

---

<sup>207</sup> Soglia prevista espressamente dal decreto n. 2002-314 del 4 aprile 2003.

Nell'eventualità in cui non risultino soddisfatte le condizioni di accesso alla CRCI il ricorso sarà rigettato<sup>208</sup>, mentre, nel caso in cui sussistano dei dubbi circa la sua ricevibilità, questo sarà trasmesso ad un *expert* che, dopo un attento esame delle varie parti di cui il ricorso si compone, si pronuncerà in favore o meno della sua ricevibilità.

Nella più interessante ipotesi in cui le condizioni di accesso siano soddisfatte, e la Commissione si ritenga dunque competente, dalla data del ricorso decorrono 6 mesi entro cui la CRCI è tenuta a rendere un parere inerente alle “*circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages*”<sup>209</sup>. In questa fase, assumono grande rilevanza le relazioni peritali prodotte da consulenti iscritti alla “*liste nationale des experts en accidents médicaux*”<sup>210</sup>. Il *dossier*, una volta ammesso, è infatti trasmesso a un perito iscritto alla lista nazionale suddetta, che valuta la natura e l'entità dei pregiudizi sofferti dal ricorrente e si pronuncia sulla loro causa. Questa perizia, che è sempre gratuita ed è svolta nel rispetto del principio del contraddittorio, è funzionale a determinare “*le régime d'indemnisation applicable*”, che varia a seconda che la ricostruzione della fattispecie conduca o meno ad una declaratoria di responsabilità secondo le tradizionali regole dell'illecito.

Nel primo caso, essendo stata provata quale causa all'origine del danno la condotta colposa dell'operatore sanitario, un *défaut d'un produit de santé* o una *infection nosocomiale* (salva l'ipotesi, introdotta con la *loi About*, in cui la stessa comporti un IPP superiore al 25% o il decesso della vittima)<sup>211</sup>, il dovere di

---

<sup>208</sup>La CRCI in questa evenienza deve comunque, *ex art.* R. 1142-5 CSP, informare il ricorrente che esso dispone della facoltà di adire la Commissione regionale al fine di attuare una procedura finalizzata alla conciliazione della lite. Il tribunale di Bastia, nel silenzio della legge, ha dichiarato che il parere attraverso il quale la CRCI rigetta il ricorso proposto da una vittima di errori medici non è una decisione di natura giurisdizionale; contro la stessa dunque, non sono ammessi ricorsi alle corti d'appello o alla corte di cassazione (TA Bastia, 12 Settembre 2005, n. 0500230, in RDSS, 2006, 68); a tal proposito si veda MISTRETTA P., *Les CRCI ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux*, in JCP, 2006, I, 198.

<sup>209</sup> Art. L. 1142-8 CSP.

<sup>210</sup> Art. L. 1142-11 CSP

<sup>211</sup> Restano comunque escluse quelle fattispecie in cui venga in rilievo *ex artt.* L.1142-17 e 1142-21 CSP, una “*faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections*”. In questi casi, infatti, all'ONIAM è attribuita un'azione di rivalsa

indennizzare il soggetto leso è a carico dell'assicurazione che, entro 4 mesi dalla ricezione del parere della CRCI deve rivolgere alla vittima, o ai suoi aventi diritto, “*une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance*”<sup>212</sup>.

A questo punto si schiudono vari scenari:

- 1) il *quantum* risarcitorio transattivo oggetto di offerta viene accettato: si assiste a una transazione *ex art. 2044 Code Civil*, ai cui sensi l'assicuratore deve adempiere entro il mese successivo;
- 2) la somma viene rifiutata: il paziente ritiene che la somma offertagli dall'assicuratore sia insufficiente a coprire il danno patito; egli può, a questo punto, decidere di adire la via giurisdizionale sperando di ottenere una pronuncia che condanni l'assicuratore a corrispondere una somma maggiore<sup>213</sup>;
- 3) il danno eccede il massimale risarcitorio previsto dal contratto di assicurazione: in questa ipotesi spetta all'*ONIAM* intervenire in sostituzione dell'impresa assicurativa per garantire la riparazione integrale del pregiudizio;
- 4) l'assicuratore, nonostante il parere della CRCI, non offre alcun indennizzo al paziente (silenzio o diniego): si ripete quanto detto al punto 3), ferma restando, in quest'ultima ipotesi, la possibilità per l'*ONIAM* di promuovere una successiva azione in via surrogatoria nei confronti della compagnia assicuratrice.

Nella diversa evenienza in cui la CRCI ritenga che il danno debba essere posto a carico della solidarietà nazionale, non essendo possibile imputare a carico di alcun soggetto una responsabilità colposa, si ripete un meccanismo procedurale simile a quello appena descritto con la sola, non trascurabile, differenza che nel caso in questione le spese per il procedimento sono a carico dell'*ONIAM*.

Per concludere, si vogliono riportare nella tabella seguente [TABELLA 4] alcuni dati relativi all'attività svolta dalle CRCI nei tre anni successivi alla loro istituzione<sup>214</sup>.

---

contro il danneggiante. In dottrina sul tema PHILOPOULOS V. D., *Les infections nosocomiales et la loi du 4 mars 2002*, in *Méd. & Droit*, 2002, 55.

<sup>212</sup>Art. L. 1142-14 CSP.

<sup>213</sup>Art. L. 1142-15 CSP.

<sup>214</sup>Dati reperibili in PELLET R., *Responsabilité, assurance et expertise médicales*, *op. cit.*, 252.

	2004	2005	2006
Numero totale di <i>dossier de réclamation</i> presentati	3469	2723	2944
Numero totale di ricorsi rigettati	1148 33%	1757 64%	1842 62%
Numero totale di pareri emessi	477 13%	903 33%	1063 36%
Tempo in media necessario per l'emissione del parere	5,3 mesi	7,5 mesi	9,2 mesi

**Tabella 4**

### II.2.2.2 *L'Office National d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales;*

Attraverso l'istituzione dell'*Office National d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*<sup>215</sup>, e dunque del meccanismo della solidarietà nazionale, il *legislateur* pone le basi per l'edificazione del sistema a doppio binario della “responsabilità civile-indennizzo” in virtù del quale si assiste ad una, seppur coscienziosamente arginata, deresponsabilizzazione dei soggetti coinvolti che è tipica dei meccanismi di indennizzo automatico<sup>216</sup>.

Nei paragrafi precedenti, si è già avuto modo di verificare quali siano stati i propositi che hanno portato alla creazione dell'ONIAM.

Si può ribadire che esso si preoccupa anzitutto di predisporre la regolamentazione della procedura di composizione amichevole delle controversie legate ai danni

<sup>215</sup>L'ONIAM, ente pubblico di natura amministrativa, è stato istituito per mezzo di un decreto del 29 Aprile 2002, in applicazione dell'art. L. 1142-22 del Codice della sanità pubblica.

<sup>216</sup>Un'autrice si esprime in questo senso e dichiara: “La differenza principale tra un sistema di responsabilità civile e uno di indennizzo automatico sta che solo nel secondo il danno viene risarcito senza che sia necessario imputarlo a un soggetto (v. al proposito TUNC A., *La Responsabilité Civile*, Paris, 1981, 30 e 120). Altre differenze concernono poi i criteri di liquidazione del danno, poiché solo nel primo, in linea di principio, vige il principio della riparazione integrale (nell'indennizzo vengono normalmente esclusi i danni materiali): il modello francese di indennizzo automatico, tuttavia, mostra di aderirvi sia per quanto concerne la *loi* n. 85-677 che la *loi* n. 2002-303”, AMODIO, *La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e p n. 2002-303*, cit., 519.

imputabili ad un'azione di prevenzione, diagnosi o cura, nel caso in cui gli stessi superino la soglia di gravità prevista con decreto. In particolare, l'*Office National* comprende un Consiglio di amministrazione competente a definire i principi generali ai quali l'Ufficio stesso deve attenersi nel formulare le offerte d'indennizzo, nonché a deliberare sulle materie che sono sostanzialmente connesse al suo funzionamento<sup>217</sup>.

Tuttavia, prerogativa dell'ONIAM è di indennizzare i soggetti rimasti vittime di errori medici sulla base del disposto dell'art. L. 1142-1, II, CSP. Non deve dimenticarsi, però, che la *loi About* del 30 dicembre 2002 ha ampliato notevolmente l'ambito applicativo del meccanismo della solidarietà nazionale. Alle ipotesi previste nell'art. L. 1142-1, II CSP, infatti, si devono aggiungere quelle in cui i danni siano direttamente connessi a una vaccinazione obbligatoria<sup>218</sup>, alla contaminazione dal virus dell'HIV in seguito a trasfusione sanguigna<sup>219</sup>, alla somministrazione dell'ormone della crescita<sup>220</sup>, alla ricerca biomedica (se non è possibile addossare alcuna colpa al *promoteur* della stessa)<sup>221</sup> e ad un'attività di prevenzione, diagnosi o cura realizzata in presenza di una di grave minaccia sanitaria<sup>222</sup>.

Ancora, l'ONIAM è chiamato a intervenire ogniqualvolta le lesioni siano particolarmente gravi e siano state prodotte da un'infezione nosocomiale presso

---

<sup>217</sup>Ex art. R. 1142-43 CSP, il consiglio di amministrazione si compone di un presidente incaricato per un periodo di tempo di 3 anni, rinnovabile una sola volta; di 11 membri in rappresentanza dello stato; 9 membri designati dal Ministro della sanità tra i quali figurano: 2 personalità altamente qualificate in materia di responsabilità medica e di riparazione dei danni sanitari, 2 rappresentanti degli utenti del sistema sanitario, nominati dalle associazioni poste a tutela delle persone malate e degli utenti del sistema sanitario che abbiano concluso un accordo a livello nazionale, dei rappresentanti delle organizzazioni ospedaliere pubbliche e private e infine 2 rappresentanti dell'ONIAM.

<sup>218</sup>Art. L. 1142-22, 2, e L. 3111-9 CSP.

<sup>219</sup>Art. L. 1142-22, 2, e L. 3122-1 CSP. Sul tema BACACHE M., *Indemnisation des contaminations par les virus HIV et de l'hépatite C*, in *RTD Civ.* 2010, 386.

<sup>220</sup>Art. L. 1142-22, al. 3, CSP. Sul tema si veda CEERDS Montpellier, *Affaire de «L' Hormone De Croissance»: tout Ça pour Ça ?*, in *D.*, 2009, 1459; VINEY G., *La Responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins: les affres de la preuve*, in *D.*, 2010, 391.

<sup>221</sup>Art., L. 1142-3, CSP.

<sup>222</sup>Art. L. 1142-22, 2, e L. 3110-1, CSP.

strutture, servizi o organismi sanitari; ciò anche nei casi in cui dall'infezione sia derivata la morte del paziente che l'ha contratta.

Nella tabella seguente [TABELLA 5] sono riportati alcuni dati concernenti l'attività svolta dall'ONIAM in qualità di Ufficio addetto all'indennizzo dei danni connessi a incidenti medici; i dati si riferiscono al periodo compreso tra il 2004 ed il 2006<sup>223</sup>.

	2004	2005	2006
Numero totale di offerte d'indennizzo dell'ONIAM	264	389	650
Tempo in media necessario per l'emissione del parere	3,5 mesi	3,7 mesi	3,6 mesi

Tabella 5

Viste le molteplici ipotesi in cui l'Ufficio Nazionale è chiamato a intervenire quale vero e proprio fondo di garanzia in grado di contribuire alla socializzazione del rischio medico, ci si domanda come lo stesso riesca a “procurarsi” le risorse economiche necessarie per far fronte alle sue *missions*. Va detto, a tal proposito, che l'ONIAM dispone di un proprio *budget* che viene alimentato da fonti differenti e molteplici<sup>224</sup>; infatti i fondi dell'Ufficio sono costituiti da: una dotazione globale corrisposta dagli organismi di assicurazione sanitaria il cui importo è fissato ogni anno dalla legge di finanziamento della sicurezza sociale; dai proventi e dai rimborsi delle spese di consulenza di cui alla sezione L. 1142-1114 e L. 1142-1115 CSP; dal prodotto delle sanzioni ai sensi degli stessi articoli; dal prodotto delle azioni surrogatorie; da una dotazione versata dallo Stato per i danni direttamente imputabili ad una vaccinazione obbligatoria; una dotazione versata dallo Stato per garantire l'indennizzo delle vittime di pregiudizi che derivano dalla contaminazione con il virus d'immunodeficienza umana; una dotazione versata, ancora una volta dallo Stato, per i danni imputabili direttamente ad un'attività di prevenzione, di diagnosi o di cura realizzata in caso di minaccia sanitaria grave.

---

<sup>223</sup>Dati reperibili in PELLET R., *Responsabilité, Assurance Et Expertise Médicales*, op. cit., 252.

<sup>224</sup> Come risulta dal decreto n. 2002-638 del 29 Aprile 2002, in *J.O.*, 2002, 7792.

La tabella riportata di seguito [TABELLA 6] fa riferimento ad alcuni dati relativi ai costi di funzionamento dell'ONIAM nel periodo 2004-2006<sup>225</sup>.

	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
Spese sostenute dall'ONIAM (in Euro)	9 185 948	29 280 072	50 327 675
Numero di lavoratori dipendenti presso l'ONIAM/CRCI	610	636	648

**Tabella 6**

Per concludere si vuole ricordare che, nell'intento di promuovere una trasparenza maggiore delle informazioni relative all'indennizzo e al rischio sanitario, la legge del 13 agosto 2004 *relative à l'assurance maladie* ha creato, presso l'ONIAM, un Osservatorio del rischio clinico, incaricato di centralizzare l'insieme delle informazioni sugli errori medici, le affezioni iatrogene e le infezioni ospedaliere nonché quelle sul loro indennizzo da parte degli assicuratori, e delle CRCI.

### II.2.2.3 *La Commission nationale des accidents médicaux.*

Non è cosa nuova affermare che il contenzioso in ambito medico e la verifica della conformità dell'operato del professionista, o della struttura ospedaliera, alle regole d'arte riposa in gran parte sul lavoro svolto dai periti. Poiché da sempre sono state sollevate forti critiche nei confronti delle commissioni di esperti chiamati a formulare il proprio parere in relazione ai fatti oggetto di causa, soprattutto per quello che concerne l'imparzialità ed indipendenza degli stessi, il legislatore francese ha pensato, nel 2002, di istituire un *corps d'experts* specializzati in *accidents médicaux* la cui competenza e formazione è attestata proprio da un Organismo denominato *Commission nationale des accidents médicaux*.

---

<sup>225</sup> Dati reperibili in PELLET R., *Responsabilité, Assurance Et Expertise Médicales*, op. cit., 253.

Questa Commissione è composta da professionisti che operano in ambito medico, da rappresentanti degli utenti del sistema sanitario nonché da persone altamente qualificate tra le quali viene eletto il presidente della stessa<sup>226</sup>. Il punto focale è quello inerente alle garanzie di indipendenza dei membri della Commissione: essi devono indirizzare al Ministro della sanità e della sicurezza sociale una dichiarazione nella quale fanno menzione dei loro rapporti diretti o indiretti con le imprese, le strutture o gli organismi i cui *dossier* potrebbero essere rivolti all'Istanza in cui siedono. Questa dichiarazione è resa pubblica ai fini di una maggiore trasparenza ed il suo aggiornamento è posto a carico degli esperti stessi. Lo scopo della Commissione nazionale è, dunque, primariamente, quello di disporre l'iscrizione all'albo nazionale "*des experts en accidents médicaux*" di quei consulenti esperti che siano interessati ad operare nell'ambito delle procedure di composizione amichevole delle controversie; ciò ovviamente solo dopo aver effettuato una rigorosa valutazione delle loro competenze specifiche<sup>227</sup>. Inoltre, essa è incaricata di assicurare la formazione dei suddetti periti in materia di responsabilità medica e di fornire le raccomandazioni necessarie in relazione alla condotta che gli stessi sono tenuti a rispettare nello svolgimento delle loro mansioni.

La prima lista di consulenti esperti avrebbe dovuto essere formata entro il termine di due anni dalla data di pubblicazione del decreto relativo alla *Commission nationale des accidents médicaux*<sup>228</sup>. In realtà -consola che i ritardi non siano solo una prerogativa italica - la stessa è stata istituita solo quattro anni più tardi, nel 2006. Fino a quel momento era stato previsto che le CRCI, per non venir meno alla loro attività di composizione amichevole delle controversie mediche, ricorressero ai periti iscritti nelle liste predisposte presso ogni singola

---

<sup>226</sup>Il presidente viene eletto congiuntamente dal Ministro della sanità e quello della giustizia. Art. L. 1142-10 CSP.

<sup>227</sup>L'iscrizione è valida per un periodo di cinque anni. La stessa è rinnovabile subordinatamente a una nuova verifica *des connaissances et des pratiques professionnelles*. Si vedano l'art. L. 1142-11, 1, e art. R. 1142-31-1, CSP.

<sup>228</sup>Si tratta del decreto n. 2002-656 del 29 aprile 2002, art. 3.

giurisdizione *ex art. 2 della legge n. 71-498 del 29 giugno 1971 relative aux experts judiciaires*<sup>229</sup>.

Oggi, per quanti siano iscritti in queste liste, è sempre possibile domandare di essere registrati anche all'albo nazionale *des experts en accidents médicaux*, sebbene ciò non avvenga di diritto: dovranno essere di volta in volta verificate le competenze e l'esperienza professionale degli esperti sulla base di quanto stabilito con decreto dal *Conseil d'Etat*<sup>230</sup>. Non è invece più possibile, come accadeva alcuni anni addietro<sup>231</sup>, che un perito registrato all'albo nazionale non risulti iscritto anche alle liste delle singole giurisdizioni: il legame tra le due liste è divenuto un requisito necessario e imprescindibile<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup>Si ricorda che il CSP all'art. L. 1142-12 CSP stabilisce che “la Commission régionale désigne aux fins d'expertise un collège d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux, en s'assurant que ces experts remplissent toutes les condition propres à garantir leur indépendance vis-à-vis des parties en présence”.

<sup>230</sup>Art. L. 1142-11, 1; art. R. 1142-30-1 e art. R. 1142-31 CSP.

<sup>231</sup>La legge aveva precisato che, entro il termine di 4 anni dalla creazione della Commissione nazionale degli esperti, la stessa avrebbe potuto ufficializzare l'iscrizione nella lista nazionale anche di soggetti che non figurassero in quelle predisposte presso le varie giurisdizioni. Tuttavia gli stessi, nell'arco di quattro anni, avrebbero dovuto ottenere la registrazione anche nelle liste delle singole giurisdizioni.

<sup>232</sup>*Loi* 4 Marzo 2002, art. 105, e *Loi* 9 Agosto 2004, art. 8113-I.

## **II.3 LA MEDIAZIONE E LA CONCILIAZIONE NELLE CONTROVERSIE MEDICHE: L'ESPERIENZA ITALIANA.**

*“Occhio per occhio renderebbe il  
mondo intero cieco”*

[Mahatma Gandhi]

### **II.3.1 Cenni sulle proposte di legge formulate per “risolvere” il contenzioso in tema di responsabilità medica**

Una fonte particolarmente ricca di spunti di riflessione sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, tra i quali la mediazione è sicuramente il più noto, può ricavarsi dal confronto con le esperienze straniere. Proprio per questo motivo si è ritenuto opportuno “preparare il terreno” dell'analisi del caso italiano descrivendo, nei paragrafi precedenti, il meccanismo attraverso il quale l'ordinamento francese ha fatto fronte all'ingente problema del contenzioso medico e dei suoi costi sociali.

Ciò che si è voluto rilevare, in quella sede, è come il *législateur* sia riuscito, attraverso una serie di riforme in linea con le pronunce giurisprudenziali, ad assicurare ai singoli l'accesso a una giustizia più rapida ed efficiente, preoccupandosi di promuovere il ricorso a procedure conciliative e di composizione amichevole delle liti insorte fra quanti impartiscono la cura e quanti la ricevono, nonché di istituire un peculiare sistema di solidarietà nazionale.

Come non si è mancato di ricordare, anche nel nostro ordinamento, e non solo in quello transalpino, la crescita esponenziale del contenzioso giudiziario in ambito sanitario, così come l'impatto professionale, morale ed economico di questo fenomeno, hanno destato un allarme sociale sempre maggiore; ugualmente, ciò ha implicato che, da alcuni anni, si sia imposto il dibattito sulle forme alternative di risoluzione delle controversie quale rimedio probabile alla problematica in

esame<sup>233</sup>. Il D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 altro non è che il prodotto più recente di questa riflessione avvenuta nel più generale ambito del diritto civile e commerciale.

Tra le varie procedure di *Alternative Dispute Resolution*, quelle che assumono rilevanza precipua per la definizione delle controversie mediche sono sostanzialmente tre: la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato.

Tutti e tre questi meccanismi, già alcuni anni addietro, sono stati presi in considerazione in sede parlamentare da diverse parti politiche e hanno costituito l'oggetto di una serie di proposte e disegni di legge relativi proprio a nuove forme di gestione, anche assicurativa, della responsabilità professionale sanitaria.

Prima di passare all'esposizione delle iniziative assunte dal legislatore italiano, è però doveroso spendere qualche parola in merito ai suddetti meccanismi di ADR in modo da comprendere per quale motivo gli stessi siano stati ritenuti, a torto o a ragione, delle valide alternative al giudizio ordinario ogniqualvolta un paziente lamentasse di essere rimasto vittima di un presunto errore medico.

Si è già detto che la mediazione costituisce la forma più nota di risoluzione stragiudiziale delle liti. Pur non essendo possibile offrirne una definizione universalmente condivisa, essa di regola rappresenta una “forma avanzata di negoziazione” in cui le parti sono assistite da un terzo imparziale che le guida nel tentativo di pervenire a una soluzione equa e condivisa della lite<sup>234</sup>. Insomma, la risoluzione della disputa viene rimessa all'autonomia contrattuale delle parti in conflitto che, per mezzo di atti negoziali, autoregolamentano i propri interessi, in ciò agevolate dalla presenza del terzo. Generalmente, il compito del mediatore, che non può imporre alcuna decisione ai litiganti, consiste nel semplice ascolto

---

<sup>233</sup> ZANA M., *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano 1993; INTRONA F., *L'epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia e all'estero*, op. cit., 71; IZZO U., PASCUIZZI G. (a cura di), *La responsabilità medica nella Provincia Autonoma di Trento. Il fenomeno. I problemi. Le possibili soluzioni*, op. cit.; BIAVATI P., *Conciliazione strutturata e politiche di giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 785; SAMMARTANO M. R., *Il diritto all'arbitrato*, Padova, CEDAM, 2005; SOLDATI N., *Effetti processuali della conciliazione*, in *Il Merito*, 2006 10; LUISO F. P., *Conciliazione. Il diritto*, in *En. Giur. Sole-24 Ore*, Milano, 2007, 498; BRUNI A., *Conciliare conviene*, Maggioli, Rimini, 2007; DI MARCO G., *La conciliazione: analisi di un istituto ancora in ombra*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, 6, 540.

<sup>234</sup> In questo senso si esprime PINCHI V., *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*, op. cit., 579.

degli stessi per venire a conoscenza dei rispettivi motivi di doglianza (qualora ad essere sentita sia la vittima del presunto errore medico), e di discolpa, (se ad essere sentito sia invece il Sanitario) e, successivamente, si concretizza nel tentativo di costruire, sulla base di quanto appreso, un percorso di riavvicinamento tra le due posizioni in gioco.

Questa procedura viene spesso indicata anche con il nome di *conciliation*, il che ingenera non poca confusione terminologica soprattutto considerando che tra la “mediazione” e la “conciliazione” esiste una forte similitudine poiché, in entrambe, i litiganti affidano volontariamente ad un soggetto terzo neutrale ed imparziale il compito di comporre, fuori dal processo, la disputa insorta tra loro.

Deve precisarsi che “parlare di conciliazione senza ulteriori specificazioni è come dire tutto e niente allo stesso tempo, potendo essa stessa assumere così svariate forme da richiedere necessariamente più precise qualificazioni”<sup>235</sup>.

Inoltre, onde evitare di complicare ulteriormente le cose, va tenuto ben presente che, nel nostro ordinamento, ad una conciliazione extragiudiziale se ne affianca una propriamente “giudiziale” in cui il tentativo di composizione della vertenza viene promosso dal giudice civile nell'ambito di un procedimento aggiudicativo tradizionale<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> IANNICELLI S., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, 2, 146.

<sup>236</sup> La tradizione giudiziaria italiana conosce da secoli l'istituto della conciliazione giudiziale essendo, lo stesso, già presente in alcune codificazioni preunitarie, più precisamente, con la riforma di Ferdinando di Borbone nel Regno delle due Sicilie. “La conciliazione di epoca borbonica, trapiantata poi nella legislazione unitaria del 1865, ha trovato spazio negli artt. 1-7 c.p.c. 1865, il cui art. 1 così recitava: «i conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie». Nel 1940 fu approvato con r.d. n. 1443 il codice di procedura civile ancora oggi in vigore: la conciliazione perde, però, la posizione privilegiata riservata nel codice del 1865 e finisce con l'essere disciplinata agli artt. 321-322 c.p.c., dunque «relegata in un paio di regole collocate in fondo al procedimento davanti ai giudici singoli: vi è rimasta per forza di inerzia» (SARACENO, *Il procedimento davanti al pretore e al conciliatore*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1942, I, 219)”, IANNICELLI S., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, *op. cit.*, 146; Sul tema si veda BRUNELLI C., *Arbitrato e conciliazione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006 328. In dottrina si evidenzia una sorta di pregiudizio culturale, da parte degli esponenti dell'avvocatura e della magistratura, nei confronti della pratica conciliativa giudiziale; pregiudizio che non ha sicuramente aiutato nell'approccio al nuovo strumento della mediazione che va comunque tenuta concettualmente ben distinta dalla conciliazione. Infatti quest'ultima, se condotta dallo stesso giudice della controversia, manca anzitutto di quella riservatezza che invece è assolutamente garantita nel

Non è questa la sede adatta per soffermarsi ad approfondire le ragioni della *quérelle* sui punti di contatto e di discrepanza tra i concetti di mediazione e di conciliazione; è sufficiente, ai nostri fini, mettere in luce che vi sono voci dottrinali che sostengono che la conciliazione non sia altro che una particolare forma della più ampia procedura di mediazione, in cui il terzo è in grado di fornire pareri esperti sulla materia del contendere dal punto di vista peritale, legale, ecc., mentre rimarrebbe sostanzialmente escluso dalla mediazione un contributo tecnico<sup>237</sup>.

Vi è stato poi chi, spingendosi oltre, ha “opportunamente suggerito di superare la distinzione tra mediazione e conciliazione rilevando come la prima altro non sia se non la tecnica di avvicinamento tra posizioni contrastanti tese a integrarsi nella conciliazione, intesa come risultato”<sup>238</sup>.

Come vedremo più avanti, con il D.lgs. n. 28/2010, relativo alla mediazione finalizzata alla conciliazione in materia civile e commerciale, si è giunti finalmente a una definizione legislativa del fenomeno, operando una netta distinzione tra mediazione e conciliazione: solo la prima rappresenterebbe il procedimento volto alla risoluzione della lite; la seconda, invece, consisterebbe nel mero risultato di detto procedimento<sup>239</sup>.

---

procedimento di mediazione e al termine dello stesso; inoltre nella prima il giudice viene investito di un duplice ruolo, quello del giudice-conciliatore, che, già in passato, era spesso connotato da una forte componente paternalistica. A tal proposito si veda GENOVESE F. A., RISOLO C. I., *La riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2010, 508.

<sup>237</sup>DE CASTELLO A., *Mediation in Health*, in *Orv. Hetil*, 149, 265, 2008.

<sup>238</sup>DI RAGO G., CICOGLIA M., GIUDICE G. N., *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, op. cit., 42 richiama CUOMO-ULLOA F., *La nuova mediazione*, Paper Sondrio, 9; al proposito si veda altresì GALLETTO T., *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, in *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milano, 2004, 320, il quale sostiene che “la differenza tra conciliazione e mediazione è possibile in teoria, più difficile nella prassi”; infine MOSCA C., *Mediazione*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Arbitrato e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di Cendon, XXIII, Torino, 2004, 225, ritiene che la differenza tra mediazione e conciliazione è di carattere essenzialmente nominalistico.

<sup>239</sup>In questo senso DI RAGO G., CICOGLIA M., GIUDICE G. N., *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, op. cit., 42.

Qualche parola, infine, dev'essere spesa sull'istituto dell'arbitrato<sup>240</sup>. Esso raffigura un tipo di procedimento che si svolge nel contraddittorio delle parti e al termine del quale un giudice (l'arbitro appunto), monocratico o collegiale, appositamente incaricato dai litiganti, decide la controversia che gli è stata sottoposta. Poiché mediante il cosiddetto Compromesso (o con clausola compromissoria) le parti attribuiscono direttamente all'arbitro il potere di adottare una decisione vincolante nei loro confronti, ecco che l'arbitro stesso, pur essendo un soggetto privato, si troverà a operare come un vero e proprio giudice all'interno di un procedimento non privo di formalità e termini prestabiliti<sup>241</sup>.

In linea generale, per la sua natura fortemente vincolante, l'arbitrato è ritenuto, tra tutte le procedure di ADR, la forma meno propria, dato che condivide la natura aggiudicativa della via giudiziale tradizionale, talora non condividendone l'equità. Come è già stato anticipato, il dibattito dottrinale relativo agli strumenti di ADR e, nello specifico, a quelli maggiormente adatti a dirimere le vertenze mediche, ha preso piede anche in sede Parlamentare e ha portato, nel corso della XIV-XV legislatura, alla presentazione di alcuni interessanti disegni di legge, tra i quali:

1. il D.d.l. n. 108, Tomassini ed altri, recante “Norme nuove in tema di responsabilità professionale del personale sanitario”;

---

<sup>240</sup>Le richieste di arbitrato hanno subito un incremento assai contenuto nel quadriennio 2005-2008. Infatti, nel 2008 sono state 681; erano state 557 nel corso dell'anno 2007; 532 nel 2006 e 520 nel 2005. I dati sono il frutto delle ultime ricerche dell'Istituto scientifico per l'arbitrato e il diritto commerciale (Isdaci) e sono reperibili in USAI G., *Cresce l'appel della giustizia alternativa: Le Camere di Commercio fanno da “battistrada”*, in *Guida al diritto*, 2010, 17, 16.

<sup>241</sup>Si deve ricordare che nel nostro ordinamento sono previste due diverse tipologie di arbitrato: quello rituale e quello irrituale. Solo il primo è disciplinato dagli artt. 806 e ss. del codice di procedura civile e presenta i caratteri strutturali e funzionali del giudizio ordinario. L'arbitrato rituale è dunque un vero e proprio processo che è però gestito da soggetti privati a ciò autorizzati dalle parti. La decisione finale prende il nome di lodo ed ha efficacia vincolante tra le stesse. Diversamente da questo, l'arbitrato irrituale non è disciplinato né dal diritto sostanziale, né da quello procedurale ed è caratterizzato da una maggiore libertà di forme. Le parti si impegnano ad accettare quanto sarà deciso dall'arbitro stesso mediante un atto negoziale. Per approfondimenti sul tema si vedano DITTRICH L., *I termini nell'arbitrato rituale*, in *Riv. Dir. proc.*, 2009, 53; BARTOLINI F., *La scelta delle parti fra arbitrato rituale ed irrituale- L'interpretazione della clausola compromissoria fra incertezze giurisprudenziali e interventi legislativi*, in *Nuova giur. Civ.*, 2008, I, 147; TOTA G., *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv. Arbitrato*, 2007, 555; ARRIGONI C., *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv. Trim., dir. e proc. Civ.*, 2007, 323; NELA P. L., *Che cosa resta di un lodo prodotto da un arbitrato rituale, se le parti avevano invece previsto un arbitrato irrituale*, in *Giur. it.*, 2006 1246.

2. il D.d.l. n. 929, Nocco e altri, recante “Norme per la mediazione delle liti”<sup>242</sup>;

3. il D.d.l. n. 1597 Turco, recante “Disposizioni in materia di attività libero-professionale intramuraria e altre norme in materia sanitaria”<sup>243</sup>.

Tra le varie proposte<sup>244</sup>, il disegno di legge Tomassini ed altri<sup>245</sup> può certamente ritenersi emblematico dal momento che nello stesso, oltre all'introduzione di una generale responsabilità delle strutture ospedaliere, pubbliche o private, per i danni causati ai pazienti dal personale sanitario medico o non medico in esse operanti; di un diritto di rivalsa dell'ente sul singolo Sanitario dipendente nelle sole ipotesi di dolo; dell'obbligo per le strutture stesse di assicurarsi per la r.c. nei confronti degli assistiti<sup>246</sup>, si contempla altresì, in mancanza di accordo tra le parti, la facoltà di ricorrere all'arbitrato<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> Comunicato alla Presidenza del Senato il 5 dicembre 2001.

<sup>243</sup> La 12<sup>a</sup> Commissione permanente (Igiene e sanità), il 19 luglio 2007, ha approvato il seguente disegno di legge d'iniziativa del Governo. Il D.d.l. Turco è consultabile al sito <[www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlmess&leg=15&id=275258](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlmess&leg=15&id=275258)>

<sup>244</sup> Oltre ai Progetti di legge elencati in precedenza, merita di essere menzionato il D.d.l. Eufemi ed altri comunicato alla Presidenza della Camera il 13 Marzo 2002 e rubricato “Delega al Governo in materia di conformazione della responsabilità civile da illecito al diritto comune Europeo e in tema di diritto alla salute e di diritti umani inviolabili”, ove ci si ripropone di delegare al governo la predisposizione di norme volte ad attribuire “la natura di prestazione di garanzia sociale alle prestazioni medico-sanitarie ed infermieristiche, come diritto soggettivo e fondamentale del cittadino sulla base di un rapporto giuridico nascente all'atto della fruizione della prestazione, ed introduzione del principio della responsabilità oggettiva dell'ente erogatore di un servizio sanitario o medico-assistenziale, e della responsabilità a titolo di colpa professionale dell'operatore medico o sanitario”.

<sup>245</sup> Sul tema si veda BREDA R., *Prospettive di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n. 108 del 6 giugno 2001*, in *Danno e resp.*, 2003, 4, 431.

<sup>246</sup> Analogamente a quanto accade nell'ambito della responsabilità civile automobilistica, il d.d.l. in esame delinea i termini dell'assicurazione obbligatoria delle strutture sanitarie con massimali e tariffe stabilite a livello centrale.

<sup>247</sup> Il procedimento, il lodo e le impugnazioni devono essere svolti in conformità agli articoli 816 e seguenti del codice di procedura civile, con indicazione del termine perentorio di conclusione dei lavori in novanta giorni, eventualmente estensibili previo accordo tra le parti qualora la vicenda si presenti particolarmente complessa. Va ripetuto che secondo il d.d.l. n. 108 le parti hanno la facoltà, e non l'obbligo, di ricorrere al meccanismo arbitrale. In ciò, la proposta di legge del Senatore Tomassini si discosta da quella precedente dell'On. Scalisi (proposta n. 3244 presentata alla Camera dei Deputati l'11 Ottobre 1995) che prevedeva una forma di arbitrato apparentemente obbligatorio. Proprio tale obbligatorietà e l'opposizione esercitata da autorevoli esponenti ANIA, avevano determinato l'arresto del relativo iter parlamentare.

In qualche modo, se si eccettua l'istituzione del sistema residuale *no-fault*, riecheggiano le soluzioni che abbiamo visto essere state adottate dal legislatore francese nel corso dell'anno successivo, anche se, nel caso italiano, il progetto di riforma è sicuramente meno accurato e ponderato di quello prospettato e attuato con la *loi Kouchner* e la *loi About*.

La deresponsabilizzazione del personale sanitario non verrebbe, infatti, arginata come nell'esperienza d'oltralpe. Lo testimonia la previsione della possibilità per la struttura sanitaria italiana di rivalersi nei confronti del singolo professionista solo nel caso di dolo e dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ferma restando la possibilità di esercitare l'azione disciplinare anche in caso di colpa grave<sup>248</sup>. L'obbligo di assicurarsi per la r.c. nei confronti dei terzi sarebbe poi previsto esclusivamente per le strutture, mentre in Francia esso è stato imposto a tutti coloro che operano a vario titolo nel settore sanitario<sup>249</sup>.

Il disegno di legge Tomassini, insomma, avrebbe traslato, in misura quasi totalizzante, i danni dai medici alle strutture creando non pochi problemi in relazione al diverso trattamento riservato a coloro che operano all'interno delle strutture stesse, rispetto ai liberi professionisti.

A quest'ultimo proposito, mette conto rilevare che manca nella proposta in commento l'istituzione di un organo deputato alla composizione dei contrastanti interessi degli assicuratori e degli assicurandi, sotto il profilo dell'equa fissazione dell'ammontare dei premi, così come manca la previsione del necessario pendant di un obbligo ad assicurarsi, vale a dire l'obbligo ad assicurare: si tratta di omissioni censurabili, in cui viceversa non è incappato il legislatore francese, che rischiano com'è intuibile di compromettere l'effettiva implementazione di un

---

<sup>248</sup>Così facendo, “un medico che ripetutamente agisca con colpa lieve non sarà mai passibile di richiami, così come non lo sarà un operatore che agisca con colpa grave o dolo, qualora il paziente sia soddisfatto della liquidazione transattiva offertagli dalla compagnia assicuratrice e rinunci alla promozione dell'ordinario giudizio” BREDA R., *Prospettive di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n. 108 del 6 giugno 2001, op. cit.*, 431.

<sup>249</sup>L'Art. L. 1142-1 CSP, infatti, prevede l'obbligo di sottoscrivere un contratto di assicurazione per i liberi professionisti, ivi compresi “les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé”, così come per le strutture, gli organismi e i servizi sanitari.

regime di obbligatorietà dell'assicurazione e, in ultima analisi, di frustrare i propositi dell'intera disciplina.

Inoltre, il modello alternativo alla composizione giudiziale della lite che viene prescelto dal nostro legislatore non è quello, meno formale e più rapido, della conciliazione, ma è quello comunque aggiudicativo dell'arbitrato.

Questo verrebbe affidato ad un Collegio costituito da tre arbitri (due dei quali scelti singolarmente da ciascuna delle parti ed un terzo nominato facendo riferimento ad una lista di arbitri depositata presso le Regioni e le Province)<sup>250</sup>, cui le parti stesse possono chiedere di formulare un giudizio secondo equità<sup>251</sup>.

Emerge a colpo d'occhio la differenza della scelta operata nel D.d.l. n. 108 rispetto a quella avvenuta nel sistema giuridico francese laddove la controversia eventualmente insorta tra paziente e Sanitario può essere rimessa alle *Commissions Regionales de conciliation et d'indemnisation* che, quale caratteristica precipua, hanno proprio quella della composizione fortemente rappresentativa di tutte le parti coinvolte nella disputa, ivi compresa quella degli utenti del sistema sanitario.

Le CRCI, si ricorda, sono organismi pensati *ad hoc* per tentare di conciliare ed avvicinare le posizioni dei pazienti insoddisfatti e dei professionisti medici e per questo si avvalgono di una peculiare *expertise*.

Diversamente, si torna a ribadire che da più parti l'arbitrato viene considerato come la forma di ADR che meno propriamente delle altre può essere definita tale<sup>252</sup>: infatti, l'obiettivo di “smorzare” il contendere delle parti, trovando punti di incontro, non può essere compiutamente realizzato per mezzo della procedura

---

<sup>250</sup>All'art. 6 del D.d.l. Tomassini si prevede, infatti, la costituzione di un albo nazionale di arbitri e di consulenti tecnici d'ufficio per le vertenze in materia di responsabilità medica che mira a garantire la professionalità di coloro che saranno chiamati ad intervenire e quindi, principalmente, medici legali e specialisti del settore risarcitorio.

<sup>251</sup>La procedura alla quale il d.d.l. Tomassini fa riferimento è di tipo arbitrale ad ogni effetto e per ciò implica le riserve relative a tale forma atipica di ADR che si connota come procedimento di tipo aggiudicativo, peraltro difficilmente appellabile. Tradizionalmente l'arbitrato è considerato come la forma più intrusiva e vincolante di composizione della lite al punto che si è soliti definirlo come una forma estrema di ADR, immediatamente precedente al ricorso in via giudiziale. In questo senso si esprime PINCHI V., *Alternative Dispute Resolution: esperienze a confronto*, op. cit., 579.

<sup>252</sup>In questo senso DI RAGO G., CICOGNA M., GIUDICE G. N., *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, op. cit.

arbitrale che è fisiologicamente destinata a concludersi con un lodo che andrà sempre ad individuare un vincitore ed un soccombente.

Quanto alla proposta del Senatore Nocco ed altri n. 929, recante “Norme per la mediazione delle liti”<sup>253</sup>, è bene anzitutto chiarire che la stessa si riferisce alla totalità delle controversie civili e quindi non è stata specificamente pensata per risolvere il problema del contenzioso medico. Tuttavia è evidente come, occupandosi di strumenti alternativi al contenzioso giudiziale, essa mostri dei profili di grande interesse anche per la materia oggetto della presente ricerca.

La relazione introduttiva del progetto di legge n. 929 sottolinea che l'intento che si vuole perseguire è quello di colmare un vuoto normativo contemplando la possibilità per le parti in lite di richiedere, in alternativa al ricorso giudiziario, l'intervento di un soggetto terzo che possa aiutarle ad individuare, senza per questo sostituirsi alla loro volontà, il contenuto di un “contratto di bonario componimento della controversia”.

È posta in luce la più volte ricordata esigenza di deflazionare il carico del processo civile in Italia, spingendo a prendere in considerazione l'ipotesi di una normativa che attribuisca in via istituzionale all'avvocato il compito di “mediatore di lite”<sup>254</sup>.

Ma procediamo con ordine.

All'art. 1 del D.d.l. n. 929 viene offerta una definizione di mediazione della lite quale “processo informale nel quale l'avvocato che vi procede aiuta le parti della controversia a fissare i rispettivi principi e termini per la risoluzione della questione tra loro. In tale processo informale l'avvocato non agisce quale arbitro e non ha alcuna autorità per imporre decisioni. Si ribadisce inoltre la volontarietà

---

<sup>253</sup>Si ricorda che il D.d.l. Nocco ed altri n. 929 presentato al senato il 5 Dicembre 2001, è stato assegnato alla 2<sup>a</sup> Commissione permanente (Giustizia) il 21 Gennaio 2003 ma non è ancora stato sottoposto ad esame. I dati sono reperibili presso il sito ufficiale del Senato, <[www.senato.it](http://www.senato.it)>

<sup>254</sup> La relazione prosegue dichiarando che: “[...]Traducendo le disposizioni che regolano il servizio di A.D.R. dei *sollicitors* nel Regno Unito, riportate al punto 22.17 e seguenti del «The guide to the professional conduct of sollicitors 1993» e relativo «Annex 22/E», è possibile individuare un complesso di norme da cui trarre spunto per la formulazione di un disegno di legge che disciplini un procedimento di mediazione, attribuendo nel contempo al mediatore di liti i poteri necessari perché possa svolgere proficuamente il suo compito”, Relazione iniziale al progetto di legge n. 929 del 5 Dicembre 2001.

del procedimento di mediazione: le parti, così come l'avvocato-mediatore, possono decidere in ogni momento di porvi fine<sup>255</sup>.

Per quanto la mediazione rappresenti uno strumento meritevole di essere incentivato per i motivi che già si sono esposti nei paragrafi precedenti, forti perplessità nascono in virtù della natura generalista del progetto di legge in esame.

Come adattare delle previsioni così poco specializzate, quali quelle prospettate dal D.d.l. n. 929, al settore della responsabilità medica così ricco di tecnicismo e profili di grande peculiarità? Può un solo avvocato, in veste di “agevolatore indipendente, neutrale ed imparziale” essere effettivamente in grado di trovare un punto d'accordo fra la prospettiva del paziente danneggiato e quella del medico incriminato di aver provocato il danno? Si ricordi che il paziente non ha nella propria disponibilità le prove che nel caso concreto sono necessarie a dimostrare quantomeno la colpevolezza del Sanitario e, dunque, nel caso della mediazione affidata, come previsto nel D.d.l. Nocco, non ad un Organo indipendente che vanta una peculiare *expertise*, ma ad un singolo individuo, si troverebbe sicuramente in una posizione di svantaggio rispetto al medico e alla struttura ospedaliera<sup>256</sup>.

Per maggiore chiarezza, circa il ruolo del mediatore, si riporta il testo dell'art. 5 del progetto di legge Nocco, il quale recitava che:

“L'avvocato quando agisce da mediatore della lite può: *a*) incontrare le parti sia individualmente che congiuntamente, individuare punti di accordo e di avvicinamento, concorrere alla chiarificazione delle aree di disaccordo ed enucleare i punti di contrasto; *b*) proporre ed esaminare soluzioni alternative per risolvere ogni contrasto;  *c*) considerare la richiesta di consulenze tecniche; *d*)

---

<sup>255</sup>Art. 2 D.d.l. n. 929 del 2001.

<sup>256</sup>“I cittadini e le imprese italiane che si rivolgono alla mediazione, come ci dicono i rapporti ISDACI del 2008 e del 2009, preferiscono in generale rivolgersi ad organismi, e non a singoli, ed in particolare ad organismi pubblici, come le Camere di conciliazione delle Camere di Commercio, o quelle degli Ordini professionali, anche se ritengo opportuna una certa prudenza nell'interpretare i dati, soprattutto quelli relativi alla mediazione svolta da organismi privati, molto meno propensi, come del resto le parti, a diffondere notizie sulla propria attività”, BANDINI A., SOLDATI N., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Milano, Giuffrè, 2010, 511.

esaminare le basi per la continuazione e l'esistenza del rapporto o aiutare le parti a trovare un accordo sul modo per porvi termine; e) in generale, facilitare la discussione e la negoziazione ed aiutare le parti a risolvere i punti di contrasto”.

A chi scrive, il disegno di legge in questione pare difficilmente risolutivo dello specifico problema del contenzioso medico. Tuttavia, considerando la volontarietà dell'accesso al meccanismo *lato sensu* conciliativo che viene previsto, e ritenendo verosimilmente che l'avvocato-mediatore sarà un professionista di comprovata esperienza nel settore delle dispute sanitarie, si può pensare che, quantomeno le controversie più “blande” potranno trovare una più celere e meno dispendiosa soluzione con maggiore soddisfazione di entrambi i litiganti. Anche la magistratura ordinaria potrebbe in parte trovarne giovamento giacché, oggigiorno, sono numerose le liti che nascono per motivi futili e che nonostante ciò sono sottoposte all'iter giurisdizionale.

Ad ogni modo, non si può fare a meno di rilevare come il vero problema della giustizia, nel settore di nostro interesse, sia relativo alle controversie in cui la parte ricorrente abbia subito lesioni di estrema serietà; in questi casi la competenza e la perizia dell'organo giudicante nel determinare il *quantum* del danno verificatosi sono più importanti che mai. La previsione di una procedura conciliativa scevra da ogni formalismo, nonché svolta da un singolo avvocato-mediatore non sembra in grado di soddisfare queste delicate esigenze.

Più di recente, nel maggio 2007, è stato presentato al Senato, dall'allora Ministro della sanità Livia Turco, il disegno di legge n. 1598 recante “Disposizioni in materia di attività libero-professionale intramuraria e altre norme in materia sanitaria”. Anche la proposta di legge Turco operava una precisa scelta a favore di quelle misure organizzative atte alla definizione stragiudiziale delle controversie aventi ad oggetto danni ascrivibili a prestazioni fornite da operatori del Sistema Sanitario Nazionale, riprendendo in parte le proposte legislative della legislatura precedente ed in parte la produzione normativa della Provincia autonoma di Trento<sup>257</sup>. Tali misure avrebbero dovuto tener conto dei seguenti principi: non

---

<sup>257</sup> Consiglio della Provincia autonoma di Trento, XIII Legislatura, d.d.l. 22 Dicembre 2005, n. 143, Istituzione della Camera conciliativa per controversie in tema di responsabilità civile da prestazioni sanitarie. L'art. 3 del D.d.l. n. 1598 rubricato “Definizione stragiudiziale delle controversie” disponeva che:

obbligatorietà della conciliazione, imparzialità, professionalità, celerità delle procedure, adeguata rappresentatività delle categorie interessate. Si stabiliva che, in caso di accordo tra le parti, la conciliazione fosse definita con un atto negoziale, ai sensi degli articoli 1965 e seguenti del codice civile.

Tuttavia, durante l'*iter* parlamentare, il D.d.l. n. 1598, in gran parte confluito nel testo della legge n. 120/2007<sup>258</sup>, è stato modificato e i punti relativi alla definizione stragiudiziale delle dispute sono stati stralciati. Ciò induce legittimamente a pensare che, in seno alle forze parlamentari, aleggiassero ancora forti resistenze nei confronti della possibilità di pervenire a eque definizioni delle dispute sanitarie per mezzo di nuovi e più flessibili meccanismi di risoluzione delle stesse.

In conclusione, quello a cui si è assistito negli ultimi anni è un continuo susseguirsi – penne acuminata parlerebbero di un “balletto” - di proposte e progetti di legge volti ad incidere su una realtà, quella della responsabilità sanitaria, che necessitava di essere ripensata. Il contenzioso medico, ormai dilagante, non è che una “cartina tornasole” del problema della gestione, anche assicurativa, della responsabilità professionale sanitaria che potrà essere risolto

---

1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adottano, presso le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie, i policlinici universitari a gestione diretta e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, nei limiti delle risorse finanziarie, umane e strumentali complessivamente disponibili, misure organizzative atte a garantire la definizione stragiudiziale delle vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da prestazioni fornite da operatori del Servizio sanitario nazionale, fermo restando il contenimento delle spese connesse al contenzioso. Le regioni e le province autonome verificano annualmente, con riferimento agli ultimi tre esercizi, il concreto conseguimento degli obiettivi di contenimento della spesa.

2. Le misure di cui al comma 1 sono adottate tenendo conto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) previsione della non obbligatorietà della conciliazione, quale strumento di composizione stragiudiziale delle controversie; b) garanzia della imparzialità, professionalità, celerità delle procedure e adeguata rappresentatività delle categorie interessate.

3. È esclusa la possibilità di utilizzare gli atti acquisiti e le dichiarazioni della procedura di conciliazione come fonte di prova, anche indiretta, nell'eventuale successivo giudizio.

4. In caso di accordo tra le parti, la conciliazione è definita con un atto negoziale ai sensi degli articoli 1965 e seguenti del codice civile.

<sup>258</sup> Legge 3 agosto 2007, n. 120, "Disposizioni in materia di attività libero-professionale intramuraria e altre norme in materia sanitaria" Gazzetta Ufficiale n. 181 del 6 agosto 2007, in <[www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28357.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28357.htm)>

solo mediante un intervento che tenga in debita considerazione tutti i fattori coinvolti nella produzione del contenzioso.

## **II. 3.2 Le iniziative di conciliazione promosse a livello locale**

La riflessione sulle nuove forme di risoluzione delle controversie mediche non è rimasta una mera speculazione dottrinale e nemmeno un semplice balletto di disegni di legge privi di attuazione.

Infatti, oltre ad uno specifico intervento legislativo, si è imposta la necessità di dare l'avvio, nell'ambito delle attività amministrative istituzionali delle Aziende Sanitarie Locali, a concrete soluzioni gestionali di carattere conciliativo ispirate a criteri di flessibilità, rapidità ed economicità, da un lato, ma anche riservatezza e professionalità, dall'altro.

Il miglioramento continuo della qualità, intesa come capacità di soddisfare in misura sempre maggiore le esigenze legittime di tutte le parti interessate, è una sfida alla quale nessuna ASL dovrebbe sottrarsi.

A tal proposito si può segnalare quella sorta di contratto o patto preventivo, relativo alle prestazioni erogate, che l'Azienda Sanitaria Locale è chiamata a sottoscrivere con i propri utenti: si tratta della "Carta dei servizi pubblici sanitari" il cui schema generale, vero e proprio riferimento al quale tutte le ASL devono guardare per uniformarsi tra loro, è stato approvato con DPCM del 19 maggio 1995<sup>259</sup>.

In base alla Carta stessa la tutela nei confronti del cittadino si attua anzitutto con la costituzione presso le strutture del Ssn dell'*Ufficio relazioni con il pubblico* (Urp) chiamato in prima istanza alla gestione dei reclami; più precisamente esso è tenuto a:

1. Dare immediata risposta all'utente nel caso in cui lo stesso sollevi osservazioni, opposizioni o reclami;

---

<sup>259</sup>Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 maggio 1995 rubricato "Schema generale di riferimento della "Carta dei servizi pubblici sanitari"", Pubblicato nella G.U. 31 maggio 1995, n. 125, S.O. Sul tema si vedano BAZZANI R., *Le Carte dei servizi per migliorare la qualità*, in *Azienditalia*, 1997, 4; LACAVA C., *L'attuazione della Carta dei servizi pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1996, 9, 873.

2. Predisporre l'attività istruttoria e fornire un parere al legale rappresentante per la definizione di reclami non immediatamente definibili;

3. Attivare la commissione mista conciliativa (costituita da un rappresentante dell'azienda, uno della regione, uno delle associazioni di volontariato e presieduta dal Difensore Civile Regionale, o altra personalità estranea alla vicenda).

Non si può fare a meno di evidenziare come l'*Urp* ricordi, per la natura delle mansioni dallo stesso espletate, le “*Commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge*” (CRU) che sono state create, in Francia, per mezzo della legge del 4 marzo 2002<sup>260</sup>.

Va tuttavia precisato che tale Ufficio non sempre ha trovato attuazione presso le singole strutture sanitarie territoriali e che, in realtà, la sua competenza è limitata agli aspetti relazionali e organizzativi esulando, quindi, dalla stessa la disamina di reclami implicanti l'accertamento di una possibile responsabilità professionale degli operatori sanitari<sup>261</sup>.

Nell'ambito delle iniziative tese a istituire forme organizzate di ADR quantomeno a livello loco-regionale, deve essere poi menzionata la Sperimentazione pilota per l'istituzione di un Servizio regionale per le Controversie che nascono nelle Aziende sanitarie Toscane<sup>262</sup>. Va premesso che la Regione Toscana, nel Piano Sanitario 2005-2007, tra le azioni indicate per lo sviluppo della Carta dei servizi, ha previsto proprio la sperimentazione di modalità di risoluzione arbitrale delle

---

<sup>260</sup>Art. R.1112-81 CSP: “La Commission est composée de deux médiateurs, un médecin et un non-médecin, désignés, ainsi que leurs suppléants, par le président de la commission”; Art. R.1112-83 CSP: “Elle comprend également deux représentants des usagers, choisis, ainsi que leurs suppléants, par le directeur de l'ARH parmi une liste proposée par les associations spécialisées”.

Al pari dell'Ufficio relazioni con il pubblico, le CRU sono addette a svolgere una prima funzione di filtro dei reclami sollevati dagli utenti della struttura sanitaria nel cui ambito la CRU è stata istituita.

<sup>261</sup>SIMONATI A., *La Carta dei servizi pubblici sanitari e l'esperienza trentina*, in <<[www.jus-euroregionale.org/doc/2007/Simonati%20Tagungsband\\_Gesundheit07.pdf](http://www.jus-euroregionale.org/doc/2007/Simonati%20Tagungsband_Gesundheit07.pdf)>>. L'autrice mette in risalto i caratteri di originalità dell'esperienza trentina in questo settore ponendola a confronto con quella nazionale.

<sup>262</sup>Delibera di Giunta regionale n. 1019 del 27 dicembre 2007, Sperimentazione di un Servizio regionale per la Conciliazione per controversie mediche che nascono nelle Aziende Sanitarie Toscane, presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Careggi a Firenze e presso l'Azienda USL 6 di Livorno. Si veda <[www.salute.toscana.it/sst/grc/normativa/sperimentaz-alla.pdf](http://www.salute.toscana.it/sst/grc/normativa/sperimentaz-alla.pdf)>

controversie, quale alternativa al ricorso giurisdizionale, volta ad assicurare ai cittadini che intendano aderirvi risposte tempestive e trasparenti<sup>263</sup>.

Tra i vari obiettivi che il Progetto in esame si propone di perseguire rientrano quelli di favorire il riavvicinamento del cittadino con il SSR; deflazionare il contenzioso giudiziario, nonché quello di assicurare una più rapida risoluzione delle controversie.

La sperimentazione prevede che siano le Aziende Sanitarie stesse a definire l'iter in termini di accesso, avvio ed esito del procedimento di conciliazione, fermo restando che questo deve essere affidato a un "conciliatore neutrale ed indipendente", che sia "in possesso di una approfondita esperienza in tecniche della comunicazione e mediazione" e che risulti iscritto all'albo regionale dei conciliatori.

Viene, altresì, sancita la facoltà per il conciliatore di avvalersi, qualora lo ritenga necessario, di un medico legale, di un procuratore legale o di un medico specialista.

Per quanto l'iniziativa in esame sia di estremo interesse, non si può fare a meno di notare come la stessa sia comunque stata pensata in termini assai generici; in particolare si è sottolineata in dottrina la necessità di chiarire se la sperimentazione debba prevedere l'istituzione di Commissioni conciliative quali Organismi indipendenti cui affidare la valutazione tecnica e medico-legale della vicenda clinica oggetto di controversia, prima, e poi il compito di effettuare una proposta conciliativa<sup>264</sup>; ovvero se si preferisca mettere in atto una vera e propria mediazione, in cui il mediatore tenti l'accordo tra le parti senza però fornire proprie opinioni o pareri sulla materia.

Quella della Regione Toscana, si badi bene, non è una sperimentazione rimasta isolata: allo stato attuale nel nostro Paese esistono altre esperienze meritorie, per quanto ancora limitate, che hanno promosso, a livello locale, la procedura conciliativa per dirimere in via extra-giudiziale le controversie mediche.

---

<sup>263</sup>Si veda il Piano Sanitario Regionale 2005/2007 approvato con la deliberazione del Consiglio Regionale n. 22 del 16 Febbraio 2004 al punto 3.4.9.1.

<sup>264</sup>È di quest'avviso PINCHI V., *Alternative Dispute Resolution: esperienze a confronto*, op. cit., 579.

Infatti, sempre nell'intento di porre un freno al contenzioso dilagante per presunti casi di malasanità ed offrire un aiuto concreto ai Sanitari e ai pazienti, alcuni Ordini dei Medici e degli Odontoiatri, ben prima dell'approvazione del D. lgs n. 28/2010, hanno istituito degli *Sportelli di conciliazione* quali strumenti atti a migliorare il rapporto medico-paziente. Il fatto che tali sperimentazioni abbiano avuto luogo presso la struttura ordinistica è assolutamente apprezzabile considerando che la stessa pare essere la più adatta a reperire le competenze di cui occorra avvalersi per il singolo caso oggetto di disputa. Non può, tra l'altro, omettersi che il tentativo di conciliazione delle liti è compreso fra i compiti istituzionali degli Ordini e Collegi professionali sanitari<sup>265</sup>.

Indubbio interesse suscita la già menzionata l'iniziativa assunta dall'Ordine dei Medici chirurgi e degli Odontoiatri di Roma<sup>266</sup> ove da alcuni anni è operativo uno *Sportello di conciliazione* incaricato di accogliere ed esaminare gratuitamente<sup>267</sup> le denunce dei cittadini che lamentino di aver subito un danno derivante da *malpractice* medica, per indirizzarle ad una soluzione bonaria.

Quello dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di Roma costituisce il primo progetto sperimentale nel territorio italiano che ha promosso e attuato la cultura della conciliazione nella responsabilità medica. Va rilevato che lo stesso è stato reso possibile anche grazie alla disponibilità di talune primarie Compagnie di assicurazione (in primo luogo Assicurazioni Generali e Assitalia, Fondiaria-SAI, Unipol, in seguito Mediolanum e Zurigo Assicurazioni) che, accettando di

---

<sup>265</sup>Il d.l.C.p. 13 settembre 1946, n. 233, con le modificazioni apportate dalla l. 15 gennaio 1955, n. 15 e dalla l. 21 ottobre 1957, n. 1027 (“Disciplina dell’esercizio delle professioni sanitarie”) all’art. 3 (alinea g) dispone che al Consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio è attribuito, fra gli altri, il potere di “interporsi, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, o fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o prestato la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari o per altre questioni inerenti all’esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere sulle controversie stesse”.

<sup>266</sup>Si tratta del “Progetto Accordia” che ha avuto inizio il 1° gennaio 2003 e si è concluso il 31 dicembre 2005. VACCÀ C., *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell’Ordine dei medici di Roma*, in *I Contratti*, 10, 933, 2007.

<sup>267</sup>Uno degli aspetti più interessanti del progetto Accordia riguarda gli oneri di tale procedura conciliativa. Non vi è, infatti, alcun costo per i soggetti ricorrenti. I costi sono sostenuti dall’Ordine Provinciale di Roma dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri e dalle Compagnie Assicuratrici che aderiscono al progetto. L’unico impegno economico posto a carico del cittadino è quello concernente gli onorari del legale da cui eventualmente essa decida di farsi assistere.

intraprendere un percorso alternativo alle tradizionali logiche assicurative, si sono impegnate a partecipare al *progetto Accordia* per i casi in cui fosse interpellato un medico loro assicurato.

Volendo analizzare nel dettaglio la procedura di conciliazione contemplata dal progetto in parola, deve dirsi, anzitutto, che la stessa si articola in due fasi:

1. La prima, vede il paziente rivolgersi allo *Sportello di conciliazione* deputato a raccogliere la segnalazione e a trasmetterla, entro 30 giorni, alla *Commissione Tecnica* che, in qualità di Organo indipendente, è addetta all'esame della vicenda clinica presentata dal paziente. Essa è presieduta da un magistrato e composta da due avvocati, due medici legali e un esperto assicurativo.

Qualora la Commissione ritenga ricevibile il ricorso, deve esprimere il proprio parere circa la possibilità di procedere alla definizione amichevole della controversia entro 30 giorni dalla presentazione della domanda<sup>268</sup>.

2. Solo in caso di parere positivo si apre la seconda fase, quella propriamente detta conciliativa, in virtù della quale, la domanda di conciliazione è trasmessa, su accordo delle parti, alla *Camera di conciliazione* istituita dall'Ordine degli Avvocati e dalla Corte d'Appello di Roma, laddove un conciliatore si preoccupa di convocare le parti stesse per pervenire a una possibile soluzione della disputa nel termine massimo di 90 giorni.

L'iniziativa seppur dotata delle caratteristiche per rappresentare un'importante forma istituzionalizzata di ADR appare ancora poco recepita e valorizzata dall'utenza, che sembra, almeno fino ad ora, rivolgersi allo Sportello per motivi di lamentela futili.

Dei 93 *dossier* istruiti dallo Sportello di conciliazione al 15 Febbraio 2006<sup>269</sup>:

1. 55 sono stati archiviati perché in difetto dal punto di vista dei requisiti (tra questi 10 sono stati esclusi subito, perché totalmente privi dei requisiti previsti del

---

<sup>268</sup>Lo Sportello riteneva ricevibili solo vertenze di natura civilistica inerenti professionisti sanitari iscritti all'Ordine dei Medici e Odontoiatri di Roma e operanti nella provincia stessa di Roma; il valore della richiesta risarcitoria non doveva essere superiore a 25.000 euro. Inoltre l'evento dannoso doveva riferirsi al periodo compreso tra il 1° gennaio 2003 e il 31 dicembre 2005, data di conclusione della sperimentazione; infine le controversie oggetto della conciliazione non dovevano essere state precedentemente denunciate con formale lettera di un legale o sottoposte all'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

<sup>269</sup>Dati reperibili in <[www.ordinemediciroma.it/OMWeb/Files/Documenti/report.23-2-06def.pdf](http://www.ordinemediciroma.it/OMWeb/Files/Documenti/report.23-2-06def.pdf)>

progetto; 45 sono stati esclusi al termine della fase di accertamento);

2. 6 si sono conclusi per mancata adesione del medico alla domanda di conciliazione;
3. 7 sono stati archiviati in seguito al parere negativo da parte della Commissione Tecnica;
4. 10 si sono conclusi davanti alla Camera di Conciliazione (di essi: 7 hanno avuto esito positivo, i rimanenti 3 negativo);
5. 15 erano ancora in corso.

Ciò nonostante, il *Progetto Accordia* è stato assolutamente fondamentale dal momento che sulla scia di quanto maturato in seno allo stesso hanno avuto luogo altre esperienze similari.

Tra queste, merita di essere segnalata l'iniziativa dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di Salerno che, nel corso dell'anno 2009, ha avviato un complesso progetto culturale, cosiddetto *Hippocratica Civitas*, in virtù del quale è stata istituita, presso l'Ordine, una *Camera di Conciliazione* quale luogo di ascolto nonché di vero e proprio confronto: qui, infatti, tutte le parti, medici e odontoiatri, pazienti, strutture sanitarie pubbliche o private e compagnie di assicurazione possono instaurare tra loro un dialogo costruttivo<sup>270</sup>.

“Hippocratica Civitas non può e non vuole sostituire le procedure giudiziarie, quando necessarie e non evitabili; vuole realizzare, nei casi possibili, un percorso alternativo, che riduca i tempi lunghi dei processi, ricostruisca il rapporto umano tra medico e paziente, determini un contenimento dei costi in materia di responsabilità professionale affrontati dalle Compagnie assicurative, restituisca al medico una maggiore tranquillità nell'esercizio giornaliero della professione, riducendo i rischi di una “prima pagina” anche per situazioni che potrebbero essere affrontate nel pieno rispetto della dignità del paziente e del medico, al riparo da speculazioni indesiderate e fuorvianti”<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> L'istituzione della Camera di Conciliazione ha richiesto una serie di attività preliminari, prima tra tutte la formazione dei dipendenti dell'Ordine. A questo scopo è stato attuato, presso la sede dell'Ordine il “Corso base di formazione per addetti alla camera di conciliazione per la sanità” per una specifica preparazione e formazione in materia di conciliazione e sui temi della comunicazione.

<sup>271</sup> <[www.studiolegalemarinaro.it/img\\_up/FF-59-collana%20ordine%20n.%201.pdf](http://www.studiolegalemarinaro.it/img_up/FF-59-collana%20ordine%20n.%201.pdf)>

In conclusione mette conto descrivere l'esperienza messa a punto dalla Provincia autonoma di Bolzano<sup>272</sup>. Diversamente dalle altre realtà esistenti sul territorio italiano, che si connotano per la presenza di profili di spiccata originalità, la procedura conciliativa di Bolzano presenta forti elementi di similitudine con quella praticata dalle Commissioni conciliative tedesche, sulle quali pare dunque opportuno spendere qualche parola.

Sul territorio federale tedesco è ormai terminato il quarto decennio di attività degli organismi camerali atti a favorire, grazie al loro alto grado di competenza e di obiettività, una rapida conciliazione stragiudiziale delle controversie in tema di responsabilità medica, nell'interesse di entrambe le parti coinvolte in questo tipo di contenzioso<sup>273</sup>. Tali organismi sono istituiti secondo due diversi modelli: quello delle *Gutachterkommissionen* (GutK: commissione di periti) e quello delle *Schlichtungsstellen* (SchlSt: luogo di conciliazione)<sup>274</sup>.

Le prime si occupano esclusivamente della valutazione della condotta medica dal punto di vista tecnico/scientifico, aiutando paziente e professionista a capire quando la pretesa risarcitoria è, rispettivamente, fondata o infondata; sono gestite dall'Ordine dei Medici e sono composte, oltre che da un giurista abilitato a svolgere l'attività di giudice, da medici specializzati in diverse discipline.

---

<sup>272</sup>La Commissione conciliativa per questioni di responsabilità medica della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige è stata insediata il 1° agosto 2007. Essa è prevista dall'articolo 15 della Legge provinciale 18 novembre 2005, n. 10, che è stato inserito come articolo 4/bis nella Legge provinciale 5 marzo 2006, n. 7, "Riordinamento del Servizio sanitario provinciale".

Con Decreto del Presidente della Provincia 18 gennaio 2007, n. 11, è stato emanato il regolamento di esecuzione al citato articolo 4/bis della Legge provinciale n. 7/2001, che contiene i principi del procedimento davanti alla Commissione conciliativa.

<sup>273</sup>I dati sui lavori delle Commissioni sono piuttosto interessanti, in quanto dimostrano che in media soltanto un terzo dei ricorsi presentati alle commissioni risultano fondati (ovvero caratterizzati effettivamente da responsabilità sanitaria) e tra quelli accolti il parere della commissione evita la prosecuzione della lite per via giudiziaria in circa il 90% dei casi. Per un'analisi approfondita dei dati si rimanda a NEU J., SCHEPPOKAT K.D., VINZ H., *Medical Risk And Iatrogenic Injury "Accident Reports" From The North German Schlichtungsstelle (Expert Panel For Extrajudicial Claims Resolution)*, *Z. Arztl. Fortbild. Qualitätssich.* 98, 567, 2004.

<sup>274</sup>Per un'approfondita analisi sul tema si veda WINKLER S., *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, in *Danno e resp.*, 2003, 11, 1041; PINCHI V., *Alternative Dispute Resolution: esperienze a confronto*, *op. cit.*, 579.

Le SchlSt nascono, invece, per una convenzione tra l'Ordine dei Medici e la Corporazione delle compagnie assicuratrici e nonostante si avvalgano di una commissione analoga per composizione a quella delle GutK, contemplano, diversamente da queste, la possibilità che alla procedura conciliativa partecipino anche le compagnie di assicurazione.

Prendendo spunto dall'esempio tedesco, la Commissione conciliativa della Provincia di Bolzano coinvolge diversi professionisti: l'intero procedimento è, infatti, affidato a un organismo istituzionalizzato composto da tre membri stabili rappresentati da un magistrato con funzioni di presidente, un medico legale e un avvocato esperto di responsabilità professionale sanitaria.

Inoltre, anche in questo caso il procedimento di conciliazione è scandito nei tempi ed è completamente gratuito per le parti, fermo restando l'obbligo di corrispondere gli onorari di eventuali legali o consulenti esterni di cui le stesse intendano avvalersi. Tuttavia, deve rilevarsi che:

“Compito di questa Commissione non è quello di conciliare fra una pretesa in danaro maggiore o minore dei pazienti, ma di accertare *in primis* e quale necessario presupposto di ogni liquidazione del danno la sussistenza della responsabilità del medico. Una quantificazione del danno avviene solo se vi è l'affermazione da parte di questa Commissione della responsabilità del medico[...] Su questo punto la Commissione non ha alcuna possibilità né intenzione di tentennare, anche perché essa, salva espressa unanime richiesta delle parti, decide secondo diritto e non secondo equità”<sup>275</sup>.

La Commissione conciliativa in parola, dunque, non si limita a ricercare un accordo soddisfacente per le parti, ma vuole anzitutto accertare l'effettiva esistenza *dell'an debeat* e perciò si avvale di un medico legale di comprovata esperienza<sup>276</sup>. Proprio quest'aspetto segna la forte vicinanza dell'esperienza Alto Atesina a quella tedesca dove, inizialmente, la vicenda sanitaria è esaminata dalla

---

<sup>275</sup>Rapporto sull'attività 2008, pag. 4, in <[www.provincia.bz.it/it/servizi/servizi-categorie.asp?bnsvf\\_fid=1003782](http://www.provincia.bz.it/it/servizi/servizi-categorie.asp?bnsvf_fid=1003782)>

<sup>276</sup>All'art.6 del Decreto del Presidente della Provincia 18 gennaio 2007, n. 111, recante “Disposizioni relative alla commissione conciliativa per questioni di responsabilità medica” si dichiara che “Nella decisione e nella formulazione della proposta di conciliazione i componenti della commissione devono seguire le norme di diritto. I componenti della commissione decidono secondo equità quando le parti ne fanno concorde richiesta”.

Commissione di Periti, individuati di volta in volta sulla base della disciplina medica coinvolta, che si preoccupa di redigere una relazione sulla sussistenza o meno dell'errore medico o della responsabilità in genere della struttura sanitaria. Solo in un momento successivo interviene la Commissione conciliativa per precisare i fatti e redigere una proposta scritta per la composizione della disputa che si fonda sulla perizia effettuata in seno alla GutK avendo comunque riguardo per i principi sanciti dal diritto civile. Anche in questo caso insomma si decide secondo diritto e non secondo equità.

Si noti che la SchlSt non procede mai alla valutazione del danno, che rimane un elemento di negoziazione diretta tra il soggetto leso e la compagnia di assicurazione. Diversamente, la Commissione conciliativa per questioni di responsabilità medica di Bolzano può ricorrere al parere di un consulente esterno e, anche sulla base della risposta di quello, può emettere una proposta di conciliazione che contempra la completa valutazione del *quantum debeatur*<sup>277</sup>.

In conclusione, mette conto rilevare che, sia nella procedura conciliativa degli organismi camerati tedeschi che in quella della commissione di Bolzano, la documentazione sanitaria è acquisita d'ufficio, con sgravio probatorio soprattutto per l'assistito generalmente privo di conoscenze medico-scientifiche.

In entrambi i casi, la procedura prevede l'adesione volontaria delle parti e termina con un parere che non costituisce lodo arbitrale, non è vincolante e non preclude la via giudiziale.

Di seguito, a titolo dimostrativo del concreto funzionamento della Commissione conciliativa della Provincia autonoma di Bolzano, vengono riportati i dati relativi ai primi anni di attività della stessa [TABELLA 7]<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> “La possibilità di ricorrere ad esperti esterni sembra garantire l'apporto di specificità tecniche laddove il caso le richieda, mettendo al riparo da critiche inerenti la competenza della Commissione stessa di accedere a tutti i variegati ambiti propri alla responsabilità medica”, PINCHI V., *Alternative Dispute Resolution: esperienze a confronto*, op. cit., 579.

<sup>278</sup> Rapporto sull'attività 2008, pag. 8, in <[www.provincia.bz.it/it/servizi/servizi-categorie.asp?bnsvf\\_flid=1003782](http://www.provincia.bz.it/it/servizi/servizi-categorie.asp?bnsvf_flid=1003782)>

<b>Descrizione</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>Totale</b>
Conciliazione fra le parti	4	2	6
Proposta di conciliazione formulata dalla Commissione	3	4	7
Transazione al di fuori del procedimento conciliativo	0	1	1
Incompetenza della Commissione (la responsabilità riguardava un infermiere e non un medico)	1	0	1
Inammissibilità della domanda per manifesta infondatezza della medesima	1	7	8
Archiviazione per mancata comparizione del medico e/o della struttura sanitaria alla prima udienza	5	5	10
Archiviazione per mancato incarico alla Commissione da parte del medico e/o della struttura sanitaria (in 1 dei casi da parte del paziente) dopo l'insuccesso del tentativo di conciliazione	3	3	6
Archiviazione per avvenuta citazione in giudizio	1	0	1
Totale dei procedimenti definiti	18	22	40
Procedimenti pendenti	3	14	17
Totale delle domande pervenute	21	36	57

**Tabella 7**

### **II.3.3 Le innovazioni del D.lgs n. 28/2010. L'idea della media-conciliazione e il tentativo obbligatorio di mediazione**

Il recentissimo D.lgs. n. 28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali<sup>279</sup>, varato il 4 marzo del 2010, ed entrato in

<sup>279</sup>D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, pubblicato in G.U. 5/3/2010, n. 53. Il Governo aveva predisposto uno schema di decreto legislativo che era stato approvato nella seduta del Consiglio dei Ministri del 28 ottobre 2009, cui avevano fatto seguito i pareri delle Commissioni parlamentari competenti in data 20 e 27 gennaio 2010. Dopo una nuova deliberazione del Consiglio dei Ministri in data 19 febbraio 2010, la delega è stata tempestivamente esercitata mediante approvazione proprio del D.lgs n. 28/2010.

vigore il successivo 20 marzo<sup>280</sup>, è già stato fatto oggetto di numerosissimi interventi da parte della dottrina e di altri esperti che a vario titolo operano nel settore giuridico<sup>281</sup>.

Molto dunque ci sarebbe da dire sul tema ma, onde evitare di fuoriuscire dall'ambito strettamente inerente alla ricerca in corso, è inevitabile tralasciarne alcuni aspetti. Non deve, infatti, scordarsi l'obiettivo primario al quale tende il presente lavoro, ovvero quello di comparare l'esperienza italiana a quella dell'ordinamento francese per trarre maggiori spunti di riflessione e potersi esprimere in merito all'opportunità di applicare alle controversie mediche lo strumento *lato sensu* conciliativo previsto nel D.lgs n. 28/2010.

Del modello “specializzato” adottato dall'ordinamento francese si è già parlato nei paragrafi precedenti; così come sono già stati descritti i tentativi di riforma della responsabilità professionale sanitaria che hanno preso corpo, nel nostro ordinamento, in sede Parlamentare e a livello regionale.

Ora, è giunto il momento di approfondire la natura e la portata giuridica della previsione “generalista” della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, introdotta dal D.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010. In un momento successivo, sarà così possibile operare un raffronto critico tra le due esperienze.

---

<sup>280</sup> Ad eccezione delle disposizioni in materia di conciliazione obbligatoria di cui all'art. 5 comma 1; la loro efficacia è infatti differita di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto.

<sup>281</sup> Se ne riportano alcuni: CAPONI R., FINOCCHIARO G., FERRAJOLI L., *Attuazione dell'art.60 l. 18 giugno 2009 n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (commento al D.lgs del 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Guida al Diritto*, 2100, 12, 32; ZANUTTIGH L., *Mediazione e processo civile*, in *Contratti*, 2011, 2, 205; MARZOCCHI G., *Il nuovo procedimento di mediazione*, in *Immobili e proprietà*, 2010, 5; PAGNI I., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, 5, 619; CUOMO ULLOA F., *Lo schema del decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *Contratti*, 2010, 2, 209; FERRARESI M., BENUSSI A., *Procedura di conciliazione tra mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 2; VALERINI F., *Il nuovo decreto ministeriale sulla mediazione tra innovazioni e correzioni di rotta*, in *Contratti*, 2010, 12, 1179; CARNEVALI U., *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, 5, 437; BRUNI A., *Codice della mediazione e della nuova conciliazione*, Maggioli Editore, 2010; VACCÀ C., MARTELLO M., *La mediazione delle controversie*, IPSOA, 2010; CAMERA DI CONCILIAZIONE DI MILANO, *Mediazione e conciliazione: questioni e prospettive*, Editrice UNI SERVICE, 2010.

Pare doveroso, per ragioni di chiarezza, suddividere la trattazione dell'argomento in parola in tre sotto-paragrafi:

1. il primo di essi verrà dedicato alla direttiva europea 2008/52/Ce, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, alla quale il D.lgs. n. 28/2010 vuole dare attuazione;
2. il secondo avrà invece ad oggetto l'articolato normativo del decreto in esame e le innovazioni introdotte dallo stesso;
3. l'ultimo, infine, si concentrerà sul merito della scelta operata dal nostro legislatore di prevedere il tentativo obbligatorio di mediazione nei casi tassativi di cui all'art. 5, tra i quali è ricompreso quello specifico in cui venga invocato il risarcimento di un danno derivante da responsabilità medica.

### **II.3.4 Alle origini del D.lgs n. 28/2010: la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2008/52/Ce.**

La legge 18 giugno 2009, n. 69, all'art. 60 prevede la delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali impegnandolo a operare “nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria”<sup>282</sup>.

Il decreto attuativo n. 28/2010 dev'essere perciò considerato il prodotto più recente della riflessione che ha preso piede, non solo nel nostro ordinamento, ma più in generale a livello europeo, in tema di ADR.

“La mediazione, infatti, non dovrebbe rappresentare solo o prevalentemente una risorsa per correggere le disfunzioni della giustizia civile, ma essere l'espressione di un'acquisizione di natura eminentemente culturale, che recupera il ritardo e allinea

---

<sup>282</sup> In base all'art. 60, lett. a) della legge n. 69 del 2009 il Governo è stato infatti delegato ad adottare, entro sei mesi dalla pubblicazione della legge stessa, uno o più decreti legislativi in materia di conciliazione e mediazione “per le controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia” . In particolare, l'art. 60, co. 3, lettera c) della medesima legge delega, allude alla Direttiva 2008/52/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale consultabile al link: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:IT:PDF>

l'ordinamento italiano ad altri ordinamenti, quello comunitario e molti tra quelli europei, offrendo ai propri cittadini un modo diverso, maggiormente autonomo e responsabile, di gestire e risolvere i loro conflitti accanto alla soluzione giurisdizionale. La creazione di una disciplina organica della mediazione segna un passaggio significativo, un cambiamento non banale di prospettiva verso la realizzazione di un *multy doors system* nel quale la soluzione del conflitto possa trovare strade diverse”<sup>283</sup>.

Si porta finalmente a compimento quel lungo *iter* di elaborazione che ha avuto inizio nel 1999 col Consiglio Europeo di Tampere e che, poi, è sfociato in molteplici atti comunitari, l'ultimo dei quali è rappresentato dalla direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, recante nuove disposizioni in relazione “a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”<sup>284</sup>. Questa è la prima direttiva che discorre di mediazione in ambito comunitario e, come si è visto, è proprio ad essa che il D.lgs. n. 28/2010 vuole dare attuazione. Così facendo, esso va a collocarsi in un contesto fortemente interessato a garantire un migliore accesso alla giustizia, nonché ad istituire, in linea con la politica dell’Unione europea, uno spazio di libertà, sicurezza e

---

<sup>283</sup>ZANUTTIGH L., *Mediazione e processo civile*, op. cit., 205.

<sup>284</sup>Consiglio Europeo di Tampere (Finlandia) del 15-16 Ottobre 1999. Le conclusioni della Presidenza sono consultabili al sito: [www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm). Hanno fatto seguito le Raccomandazioni della Commissione 98/257/CE e 2001/310/CE sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo; il libro verde sulle ADR del 2002 concernente i modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale; la creazione delle reti extragiudiziali europee (Eej-Net e Fin-Net); il codice europeo di condotta per mediatori del 2004. Si noti che nel corso del 2009 è stato pubblicato un volume che riferisce di un'indagine importante promossa dalla Commissione, Dg Sanco, e svolta da un ente specializzato, il *Civic Consulting* di Berlino. Questo ente era stato incaricato di verificare l'esistenza e controllare il funzionamento delle procedure di ADR negli Stati membri dell'Unione e si è occupato di diffondere i risultati dell'indagine: 163 pagine che descrivono la situazione nei vari sistemi, e che concludono nel senso che, pur nella diversità delle esperienze, i principi fondamentali scanditi nelle raccomandazioni del 1998 e del 2001 sono rispettati e attuati. VIGORITI V., *Nodo dell'organizzazione e “limature” tecniche ma l'istituto resta un'opportunità per i legali*, in *Guida al diritto*, 2010, 17, 23. Si fa presente che la *deadline* per l'applicazione della Direttiva europea sulla mediazione da parte dei diversi Stati Membri è ormai prossima. Per fare un punto sulla situazione, il Parlamento ha organizzato un *workshop* a Bruxelles, il 23 maggio 201 nel quale verrà presentato il caso italiano di applicazione della Direttiva, grazie alla presenza di Augusta Iannini, capo del gabinetto legislativo del nostro Paese che parlerà della legge italiana sulla mediazione entrata in vigore lo scorso marzo.

giustizia, comprensivo dell'accesso ai metodi di risoluzione delle controversie non solo giudiziali, ma anche, e soprattutto, extragiudiziali<sup>285</sup>.

L'obiettivo originario del legislatore comunitario era quello di affermare con rinnovata forza il principio di sussidiarietà, in virtù del quale lo Stato è chiamato a intervenire soltanto laddove la società civile non sia capace di trovare all'interno di sé strumenti adeguati di composizione consensuale delle dispute<sup>286</sup>. Le varie procedure di ADR sono incentivate proprio in qualità di strumenti atti a favorire l'autoregolamentazione dei conflitti sociali, evitando il ricorso a qualsivoglia organismo dello Stato; esse tendono ad allargare le opzioni a disposizione del soggetto interessato a far valere i propri diritti, e «a formare il nucleo di un nuovo sistema integrato di giustizia nel quale la soluzione giudiziale, che nel corso dell'ultimo secolo sembrava divenuto l'unico strumento di definizione delle controversie, possa rivestire un ruolo più definito, e per ciò stesso, più autorevole e meglio amministrato, quando la sua applicazione risulti essere necessaria»<sup>287</sup>.

Il contenuto precettivo della direttiva n. 2008/52/CE si applica direttamente, in conseguenza dei limiti imposti dall'art. 1 della stessa, alle sole controversie “transfrontaliere” in materia civile e commerciale<sup>288</sup>, ovvero a quelle controversie in cui almeno una delle parti sia domiciliata o abitualmente residente in uno Stato diverso da quello delle altre, alla data precisata nell'art. 2<sup>289</sup>.

---

<sup>285</sup>GHIRGA M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357; ID., *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, id., 2006, 463; VIGORITI V., *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. Arbitrato*, 2009, 1; MINERVINI E., *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2009, 41; BARALDI L., *L'istituto della mediazione tra diritto dell'UE e diritto interno: un trapianto riuscito?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 3, 243.

<sup>286</sup>BERLINGUER A., *La nuova disciplina della mediazione civile resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida al Diritto*, 2010, 12, 12.

<sup>287</sup>GENOVESE F. A., RISOLO C. I., *La riforma del processo civile*, op. cit., 510.

<sup>288</sup>Art. 1, *Obiettivi e ambito di applicazione*: “La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)”.

<sup>289</sup>Art. 2, *Controversie transfrontaliere*: “Ai fini della presente direttiva per controversia transfrontaliera si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o

Per quel che concerne l'ambito medico, si potrebbe ipotizzare il caso in cui un cittadino italiano, affetto da una patologia curabile in Francia con maggiori probabilità di successo, subisca una lesione colposa imputabile al professionista che ha eseguito l'intervento chirurgico e che, alla data di cui all'art. 2 della direttiva europea, risulti domiciliato proprio in Francia. Qualora il soggetto danneggiato intenda far valere i propri diritti in sede civile, dovrà, preliminarmente al ricorso giurisdizionale, tentare di risolvere la disputa in via amichevole, per mezzo degli strumenti contemplati specificamente a livello nazionale.

Tuttavia, il punto 8 del "considerando", si preoccupa di precisare che, se indubbiamente «[...] le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere [...] nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni».

In particolare, agli stessi Stati membri viene imposto di «mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per conformarsi [...] anteriormente al 21 maggio 2011»<sup>290</sup>.

L'onere è stato tempestivamente assolto dal nostro legislatore. Pertanto, tornando all'esempio di cui sopra, la procedura conciliativa oggi deve necessariamente esperirsi, ai sensi dell'art. 5, primo comma, del D.lgs. n. 28/2010, anche nel caso in cui il paziente danneggiato, e il professionista al quale il danno stesso possa essere imputato, siano entrambi domiciliati in Italia.

---

risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui:

- a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia;
- b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale;
- c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; o
- d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti.

In deroga al paragrafo 1, ai fini degli articoli 7 e 8 per controversia transfrontaliera si intende altresì una controversia in cui un procedimento giudiziario o di arbitrato risultante da una mediazione tra le parti è avviato in uno Stato membro diverso da quello in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente alla data di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c)".

<sup>290</sup>Art. 12

In dottrina qualcuno rileva l'ambizione della direttiva a porsi quale “pietra angolare” per ogni futuro sviluppo della disciplina della mediazione civile<sup>291</sup>.

L'obiettivo specificamente perseguito, come previsto nell'articolo di esordio della normativa in esame, è quello di «facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario [...]»<sup>292</sup> relazione, quest'ultima, che dunque assume una rilevanza centrale e che non può fare a meno di comportare rilevanti conseguenze anche per quanto riguarda il ruolo del giudice<sup>293</sup>.

Tuttavia, il profilo di maggior momento, ai fini che più ci interessano, è quello inerente alla definizione che, in questa sede, viene data al concetto di mediazione.

Nella lettera a) dell'art. 3, la mediazione è concepita come:

«[...] un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno stato membro [...]».

Si è scelto di puntare su un modello tipicamente *facilitativo* di mediazione, soprattutto in ragione dell'ampiezza e della varietà del contenzioso civile e commerciale che non può ragionevolmente presupporre l'attribuzione al

---

<sup>291</sup>IMPAGNATIELLO G., *La mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al D.lgs n. 28/2010 nella cornice europea*, in rete <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 5.

<sup>292</sup>È appena il caso di osservare che la diffusione ed il successo dello strumento conciliativo, come in generale dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, presuppongono il buon funzionamento della giustizia civile, poiché la prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente tende a scoraggiare strategie ostruzionistiche nell'attuazione del rapporto sostanziale e ad incoraggiare soluzioni stragiudiziali della lite consensualmente definite. Si tratta di un dato condiviso: si veda CAPONI R., *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, 89; SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 11.

<sup>293</sup>Quanto al ruolo del giudice nella mediazione va precisato che il punto 12 del “considerando” dichiara come il procedimento di mediazione non si estenda «ai tentativi dell'organo giurisdizionale o del giudice chiamato a risolvere la controversia nel contesto del procedimento giudiziario concernente tale controversia, ovvero ai casi in cui l'organo giurisdizionale o il giudice adito richiedano l'assistenza o la consulenza di una persona competente».

mediatore di poteri che incidano sulla libera determinazione delle parti nell'accettare o meno proposte conciliative<sup>294</sup>.

Alla luce di quanto riportato, dunque, gli elementi che, per volere del legislatore comunitario, caratterizzano l'istituto della *mediation* sono quattro:

1. la presenza di una controversia;
2. la presenza di due o più parti che tentano di giungere ad un accordo;
3. l'assistenza di un mediatore che la successiva lettera b) definisce come:

«[...] un qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione»<sup>295</sup>;

4. la volontarietà dell'accordo eventualmente raggiunto.

La specificità della mediazione comunitaria sta proprio in quest'ultimo elemento, ovvero nella spontaneità dell'accordo conciliativo, che non può mai essere imposto dal mediatore. Si noti che è esclusa ogni conseguenza negativa riconducibile al caso in cui le parti non riescano ad accordarsi.

Quanto alla struttura della procedura di mediazione, la direttiva evita di attuare delle scelte specifiche, in ciò restando coerente con l'elasticità dell'istituto in questione. Lo dimostra il punto 17 del “considerando”, che invita gli Stati membri a privilegiare meccanismi che favoriscano la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti; anche al punto 10 si sottolinea con forza che nella mediazione le parti tentano «esse stesse di raggiungere una composizione amichevole della loro controversia» con l'assistenza di un mediatore che si limita, dunque, a rivestire un ruolo ausiliario<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup>SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 150.

<sup>295</sup>Art.3, lett. b) Direttiva 2008/52/CE. Il mediatore inoltre, in virtù dell'art. 4, deve sottoporsi continuamente a percorsi formativi, rispondere a regole etiche e deontologiche e operare all'interno di “organizzazioni che forniscano servizi di mediazione”

<sup>296</sup>La mediazione, insomma, «dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento». Tuttavia, «in virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione. Si veda anche il punto 13 del “considerando”.

L'orientamento sposato dal legislatore comunitario è dunque quello che fa della mediazione un semplice meccanismo finalizzato a un accordo negoziale; essa non ha niente a che vedere con il processo giudiziale.

Esistono però eccezioni alla libertà per gli Stati membri di predisporre flessibilmente la struttura procedimentale, vale a dire: l'esplicita richiesta di garantirne la riservatezza<sup>297</sup>, nonché quella di predisporre le norme interne relative ai termini di prescrizione o decadenza in modo tale da non impedire l'avvio di un procedimento giudiziario o di arbitrato per il fatto che durante il procedimento di mediazione tali termini siano scaduti<sup>298</sup>.

Per concludere, giova ricordare quanto statuito dalla Corte di Giustizia Europea circa il “principio della effettività della tutela giurisdizionale”<sup>299</sup>: questo non vieta agli Stati membri di predisporre una normativa nazionale che imponga per le controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione però che tale procedura: a) non conduca ad una decisione vincolante per le parti; b) non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; c) sospenda la prescrizione dei diritti in

---

<sup>297</sup>L'art. 7 stabilisce, infatti, che gli Stati membri devono garantire “a meno che le parti non decidano diversamente” che i mediatori o gli altri soggetti coinvolti non possano essere chiamati a testimoniare in un procedimento giudiziario o arbitrale riguardo ad informazioni relative ad un procedimento di mediazione, salvo il caso di necessità di assicurare la protezione di un minore o di evitare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona, o le ipotesi nelle quali la divulgazione del contenuto dell'accordo sia necessaria per la sua applicazione. Il secondo comma della disposizione ammette peraltro che gli Stati possano adottare anche misure più restrittive. Non si può omettere di rilevare, poi, che “[...] la riservatezza rappresenta effettivamente un elemento decisivo [...] perché, in caso contrario, molto difficilmente le parti saranno disposte ad esprimersi apertamente, per il timore di rivelare eventuali posizioni di debolezza, o anche solamente circostanze di fatto sfavorevoli che potrebbero essere utilizzate dalla controparte dinanzi al giudice”. GENOVESE F. A., RISOLO C. I., *La riforma del processo civile*, op. cit., 519.

<sup>298</sup>Si vedano il punto 24 del “considerando” e l'art.8. Inoltre, una recentissima sentenza della Corte di giustizia pone proprio quale unico limite agli Stati membri quello di “ non impedire alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”, Corte di Giustizia, 18 Marzo 2010, (cause riunite C-317, 318, 319 e 320/2008), 42 e ss., Alassini et alii c. Telecom Italia c. Wind, con riferimento ad un tentativo obbligatorio di conciliazione avente però durata di trenta giorni.

<sup>299</sup>La Corte è stata chiamata a pronunciarsi in relazione ad un tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dalla legislazione italiana. Corte di Giustizia, 18 Marzo 2010 (cause riunite C-317, 318, 319 e 320/2008), 42 e ss., Alassini et alii c. Telecom Italia c. Wind.

questione; d) non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti; e) faccia sì che la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone.

Molto ancora potrebbe dirsi intorno alla natura e al ruolo della mediazione contemplata in sede comunitaria. Si è ritenuto però opportuno limitarsi all'essenziale, mettendo in evidenza solo i punti salienti della direttiva 2008/52/Ce che permettano di verificare se l'approccio del legislatore sovranazionale alle ADR sia stato condiviso dal nostro e in quale misura, invece, la “via italiana” alla mediazione stia seguendo un percorso autonomo. L'intreccio tra normativa interna e normativa comunitaria, insomma, complica il lavoro dell'interprete, spingendolo ad appurare, da un lato, che la legge delegata non abbia travalicato i confini imposti dalla direttiva e, dall'altro, che tra le due normative sussista una conformità data dal recepimento a livello interno di tutti i precetti sanciti in sede comunitaria.

Come vedremo più avanti, la Legge 18 giugno 2009, n. 69, all'art. 60 pur impegnando il Governo a operare nel rispetto della normativa comunitaria, fornisce delle indicazioni che da tale normativa in qualche punto si discostano<sup>300</sup>.

“Così, la prospettiva adottata oggi dal D.lgs. n. 28/2010 abbandona l'approccio consensualistico della direttiva e sposa una visione più burocratica della composizione delle liti: sottratta sì al giudice ma affidata ad organismi precostituiti, pubblici e privati «[...] che diano garanzie di serietà ed efficienza». Nasce un ennesimo apparato ed un nuovo elenco dei formatori; e nascono, o si consolidano, corsie preferenziali: per gli ordini forensi e per le Camere di Commercio. Mentre gli altri ordini professionali dovranno chiedere l'autorizzazione al Ministero della Giustizia”<sup>301</sup>.

Ma di questo si parlerà nel paragrafo seguente.

---

<sup>300</sup> Sull'art. 60, L. n. 69/2009, CAPONI R., *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, in *Guida al diritto*, n. 28, 2009, 54 ss.

<sup>301</sup> Guida al diritto

### **II.3.5 La nuova procedura conciliativa: tra mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa**

La delega legislativa prevista dall'art. 60 della legge n. 69/2009 e il successivo decreto attuativo n. 28/2010 segnano un passo importante per l'affermazione, anche nel nostro Paese, della pratica della mediazione e, più in generale, degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali<sup>302</sup>. Le numerose novità introdotte con il decreto attuativo in parola rappresentano un cambiamento assoluto rispetto alla tradizione italiana della conciliazione; un cambiamento che presenta, nei fatti, delle zone d'ombra sulle quali il giudizio non può che essere posticipato.

Dopo che per molti anni la conciliazione extragiudiziale è stata oggetto di interventi legislativi settoriali, si è ritenuto opportuno, a torto o a ragione, varare una normativa “generalista” che la rendesse uno strumento potenzialmente valido per una molteplicità di contenziosi, inclusi quelli aventi ad oggetto il risarcimento di un danno derivante da responsabilità medica. L'art. 2, co. 1, nel sancire che “Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale” produce, infatti, un rilevante cambiamento di prospettiva nell'uso della mediazione che non è più strumento destinato alla gestione di specifici settori del contendere, bensì primo rimedio per affrontare la generalità delle controversie con l'unico limite della disponibilità del diritto.

Questa scelta è connessa ai primari obiettivi che il D.lgs. n. 28/2010 si pone, ovvero quello di fungere da strumento deflativo del contenzioso civile presso i Tribunali italiani, nonché quello di favorire la cultura dell'alternativa all'accesso

---

<sup>302</sup>Il D.lgs n. 28/2010 ha abrogato gli artt. 38 e seguenti del D.lgs 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni. Le regole della conciliazione societaria, dunque, hanno ceduto il passo a quelle applicabili in via generale in materia di diritti disponibili della mediazione finalizzata alla conciliazione. Sul tema si legga DALFINO D., *Dalla conciliazione societaria alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), il quale mette in evidenza come «il ricorso allo strumento conciliativo, da meramente facoltativo (o facoltativamente obbligatorio, in presenza di relativa clausola), è diventato (nelle ipotesi contemplate dall'art. 5, 1° comma, D.lgs. 28/2010) obbligatorio e preliminare all'esercizio dell'azione» e purtuttavia alcune delle soluzioni tecniche adottate dall'ultimo intervento normativo sono state riprese dal D.lgs 5/2003 e trapiantate in un contesto parzialmente diverso.

alla giustizia statale<sup>303</sup>. La volontà di ridurre drasticamente il carico giudiziario emerge chiaramente anche dal novero delle materie elencate all'art. 5, comma 1, di cui si dirà tra poco, per le quali la mediazione costituisce, dal 20 marzo 2011, condizione di procedibilità. Si tratta, infatti, di materie che sono tutte connotate da un elevato tasso di litigiosità<sup>304</sup>.

Una disamina più attenta delle nuove disposizioni dedicate al procedimento di mediazione evidenzia come le stesse possano essere suddivise, in virtù della loro funzione, in tre categorie generali (con l'avvertenza che alcune disposizioni rilevano contemporaneamente in più di queste):

1. Nella prima categoria possono farsi rientrare tutte le norme che disciplinano specificamente lo svolgimento del procedimento, inteso come “serie ordinata di atti”<sup>305</sup>;
2. La seconda categoria è invece composta da quelle disposizioni che stabiliscono una serie di obblighi, doveri e garanzie in capo a chi svolge l'attività di mediatore<sup>306</sup>;
3. L'ultima categoria da ricordare è quella, più articolata e complessa, costituita dalle norme concernenti i rapporti tra mediazione e processo giurisdizionale, nella quale rientra anche l'art. 5 che elenca le materie per le quali il tentativo di conciliazione deve esperirsi obbligatoriamente a pena di improcedibilità della

---

<sup>303</sup>Per comprendere la portata effettiva delle novità introdotte dal decreto, è sufficiente richiamare le previsioni del Ministero della giustizia, che ha indicato in oltre 600.000 le liti che saranno sottoposte al tentativo di mediazione nei successivi 12 mesi dall'entrata in vigore di tale vincolo indicata nel marzo del 2011. La filosofia del D.lgs n. 28/2010 è stata espressa apertamente dal Ministro Alfano nella conferenza stampa di presentazione dello schema del decreto legislativo: “Si tratta dell'introduzione di un nuovo istituto giuridico che è finalizzato alla deflazione del sistema giudiziario italiano relativamente al carico di arretrati e soprattutto relativamente al rischio di una nuova sopravvenienza e cioè del fatto che si possa accumulare ulteriore ritardo”, tratto dalla conferenza stampa del Ministro Angelino Alfano del 28 ottobre 2009, disponibile sul sito [www.governo.it](http://www.governo.it). Sul punto CAPONI R., *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida al diritto*, 2010, 12, 48 ss; BOVE M., *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, 2010, 13, 11 ss.

<sup>304</sup>Il tema dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione, in virtù della rilevanza che lo contraddistingue, merita una trattazione autonoma che verrà svolta nel prossimo paragrafo.

<sup>305</sup>Artt. 3,4, co.1 e 2, art. 5, co. 6, artt. 6, 8 e 11.

<sup>306</sup>Artt. 9, 10 e 14.

domanda<sup>307</sup>.

Ma per comprendere esattamente a quale tipologia di mediazione il nostro legislatore abbia assoggettato le dispute da *malpractice* medica, è opportuno procedere con ordine.

Il D.lgs. n. 28/2010 si apre preoccupandosi di chiarire le definizioni chiave impiegate nell'articolato normativo: *mediazione*; *mediatore*; *conciliazione*; *organismi*; *registro*<sup>308</sup>.

Emerge sin da subito che il legislatore delegato non ha inteso introdurre due istituti diversi, mediazione e conciliazione, bensì un unico procedimento di risoluzione alternativa della controversia che ha un modo, la “mediazione”, e un obiettivo, la “conciliazione”<sup>309</sup>. Il rapporto tra i due termini è dunque un rapporto di mezzo a fine. La *mediazione*, infatti, viene definita quale:

«attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa»<sup>310</sup>.

La *conciliazione*, invece, è:

la «composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione»<sup>311</sup>.

Nella versione italiana, la mediazione non rientra in alcun “modello puro” di classificazione delle ADR, perché accanto ad aspetti e logiche della conciliazione si ritrovano soluzioni appropriate piuttosto alla logica valutativa. Ci troviamo insomma dinanzi ad un procedimento in parte *facilitativo* (il mediatore può

---

<sup>307</sup> Artt 5, 6, 7, 8, co. 5, artt. 10, 11, co. 3 e 4, artt. 12, 13, 15. Da un lato, la mediazione è rivolta a evitare la celebrazione dei processi giurisdizionali, ma nel contempo, dall'altro lato, nel tentativo di perseguire effettivamente questo risultato, quasi ogni nuova disposizione può e deve essere intesa come funzionale ad accrescere gli effetti che la mediazione può produrre nel corso dell'eventuale successivo processo. Ciò è inevitabile dal momento che nel caso di insuccesso della mediazione l'unico rimedio che residua è proprio il processo.

<sup>308</sup> Art. 1, lett. a) - e), D.lgs. n. 28/2010.

<sup>309</sup> BUFFONE G., *Il civilista. Mediazione e conciliazione*, Giuffrè, 2010, 20.

<sup>310</sup> Art. 1, lett. a).

<sup>311</sup> Art. 1, lett. c)

limitarsi ad assistere le parti) e in parte connotato da aspetti di tipo *aggiudicativo* (il mediatore ha la facoltà di formulare in prima persona la proposta risolutiva della disputa).

Quanto al mediatore, la definizione che viene data alla lettera b) dell'art.1 è quella di una persona, o un insieme di persone fisiche 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»<sup>312</sup>.

In una prospettiva meramente nozionistica, la normativa in esame non contraddice il dato definitorio offerto dalla direttiva europea 2008/52/CE<sup>313</sup>. Tuttavia, l'aver specificato che la conciliazione è il risultato positivo raggiunto a seguito della mediazione, introduce nell'ordinamento italiano una "forma ibrida" della stessa che, nonostante ciò, ha il pregio di ricondurre a unità linguistica quell'insieme di nozioni che aveva reso oltremodo difficile la comunicazione<sup>314</sup>. Alcuni autori al proposito parlano di una «via italiana alla mediazione», che presenta aspetti del tutto peculiari rispetto alle esperienze degli altri paesi<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup>Art 1, lett. b)

<sup>313</sup>Non è della stessa opinione un'autrice secondo la quale "non può non essere rilevato che l'art. 1 del medesimo decreto adotta una nozione più ampia di mediazione, rispetto a quelle già viste: è tale infatti, anche l'attività svolta dal terzo per la "formulazione di una proposta" per la risoluzione della lite. Poiché detta proposta, a prescindere dall'accordo, è foriera di conseguenze giuridiche, ne esce un modello ibrido, non così distante rispetto alle "raccomandazioni" non vincolanti". ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 2, 653.

<sup>314</sup>BARALDI L., *L'istituto della mediazione tra diritto dell'ue e diritto interno: un trapianto riuscito?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 3, 243. Deve notarsi come vi siano sintonie con i titoli VI e VI-bis del codice di procedura civile francese; in effetti anche là si distingue fra conciliazione e mediazione, ponendo l'attenzione, quanto alla prima, al frutto, e quanto alla seconda, all'intervento del terzo estraneo alla lite. E tuttavia il frutto della mediazione, in quell'ordinamento, è un "accord". Sul tema CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 l. n. 69/2009*, in rete: <<[www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it)>>.

<sup>315</sup>Un'autrice richiama DITTRICH, Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, in *Riv. dir. processuale*, 2010, 578 ss.: «Si tratta di un provvedimento legislativo ambizioso ed articolato, che intende recepire gli esiti di un dibattito scientifico che ha preso le mosse negli anni '70 negli Stati Uniti per poi approdare al vecchio continente, ove ha conosciuto alterne vicende. Da ultimo occorre ricordare che il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la dir. 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, ove sono stati codificati, sia pure con espresso riferimento alle controversie transfrontaliere in materia

Un elemento di continuità può invece ritrovarsi nel carattere procedimentalizzato della mediazione che emerge dalla direttiva n. 2008/52/CE e che nel decreto attuativo ha un risalto tale da fornire la rubrica all'intero secondo capo<sup>316</sup>. Si tenga bene a mente, però, quanto è già stato detto: quello di mediazione è un procedimento improntato al principio d'informalità.

Non di meno, la legge tratta la mediazione alla stregua di una sequenza ordinata di atti, rinviandone la disciplina ai regolamenti di procedura degli “organismi scelti dalle parti” e preoccupandosi di precisare unicamente che tali regolamenti devono in ogni caso garantire la riservatezza della procedura e la predisposizione di modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto svolgimento dell'incarico<sup>317</sup>.

L'informalità in parola potrebbe costituire un punto a favore della procedura finalizzata alla conciliazione, considerando che la semplicità delle poche regole convenzionali che la disciplinano permette di gestire la mediazione senza troppi vincoli formali<sup>318</sup>. Contrariamente al contenzioso giudiziale non si corre il rischio di incappare in preclusioni rilevanti sotto il profilo temporale del procedimento. In realtà, chi scrive è incline a ritenere che la facilità di attivare la procedura conciliativa e i costi contenuti della stessa portino ad un aumento del contenzioso anziché ad una sua deflazione come auspicato.

---

civile e commerciale, alcuni importanti principi generali... il decreto legislativo... ha infine inaugurato, per così dire, una via italiana alla mediazione con scelte talvolta originali, che prescindono dal confronto immediato con le esperienze di altri paesi». GRECO A., *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 5, 361.

<sup>316</sup>Capo II “Del procedimento di mediazione”. Artt. 3-15.

<sup>317</sup>Si veda l'art. 3, co. 1, 2, 3. Si tenga presente che la conciliazione, così come la mancata conciliazione, hanno rilevanza giurisdizionale e ciò impedisce al legislatore di disinteressarsi all'articolazione del procedimento di mediazione. Su questo ed altri profili TISCINI R., *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2011.

<sup>318</sup> Un'autrice, nel commentare il successo, in ambito medico, delle camere conciliative tedesche rileva che “Una gestione flessibile del procedimento consente, per esempio, l'immediato chiarimento di punti oscuri emersi nel corso del procedimento, anche (in casi limite) attraverso una comunicazione telefonica. Oppure consente di decidere, caso per caso, sull'opportunità di una discussione orale, ove tale possibilità sia prevista dagli statuti”, WINKLER S., *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, *op. cit.*, 1041.

Il principio dell'informalità inoltre può rivelarsi un'arma a doppio taglio se contestualizzato nell'ambito della responsabilità medica: non deve dimenticarsi che questo è un settore fortemente incentrato sul problema dell'accesso all'informazione e sulla necessità di una definizione del quadro probatorio che non solo sia celere, ma anche assolutamente corretta.

Sorge spontanea una domanda: quale documentazione il paziente danneggiato, che è previsto possa affrontare il procedimento senza l'ausilio di un difensore, dovrà allegare allo scarno modulo di istanza di mediazione predisposto dagli organismi accreditati? Si noti che per garantire la massima agilità e snellezza del tentativo di conciliazione, i moduli finora apprestati dai vari organismi di mediazione, alla voce "Allegati" indicano una generica "documentazione".

A tal proposito va però evidenziato che, di recente, è intervenuto il Garante della *privacy* giacché la mediazione comporta l'uso dei dati personali delle parti che si avvalgono della conciliazione e degli altri eventuali protagonisti coinvolti nel procedimento; ciò è vero, a maggior ragione, nello specifico caso della responsabilità medica, considerando che i dati personali utilizzati saranno di tipo sensibile.

I soggetti pubblici che intendono costituire un organismo di mediazione sono chiamati a rispettare la normativa sulla *privacy* e ad aggiungere al proprio regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari un documento predisposto dall'Autorità in cui sono individuati i tipi di dati (stato di salute, vita sessuale, convinzioni politiche, condanne ecc.) e le operazioni eseguibili (raccolta presso l'interessato o presso terzi, elaborazione in forma cartacea o automatizzata ecc.).

Il Garante richiede espressamente che il trattamento riguardi i soli dati sensibili attinenti ai soggetti coinvolti nella controversia oggetto di conciliazione, salva l'ipotesi in cui gli stessi, pur essendo relativi a soggetti terzi, siano strettamente indispensabili per l'attività di mediazione.

Il trattamento, inoltre, può riguardare solo quei dati e operazioni che risultino "indispensabili, pertinenti e non eccedenti in relazione alla specifica controversia

oggetto di mediazione e rispetto ad attività che non possano essere svolte mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa”<sup>319</sup>.

Pare opportuno evidenziare i benefici che, nel settore della responsabilità medica, vengono apportati dalla possibilità di acquisire la documentazione d’ufficio, come accade nell’esperienza della Commissione conciliativa della Provincia Autonoma di Bolzano: così facendo la posizione del paziente, che difficilmente può avere accesso all’informazione medica, risulta infatti fortemente semplificata. Ciò implica però che l’ente addetto alla mediazione si avvalga di una peculiare *expertise* formata non solo da giuristi, ma anche da professionisti medici.

Gli organismi presso i quali può svolgersi la procedura di mediazione sono individuati in tutti quegli enti pubblici o privati (Camere di commercio, Ordini degli avvocati, altri Ordini professionali nelle materie di loro competenza ovvero altri enti pubblici o privati) che “diano garanzia di serietà ed efficienza” e che siano iscritti presso il Registro degli organismi istituito con Decreto ministeriale<sup>320</sup>. Si allude al D. M. n. 180 del 18 ottobre 2010 recante il Regolamento per la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli Organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, il quale tende a completare l’opera di attuazione normativa della

---

<sup>319</sup> Autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nell’attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali del 21 aprile 2011, Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2011.

<sup>320</sup> L’intero capo III del D.lgs. n. 28/2010 è dedicato alla regolamentazione degli Organismi di mediazione. In particolare è l’art. 16, co. 1 che si preoccupa di definire la loro natura. Si noti poi che, a detta dell’art. 1, lett. e), sino all’emanazione del decreto ministeriale suddetto, il registro degli organismi istituito con il decreto del ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222. Inoltre si prevede che i mediatori saranno soggetti a obblighi di formazione nell’ambito di corsi gestiti da formatori iscritti in apposito elenco tenuto presso lo stesso ministero e, per altro verso, che il mediatore sia soggetto a una serie di obblighi, nei confronti delle parti e dell’organismo che lo ha designato, al fine di garantire la sua terzietà rispetto agli interessi in gioco (art. 16). Si noti che, in data 12 Aprile 2001, il Tar Lazio ha rimesso con ordinanza alla Corte Cost. la questione di legittimità, tra le altre, anche dell’art 16 D.lgs. n. 28/2010. Il provvedimento interlocutorio, infatti, “dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza”. TAR Lazio-Roma, sez. I, ordinanza 12 Aprile 2011, n. 3202, in [www.appuntilegali.it/it/articoli/200\\_mediazione-il-tar-lazio-solleva-dubbi-di-legittimita-costituzionale.html](http://www.appuntilegali.it/it/articoli/200_mediazione-il-tar-lazio-solleva-dubbi-di-legittimita-costituzionale.html)

delega legislativa conferita dal Parlamento al Governo<sup>321</sup>. Lo stesso dispone che gli organismi di cui si tratta debbano necessariamente avere i seguenti requisiti:

1. Un capitale di 10.000,00 euro e l'attestazione di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due Regioni italiane o in almeno due Province della medesima Regione;
2. Una polizza assicurativa d'importo non inferiore a 500.000 euro;
3. I requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti dei predetti enti;
4. La trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo;
5. Le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione;
6. Il numero dei mediatori, non inferiore a cinque;
7. La sede dell'organismo.

Sembrano, dunque, adeguatamente accolte le istanze espresse in sede consultiva interlocutoria dal Consiglio di Stato<sup>322</sup>, il quale non aveva ommesso di rilevare, in prima battuta, la necessità di «definire il rapporto con l'ente stesso dal punto di vista strutturale e finanziario in modo da garantire l'autonomia formale e sostanziale dell'articolazione»<sup>323</sup>.

Ma chi, finora, si è proposto come organismo di mediazione? E quante proposte sono state avanzate avvalendosi dei tenuti requisiti di legge?

Come preventivabile, le richieste di accreditamento sono germogliate in tutta la penisola. Se si scorre l'elenco del Ministero della Giustizia si trovano 630 riferimenti che corrispondono ad altrettante sedi accreditate di 197 organismi<sup>324</sup>.

---

<sup>321</sup>D. M. n. 180/2010, pubblicato sulla G. U. n. 258 del 4 novembre 2010.

<sup>322</sup>L'attività consultiva svolta in questa sede dal Consiglio di Stato costituisce espressione di quella importante: «funzione di sindacato e di collaborazione con l'amministrazione» che il Consiglio svolge oggi attraverso: un vero e proprio controllo astratto su norme e per altro verso una vera e propria attività ausiliaria del Governo in ordine alla loro formulazione ed alla valutazione della loro opportunità. Sul tema si legga VIOTTI S., *Il regolamento in materia di mediazione civile. Primi spunti applicativi*, in *Giur. merito* 2011, 1, 23.

<sup>323</sup>Parere consultivo interlocutorio Consiglio di Stato n. 3640 del 26 agosto 2010, 4. Per approfondimenti ulteriori si rimanda a <[www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1808879](http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1808879)>

<sup>324</sup>Il registro è consultabile al link: <[www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_10\\_4.wp?selectedNode=2\\_6\\_103](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_10_4.wp?selectedNode=2_6_103)>

A fare la parte del leone sono le Camere di Commercio che pur vantando una lunga esperienza in tema di mediazione, nulla hanno a che vedere con il settore della sanità; seguono gli Ordini degli avvocati e numerosi organismi privati.

Deve evidenziarsi il fatto che tutti gli enti autorizzati hanno la possibilità di fare mediazione in qualsiasi campo. Per questo bisogna andare a vedere “chi” sono i mediatori e che formazione hanno. Ciò è possibile consultando i regolamenti dei vari enti pubblicati sul sito del Ministero.

Se un ente dispone di molti mediatori, con preparazioni di diverso tipo, tra cui anche dei medici, ragionevolmente, non farà che affidare a loro le vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da responsabilità medica e questo dovrebbe consentire di risparmiare sulle spese di un consulente medico che verrebbero sostenute dalle parti in lite.

Tuttavia ci si domanda se una procedura come quella di mediazione possa essere portata a termine con successo da un soggetto che, non avendo alcuna formazione di tipo giuridico, è privo delle conoscenze (e - perché no? - dell'autorità, nel significato originario recato dal termine latino *Auctoritas*) necessarie a redigere un verbale e a condurre le parti a trovare un punto d'incontro che tenga in considerazione quali potrebbero essere gli sviluppi di un eventuale, successivo giudizio.

Ad ogni modo, è previsto che l'avvio della procedura di mediazione venga dato tramite il deposito dell'istanza presso uno dei succitati organismi di mediazione.

La scelta è rimessa alla parte istante ogniqualvolta non sia già stata concordemente effettuata al momento della stipula del contratto (artt. 4.1 e 4.2)<sup>325</sup>. Essa dev'essere indicata nell'istanza di mediazione assieme all'oggetto della

---

<sup>325</sup>In ipotesi di conflitto di più istanze, l'art 4, co. 1 dichiara che è competente l'organismo al quale è stata presentata la prima. Trattasi di una scelta criticata da quegli interpreti che temono che la mancata previsione di criteri di competenza dia luogo a vessazioni in danno delle parti meno attrezzate, costrette a recarsi presso organismi di mediazione graditi all'istante o molto lontani dal loro luogo di residenza, e più in generale a fenomeni di strumentalizzazione della mediazione, specie obbligatoria. Altri autori invece avvallano la scelta in parola, in ragione del fatto che «la partecipazione al procedimento di mediazione è sostanzialmente facoltativa in capo alla parte «convenuta», mentre l'interesse ad ottenere l'effettivo svolgimento del procedimento dovrebbe essere, in primo luogo, dell'attore, che dovrebbe dunque adoperarsi per una scelta dell'organismo di mediazione non sgradito alla sua controparte», così DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)> .

pretesa, le ragioni della stessa e il nominativo delle parti. Si può osservare che non aver legato la scelta dell'organismo di conciliazione alla competenza dell'organo giurisdizionale può prestarsi ad evidenti abusi. Non esistono, infatti, criteri di competenza territoriale. Senza contare l'eventualità che i diversi organismi sparsi sul territorio vengano investiti delle procedure di mediazione in quantità disomogenee, con eccessiva concentrazione presso alcuni, a danno di altri.

Mette poi conto rilevare che l'oggetto dell'istanza di mediazione può avere contorni meno definiti rispetto alla domanda giudiziale. Le parti, in fase conciliativa, possono disporre come credono della *res litigiosa*, nel solo rispetto dei limiti dell'ordine pubblico, potendo anche superare i confini della lite, senza incontrare l'ostacolo implicato dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato<sup>326</sup>.

A tal proposito, si riporta un recentissimo caso che, avendo ad oggetto il risarcimento di danni derivanti da responsabilità medica, è rientrato nelle ipotesi di cui all'art 5 co. 1 del D. lgs. n. 28/2010, ed è stato presentato alla Camera di Commercio di Milano nell'intento di approdare ad una conciliazione<sup>327</sup>.

Il caso vuole che Tizio subisca una perforazione del colon durante un esame diagnostico di endoscopia. In seguito a tale incidente, il paziente deve sottoporsi a due successivi interventi che, purtroppo, non sortiscono l'effetto rimediabile sperato. La richiesta di risarcimento del paziente danneggiato, formulata con l'ausilio del suo difensore, è pari a 70 mila euro. Nella sede dell'organismo di mediazione, nel mese di aprile, si presentano il paziente con il suo avvocato, il medico con il proprio, e un rappresentante dell'assicurazione che copre sia la struttura curante sia il sanitario. Al termine di una lunghissima discussione, si giunge a un accordo articolato in tre punti: il primo prevede che il chirurgo si scusi per iscritto; il secondo, che al paziente venga riconosciuto un immediato risarcimento monetario pari a un terzo di quanto richiesto; il terzo, ed è qui che si fa una proposta certo diversa dalla possibile decisione di un Tribunale, prevede

---

<sup>326</sup>Sul tema IMPAGNATIELLO G., *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>.

<sup>327</sup>Fonte <[http://www.corriere.it/salute/11\\_aprile\\_06/mediatore-caso-due-esame\\_c65e5ea8-5ed9-11e0-b025-06c58bf39633.shtml?fr=correlati](http://www.corriere.it/salute/11_aprile_06/mediatore-caso-due-esame_c65e5ea8-5ed9-11e0-b025-06c58bf39633.shtml?fr=correlati)>>

l'offerta al paziente di un abbonamento gratuito, valido per un anno, in una Spa convenzionata con la clinica privata.

Ma non ci limitiamo a questa esemplificazione: in aggiunta a quanto appena riportato, può riferirsi il caso di un paziente che dopo essere stato ricoverato presso una struttura pubblica per un intervento ortopedico ha contratto un'infezione da stafilococco. La mediazione, nel caso di specie, si è conclusa accordando col paziente un parziale ristoro economico e una "fornitura di servizi" medico-ospedalieri, nella struttura chiamata in causa, estesa anche ai familiari, senza pagamento di ticket, o in attività libero professionale gratuita<sup>328</sup>.

In entrambi i casi per chi ha prestato la propria attività di mediatore la conciliazione può ritenersi riuscita. Per chi si trova a giudicare l'accaduto dall'esterno non possono sottacersi forti perplessità e sconcerto. È appena il caso di ricordare che quando si tratta di soldi, "il creditore preferisce ottenerne pochi, maledetti e subito, piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando"<sup>329</sup>.

Ma torniamo alla descrizione della procedura di mediazione.

Sebbene il procedimento debba essere avviato con una domanda scritta da parte del richiedente, quest'ultima si differenzia nettamente dalla domanda introduttiva di un giudizio ordinario per la sua informalità; i requisiti per la proposizione della domanda sono minimi. In ambito medico è teoricamente sufficiente che il paziente supponga l'esistenza di un errore nel trattamento medico che gli abbia causato un danno o un peggioramento dello stato di salute.

Va precisato brevemente che, all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi della procedura in parola e delle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20<sup>330</sup>. Il difensore tecnico è altresì

---

<sup>328</sup>Fonte <[http://www.corriere.it/salute/11\\_aprile\\_06/mediatore-caso-tre-infezione\\_2871d5de-5eda-11e0-b025-06c58bf39633.shtml?fr=correlati](http://www.corriere.it/salute/11_aprile_06/mediatore-caso-tre-infezione_2871d5de-5eda-11e0-b025-06c58bf39633.shtml?fr=correlati)>

<sup>329</sup>CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge .69/2009, op. cit.*

<sup>330</sup>Il Tribunale di Varese con ordinanza del 9 Aprile 2010 si è pronunciato circa l'obbligo di comunicazione dell'avvocato al cliente in materia di mediazione: "In tema di mediazione l'obbligo informativo di cui all'art.4, comma 3, del D.lgs n. 28/2010 deve ritenersi sussistente solo se la lite insorta tra le parti rientri tra quelle controversie per cui è possibile in concreto, perché prevista facoltativa, obbligatoria o su impulso giudiziale dei mediatori. Ne consegue che in una controversia sulle modalità di affidamento della

obbligato a informare il suo assistito dei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità dell'eventuale domanda giudiziale. In caso contrario il contratto di patrocinio è annullabile<sup>331</sup>. Il decreto prevede che l'informazione debba essere fornita «chiaramente e per iscritto» e che il documento che la contiene sia sottoscritto dall'assistito e allegato all'atto introduttivo dell'eventuale successivo giudizio<sup>332</sup>.

Presentata la domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo deve designare un mediatore e fissare “il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda”<sup>333</sup>. L'istanza di mediazione, insieme alla data del primo incontro, sarà poi comunicata “all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante”.

Il legislatore delegato, in linea con quanto richiesto dalla direttiva 2008/52/CE, dichiara poi che dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione interrompe la prescrizione dei diritti in questione al pari della domanda giurisdizionale. Inoltre, l'art. 5, co. 6 stabilisce che, dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta ma, se il

---

prole, poiché involgente una lite giudiziaria per cui non è previsto l'accesso anche facoltativo al procedimento di mediazione di cui al D.lgs n. 28/2010, non sussiste alcun obbligo per i difensori di rendere l'informativa di cui all'art. 4, comma 3, del decreto citato e conseguentemente, nessun obbligo del giudice, in caso di omessa informativa succitata, di provvedere in supplenza ai sensi del medesimo grimaldello normativo”, in *Guida al Diritto*, 2010, 17, 18.

<sup>331</sup>Art. 4, co.3. Si noti che tale apparato sanzionatorio non era previsto dalla legge delega che semplicemente prevedeva il dovere “dell'avvocato di informare il cliente”; e non è contemplato neppure a livello europeo: non nelle raccomandazioni del 1998 e del 2001, e non nella direttiva europea del 2008. Numerosissimi sono stati i commenti, contro o a favore, della previsione dell'art. 4. Infatti, questa disposizione spicca tra le altre per novità e rilievo pratico-applicativo al punto che taluni autori hanno ritenuto che l'esame dell'intero articolato normativo del D.lgs n. 28/2010 dovesse essere intrapreso proprio a partire dall'art. 4. Si vedano, in particolare, FINOCCHIARO G., *Scatta dal 20 Marzo la prima informativa al cliente*, in *Guida al Diritto*, 2010, 12, 52; CAPONI R., *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, op. cit., 48; ZIINO S., VAJANA M., *Sul dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione finalizzata alla conciliazione. Spunti sull'ambito di applicazione del nuovo istituto della mediazione*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>.

<sup>332</sup>Si noti che l'omissione non incide sulla validità dell'atto introduttivo, ma autorizza il giudice a informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Magari anche in appello, se nessuno ha provveduto in prime cure. Non è stata prevista una specifica collocazione temporale: in un processo disseminato di preclusioni, solo l'informazione sulla mediazione resiste come dovere imperituro.

<sup>333</sup>Art. 8, co.2

tentativo fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di conciliazione presso la segreteria dell'organismo.

Nel procedimento che, come anticipato, si svolge senza formalità, il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole che definisca la lite insorta tra loro.

È previsto che, qualora le controversie richiedano specifiche competenze tecniche, l'organismo possa nominare uno o più mediatori ausiliari e che il mediatore possa avvalersi degli esperti iscritti negli appositi albi dei consulenti presso i tribunali.

È agevole prevedere che si farà ampio ricorso a questa possibilità laddove la vertenza abbia per oggetto un presunto errore medico: se una paziente dichiara che il suo ginecologo non l'ha seguita con la dovuta diligenza e perizia, facendo tracciati, non facendoli, piuttosto che interpretandoli male, si tratta di questioni su cui non può che intervenire il medico legale e/o lo specialista del caso per capire se c'è stato un errore o una complicità che ha ingenerato accadimenti non connessi alla responsabilità professionale. L'attività medico-legale è finalizzata proprio a individuare lo scrimine tra i casi in cui ad un sanitario o una struttura possano essere imputate condotte imperite, imprudenti o negligenti, rispetto a quelli in cui vi sia un accadimento non prevedibile ma teoricamente possibile, ovvero la complicità.

Nel settore della responsabilità medica, insomma, la mediazione rischia di essere una scorciatoia inutile proprio per la natura del mediatore.

Il procedimento finalizzato alla conciliazione ha una durata massima in ogni caso non superiore a quattro mesi calcolati dal deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa e non è soggetto a sospensione feriale<sup>334</sup>.

Ai sensi dell'art. 11, co. 4, nel verbale "il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione" e, in virtù dell'art. 116, co. 2 c.p.c., nel caso in cui tale mancata partecipazione risulti senza

---

<sup>334</sup> Art. 6, co.1 e co. 2

giustificato motivo, il giudice potrà desumere argomenti di prova nel successivo giudizio.

Le disposizioni da ultimo richiamate perseguono l'evidente intento di favorire l'incontro delle parti innanzi al mediatore, in funzione dell'opera che lo stesso è chiamato istituzionalmente a svolgere, e rappresentano un deterrente nei limiti in cui non sia allegato un motivo che giustifichi la mancata partecipazione. La conseguenza paradossale è che, mentre la contumacia non produce alcuna conseguenza sull'esito del giudizio, nel corso della mediazione l'assenza della parte incide sulle valutazioni del Giudice: ne deriva il sospetto di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost. della normativa, che sembra incoerente con il dogma della neutralità della contumacia, oltre che estranea alla logica stessa dell'istituto della mediazione, contrattuale e pertanto rimesso, in linea di principio, alla libera volontà delle parti.

Inoltre la norma, in maniera discutibile, non dà espresso rilievo ai motivi che possono aver mosso la parte a non partecipare. Così, il giustificato motivo potrebbe anche consistere nella notevole distanza dell'organismo di conciliazione rispetto al luogo di residenza della parte convenuta, il che può ben accadere in assenza di criteri di competenza territoriale. Assenza, questa, voluta, come emerge dalla relazione illustrativa del decreto, per evitare complicazioni e rallentamenti dovuti a meccanismi di rilievo e decisione della questione di competenza innanzi al mediatore e al giudice. Il possibile *forum shopping* che ne deriva è da alcuni visto come meccanismo atto a favorire la concorrenza tra gli organismi in vista di una più efficiente e rapida gestione del procedimento di mediazione<sup>335</sup>.

Il mediatore (e chiunque opera all'interno dell'organismo di mediazione) è poi tenuto all'obbligo della riservatezza e non può essere chiamato a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione. Ciò è vero anche per il caso in cui il giudizio abbia solo parzialmente il medesimo oggetto del procedimento di mediazione. In aggiunta,

---

<sup>335</sup> Ad ogni modo si noti che l'art. 8, co. 5, contrasta con il dettato dell'art. 116, co. 2, c.p.c., il quale espressamente prevede che l'argomento di prova può essere dedotto dal giudice solo per il comportamento che la parte tenga nel processo e non per il comportamento che la parte tenga fuori di esso. Si veda sul tema SCARSELLI G., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, 147.

l'art. 11, co. 2 stabilisce che a tali dichiarazioni e informazioni non può, salvo diverso accordo delle parti, farsi riferimento alcuno nella proposta di conciliazione effettuata dal mediatore<sup>336</sup>.

La *ratio* delle norme in parola consiste nel favorire il raggiungimento della conciliazione, lasciando le parti libere di prendere posizione senza temere di “scoprirsi” troppo e definitivamente. Tuttavia, se questo divieto fosse inteso in senso rigoroso, in molti casi la proposta del mediatore non potrebbe essere motivata adeguatamente e si ridurrebbe a qualcosa di simile al dispositivo di una sentenza, nello stile che i comparatisti conoscono bene per essere quello storicamente invalso nell’esperienza francese, ove l’*attenda eque* la fa da padrone nei *dicta* giurisprudenziali. Occorre dunque interpretare restrittivamente questa norma alla luce di quanto dispone l’art. 10 comma 1, che espressamente fa riferimento alle dichiarazioni rese dalle parti e alle informazioni provenienti dalle parti; invece la possibilità che gli altri elementi acquisiti dal mediatore nel corso della sua istruttoria (documenti, accertamenti tecnici, ecc.) siano richiamati nella proposta che eventualmente decida di sottoporre alle parti, pare fondata.

Ove sia raggiunto l'accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale allega il testo dell'accordo. Se la mediazione ha per oggetto sinistri coperti dalla responsabilità civile professionale, il mediatore non ha l’obbligo di coinvolgere l’assicurazione; di conseguenza, il professionista medico che opti per l’accordo può vedersi costretto a rimborsare il danno in prima persona, ben potendo l’assicurazione rifiutarsi di riconoscerlo.

Anticipiamo fin da ora un punto assai critico dell’intero disegno legislativo: i rapporti correnti fra il congegno deflativo escogitato e l’assicurazione. Quando in una commissione conciliativa si concordi tra le parti contendenti il risarcimento dell’eventuale danno, come si comporteranno le assicurazioni? Pagheranno ugualmente il sinistro secondo quanto mediato? E se l’assicurazione non accetta quanto concordato, sarà il medico a dover risarcire di tasca propria il paziente? Nell’ipotesi in cui il *quantum* non sarà riconosciuto dall’assicurazione, c’è il

---

<sup>336</sup>Per quanto riguarda la responsabilità del mediatore che contravviene a tale dovere, deve ritenersi che essa debba essere fatta valere nei confronti dell’Organismo presso il quale il mediatore presta la sua opera e che sia l’Organismo stesso, in seconda battuta, a rivalersi internamente sul mediatore.

rischio concreto che tutto si ricominci da capo: l'assicurato non potrà quindi rischiare di accettare la mediazione e si dovrà comunque ricorrere alla giustizia ordinaria.

Ove, invece, l'accordo non venga raggiunto il mediatore *può formulare*, ovvero, in presenza della concorde richiesta delle parti, *formula* una “proposta di conciliazione”, dopo aver informato le parti stesse delle possibili conseguenze del loro rifiuto in ordine al pagamento delle spese di giudizio. Ai sensi dell'art. 11, co. 2, “le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata”.

Il verbale di accordo è soggetto, *ex art.* 12, primo comma, e su istanza di parte, all'omologazione con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Il presidente del tribunale dovrà limitarsi ad accertare che il contenuto dell'accordo non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative<sup>337</sup>.

Ove la proposta di accordo sia stata rifiutata e il provvedimento che definisce il successivo giudizio corrisponda “interamente” al contenuto di quella, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che l'ha rifiutata, riferibili al periodo successivo alla sua formulazione, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto (quindi la parte vincitrice paga il contributo unificato due volte).

Invece, quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può escludere, con provvedimento motivato, la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto eventualmente nominato ai sensi dell'art. 8, co. 4. La norma non convince, non comprendendosi la ragione per cui chi ha insistito, del tutto legittimamente, nella propria richiesta, debba essere

---

<sup>337</sup>Si noti che nelle controversie transfrontaliere il verbale dev'essere omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo troverà esecuzione. Si veda l'art. 2 della direttiva 2008/52/CE.

condannato, soltanto per questo motivo, al pagamento delle spese processuali<sup>338</sup>. L'art. 13 appare pertanto in contrasto non solo con l'art. 24 Cost. nella misura in cui considera la mancata accettazione della proposta fatto da punire; ma anche con l'art. 91 c.p.c, novellato dalla l. n. 96/2009, nella misura in cui il giudice può sì escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, ma solo nelle ipotesi in cui non sussistano giustificati motivi alla mancata accettazione della proposta di conciliazione, mentre nell'art. 13 tale inciso è assente<sup>339</sup>.

Ad ogni modo giova ribadire che “la mediazione ha successo nel momento in cui si trasforma una controversia giuridica in una controversia economica, adottando per la sua soluzione le tecniche, non del giudizio, ma della contrattazione, per giungere, non alla pronuncia di una sentenza, ma alla stipula di un contratto”<sup>340</sup>.

## II. 3.6 Il tentativo obbligatorio di conciliazione

Merita una trattazione separata, conformemente a quanto già anticipato, la questione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione che, in virtù del suo impatto, ha catalizzato le maggiori attenzioni della dottrina<sup>341</sup>. Essa è stata introdotta, per una panoplia di materie del contendere in ambito civile e

---

<sup>338</sup>Inoltre il regime delle spese processuali a danno della parte vittoriosa che abbia rifiutato la proposta di accordo suggerita dal mediatore non costituisce sicuramente un incentivo a ricorrere alla mediazione. Sarà infatti ben difficile che ricorra la fattispecie di cui all'art. 13 comma 1 d.lgs. n. 28 del 2010, cioè quella di una sentenza che corrisponda “interamente” al contenuto della proposta del mediatore. In tal senso CARNEVALI U., *La nuova mediazione civile, op. cit.*, 437.

<sup>339</sup>SCARSELLI G., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno, op. cit.*, 149.

<sup>340</sup>BOVE M., *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi, op. cit.*, 11.

<sup>341</sup>Sul tema dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione si veda ARMONE G., PORRECA P., *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28). La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro it*, 2010, V, 99; ROMOLOTTI T. E., *La mediazione obbligatoria, il capolinea dell'autonomia privata*, in *Dir. e pratica società*, 2010, 7, 11; ZINGALES I., *Mediazione obbligatoria e sistema di tutela giurisdizionale: riflessioni sulla costituzionalità del D.lgs. del 4 Marzo 2010 n. 28*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it); VALERINI F., *La mediazione obbligatoria sarà svolta presso organismi professionali ed indipendenti e da conciliatori neutrali ed imparziali*, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it)

commerciale, dall'art. 5 del D.lgs. n. 28/2010<sup>342</sup>; tra queste, lo sappiamo ormai, è stata fatta rientrare anche l'ipotesi di nostro interesse del risarcimento del danno nascente da responsabilità medica.

Deve premettersi che l'articolato normativo del D.lgs. n. 28/2010 disciplina quattro diverse specie di mediazione-conciliazione:

1. *Meramente facoltativa*; in questo caso sono le parti stesse che, per loro comune volontà, propongono istanza all'Organismo di mediazione con l'unico limite che la controversia verta su diritti disponibili<sup>343</sup>;
2. *Delegata dal giudice*; ciò accade nel caso in cui sia il giudice ad invitare le parti a ricorrere alla mediazione, e queste vi acconsentano<sup>344</sup>;
3. *Concordata*; ogniqualvolta il tentativo di mediazione è previsto come obbligatorio da un'apposita clausola predisposta consensualmente dalle parti nel contratto, nello statuto o nell'atto costitutivo<sup>345</sup>;
4. *Obbligatoria ex lege*<sup>346</sup>.

In queste ultime ipotesi, il previo esperimento del procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione costituisce requisito di procedibilità della domanda

---

<sup>342</sup>Il tentativo obbligatorio di mediazione dal 20 marzo 2011, ossia dopo dodici mesi dalla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 28/2010, interesserà, ai sensi di quanto previsto dall'art. 24 del medesimo decreto, tutti i processi iniziati dopo tale data e aventi a oggetto taluna delle materie in esso indicate.

<sup>343</sup>Art. 2

<sup>344</sup>L'art. 5, co. 2 dispone che il giudice «in qualunque momento» (del processo, anche in appello), ma prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ovvero, della discussione della causa, possa invitare le parti a procedere alla mediazione. Se le parti aderiscono all'invito, la causa è rinviata alla successiva udienza in attesa del completamento della procedura di mediazione. Grazie a tale disposizione viene ripreso il contenuto dell'art. 5 della direttiva europea del 21 maggio 2008, in virtù del quale «l'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili». È importante notare che dal mancato esperimento della mediazione precontenziosa cui faccia seguito la domanda giudiziaria, l'ordinamento non trae conseguenze impedienti l'esame della domanda, ma solo un rallentamento dell'iter processuale, dovendo il giudice invitare le parti che abbiano «aderito all'invito» ad espletarla.

<sup>345</sup>Art. 5, co. 5. Si noti che in questo caso, se il tentativo di mediazione non viene esperito, è sempre necessario che la controparte sollevi un'eccezione in tal senso, nel primo atto difensivo.

<sup>346</sup>Art. 5, co.1

giudiziale, atteggiandosi pertanto, nella sostanza, a condizione di accesso alla tutela giurisdizionale<sup>347</sup>. Detto altrimenti, ci si trova dinanzi a un caso di esercizio della funzione giurisdizionale subordinato all'esperimento di un procedimento non avente carattere né giurisdizionale né amministrativo.

L'improcedibilità è rilevabile su eccezione del convenuto, o anche d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Nel caso in cui venga rilevata *ex officio*, il giudice assegna contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione, rinviando la causa ad una successiva udienza<sup>348</sup>.

L'art. 60 della legge delega n. 69 non individuava le materie per le quali la mediazione andasse necessariamente esperita, non vincolando in alcun modo le scelte governative. La disposizione si limitava a prevedere che il procedimento di mediazione avesse genericamente a oggetto le «controversie su diritti disponibili»<sup>349</sup>. Tuttavia, nella smania di dover trovare una celere soluzione al più volte menzionato problema del carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari, il legislatore delegato ha pensato di assoggettare ad obbligatorietà il più ampio numero possibile di materie del contendere in ambito civile e commerciale e ciò sulla base di una pluralità di parametri e criteri selettivi che prestano il fianco a tutta una serie di critiche soprattutto in virtù della loro eterogeneità<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> Ai sensi di quanto previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, infatti, chiunque intenda esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in taluna delle suddette materie «è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto, ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate».

<sup>348</sup> L'udienza verrà fissata dopo la scadenza del termine di 4 mesi di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 28/2010 Diversamente dalla previsione dettata in materia lavoristica, il legislatore ha «preferito non prevedere la sospensione del processo, ma un suo semplice differimento, atteso lo sfavore che il legislatore degli ultimi anni rivolge verso l'istituto della sospensione» (come precisa la Relazione Illustrativa).

<sup>349</sup> Art. 60, co. 3, lett. a).

<sup>350</sup> Tale elencazione, secondo autorevole dottrina, sarebbe stata fatta "a casaccio", CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=2080>>

Tra i criteri selettivi ai quali il legislatore delegato è ricorso si ricordano: «il prolungarsi nel tempo del rapporto, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola

Il procedimento di mediazione, dunque, va obbligatoriamente esperito qualora le parti intendano esercitare l'azione relativa a una controversia in materia di<sup>351</sup>: a) condominio<sup>352</sup>; b) diritti reali; c) divisione; d) successioni ereditarie; e) patti di famiglia; f) locazione, comodato ed affitto di aziende; g) risarcimento del danno derivante da: g1) circolazione di veicoli e natanti<sup>353</sup>; g2) responsabilità medica; g3) diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità; h) contratti: h1) assicurativi; h2) bancari; h3) finanziari.

Restano espressamente esentate dall'obbligo di mediazione talune procedure giudiziarie<sup>354</sup>.

---

controversia», come avviene ad esempio, per il condominio, la locazione, il comodato e l'affitto d'azienda; la circostanza che nel rapporto siano coinvolti «soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale» (diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia); il fatto della sussistenza di rapporti particolarmente conflittuali, come in tema di responsabilità medica e di diffamazione a mezzo stampa; ed infine la sussistenza di alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che «conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso» che pure già conoscono esperienze di composizione bonaria del conflitto.

<sup>351</sup>Si riporta l'elencazione di cui all'Art. 5, co. 1, D.lgs. n. 28/2010.

<sup>352</sup>Per un primo commento in ordine alla mediazione in materia condominiale, si veda, CELESTE A., *Mediazione: condizione di procedibilità delle controversie condominiali*, in *Imm. dir.*, 2010, 3, 8 ss. Si noti che le commissioni Affari costituzionali e Bilancio del Senato hanno acconsentito al rinvio di un anno dell'entrata in vigore dell'obbligo di mediazione in materia di condominio e risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti.

<sup>353</sup>Tra le materie oggetto di mediazione, rispetto allo schema di decreto approvato dal C.d.M. nella seduta del 28 ottobre 2009, nella versione definitiva del decreto attuativo il Governo ha introdotto la materia del «risarcimento dei danni derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti», così accogliendo il suggerimento formulato univocamente dalla Commissione Giustizia della Camera in data 20 gennaio 2010 e della Commissione Giustizia del Senato in data 27 gennaio 2010. L'entrata in vigore dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione è stata tuttavia rinviata al marzo 2012, probabilmente in accolta delle istanze delle Compagnie Assicuratrici che temevano che il mercato non sarebbe stato pronto a fronteggiare l'ingente mole di domande di mediazione che sarebbero seguite.

<sup>354</sup>L'art. 5, co. 4, del D.lgs. n. 28/2010 esclude dalla mediazione i seguenti procedimenti: i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c.; i procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703 comma 3 c.p.c.; i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; i procedimenti in camera di consiglio; come pure l'azione civile esercitata nel processo penale. Anche in tal caso ben potrebbero porsi dei problemi di delimitazione delle categorie indicate dal legislatore, come già accaduto, a titolo esemplificativo, per il significato da attribuire all'espressione «provvedimenti urgenti e cautelari». Vi sono,

In dottrina, da più parti, è stato rilevato come l'interprete, dinanzi all'ampiezza della previsione normativa dell'art. 5, co. 1, non possa non vacillare, avvertendo un notevole senso di spaesamento<sup>355</sup>.

“Si tratta di un insieme di tematiche di grande rilievo per le quali ci si chiede quanto sia stato opportuno che la fino ad oggi dimostrata incapacità di fornire risposte in tempi ragionevoli attraverso gli strumenti a ciò destinati dalla Costituzione, giustifichi il ricorso ad un istituto che, naturalmente, non mira al pieno riconoscimento delle ragioni e dei torti, ma a un esito concordato e non incentrato sull'individuazione del soggetto responsabile”<sup>356</sup>.

Si noti che, rispetto alle altre fattispecie di responsabilità, quella medica è più difficile da dimostrare poiché, com'è già stato rilevato, il paziente deve, a suo esclusivo onere, provare il nesso di causalità tra la condotta del professionista e l'evento dannoso con tutte le difficoltà connesse all'accesso all'informazione.

L'obbligatorietà del tentativo di mediazione, così come disciplinata dal legislatore delegato, ha sollevato aspre perplessità anche negli ambienti professionali<sup>357</sup>. In particolare, non si comprendono tuttora i motivi per cui la parte che ritenga di avere pienamente ragione debba necessariamente sottoporsi a una procedura di mediazione e vedersi costretta ad accettare oppure rifiutare una proposta di conciliazione, in contrasto, peraltro, con le stesse direttive europee, e per alcuni

---

inoltre, talune «attività» di assoluto rilievo, sotto il profilo della effettività della tutela giurisdizionale, che possono comunque compiersi in pendenza del procedimento di mediazione o ancor prima della instaurazione dello stesso. È il caso, a quest'ultimo proposito, della possibilità:

- 1) di procedere alla trascrizione della domanda giudiziale;
- 2) di richiedere e ottenere «la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari».

Risulta, insomma, chiaro l'intento del legislatore di salvaguardare, anche in tal modo, la legittimità costituzionale della nuova figura di mediazione obbligatoria introdotta alla luce dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale.

<sup>355</sup> PROTO PISANI A., *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 144; CONSOLO C., *La improcrastinabile riforma della Legge-Pinto*, in *Corriere Giur.*, 2010, 431.

<sup>356</sup> VECCHIO, *Speciale conciliazione*, cit.

<sup>357</sup> In seguito si darà brevemente conto dello stato di agitazione dell'avvocatura rappresentata dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana – Oua, nonché del Consiglio Nazionale Forense- CNF.

autori anche con l'art. 24 Cost. che sancisce, quale principio generale per il nostro ordinamento, quello dell'agevole accesso al giudice<sup>358</sup>.

A tal proposito, si è fatto notare come la Direttiva Europea del 2008 n. 52, all'art. 5, co. 2, disponga che:

“La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”.

Se, dunque, in relazione all'obbligatorietà del previo esperimento di un tentativo di conciliazione non sussistono problemi di alcuna sorta, ciò che lascia sconcertati è la natura della sanzione imposta dal nostro legislatore per l'ipotesi in cui non si adempia tale onere, vale a dire quella dell'improcedibilità. Da molti essa è percepita, infatti, quale strumento atto a impedire alle parti di esercitare liberamente il diritto di accesso al sistema giudiziario andando così a collidere con il disposto dell'art 5 della Direttiva Comunitaria richiamato sopra.

Anche la presunta illegittimità *ex art. 24 Cost.*, verrebbe fondata sulla tesi per cui la condizione di procedibilità impedirebbe ai singoli la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. A ciò si aggiunga che l'art. 60 della legge delega n. 69/2009, richiamando la Direttiva comunitaria 52/2008/CE, imponeva di “prevedere che la mediazione finalizzata alla conciliazione” fosse realizzata “senza precludere l'accesso alla giustizia”. *Expressis verbis*, quindi, la legge delega vietava che lo svolgimento della mediazione costituisse condizione necessaria a ottenere la tutela giurisdizionale. Da ciò, non può che desumersi una violazione dell'art. 77 Cost. per eccesso di delega. Tuttavia, l'aver configurato l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità e

---

<sup>358</sup> È bene riportarne il testo in omaggio al suo significato inquequivocabile, consapevoli che la materia che ci occupa offre più di un motivo per assumere che la norma sia stata violata. Art. 24, co.1, Cost.: “Tutti possono agire in *giudizio* per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”.

non di proponibilità della domanda giudiziale, consente *forse* di superare il dubbio di legittimità<sup>359</sup>.

La Consulta stessa, che più volte è stata chiamata a sindacare la legittimità di forme preventive di filtro per l'accesso alla giurisdizione, ne ha escluso la contrarietà al dettato costituzionale purché la “sanzione” da applicare nei confronti della domanda giudiziaria proposta in assenza del “filtro” preventivo fosse, per l'appunto, quella della mera improcedibilità, e non quella della assoluta improponibilità della domanda<sup>360</sup>. Recentemente, però, la Corte Costituzionale è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sul delicato tema in questione.

Il Tar Lazio, infatti, su ricorso promosso, tra gli altri, dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (OUI), ha disposto, con ordinanza del 12 aprile 2011, l'immediato rinvio alla Suprema Corte del regolamento sulla mediazione obbligatoria, sollevando dubbi sulla legittimità costituzionale del D.lgs. n. 28 del 2010, che istituisce la mediazione finalizzata alla conciliazione<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> Si veda, in senso contrario, Corte Cost. 8 Ottobre 2010, n. 293 laddove si afferma l'illegittimità per eccesso di delega dell'art. 43 DPR n. 327/2001 in tema di acquisizione sanante, in *Foro it.*, 2010, I, 3237

<sup>360</sup> La Corte Costituzionale ha affermato che a differenza del mancato avveramento, entro termini perentori eventualmente previsti, di una condizione di proponibilità della domanda che “comporta la decadenza dell'azione giudiziaria” ed impone l'immediata chiusura in rito del processo, il mancato avveramento della condizione di procedibilità costituita dall'esperimento della procedura di mediazione determina, invero, solo un arresto temporaneo del processo in attesa del compimento dell'attività richiesta la garanzia del diritto di azione tollera dilazioni temporali al suo esercizio, in vista della salvaguardia di interessi generali, come l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari; Corte cost., 18 gennaio 1991, n. 15, in *Foro it.*, 1991, I, 363. Si vedano poi, Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, 2752.; Corte Cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, I, 1023 con nota di COSTANTINO G.; Corte Cost., 19 dicembre 2006, n. 436, in *Giur. Costit.*, 2006, 4453. In dottrina ANDOLINA I., VIGNERA G., *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, 71 ss.; LUISO F. P., *Istituzioni di Diritto processuale civile*, Torino, 2009, 23 ss.

<sup>361</sup> Il CNF ha accolto con soddisfazione l'ordinanza con la quale il TAR Lazio ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità di alcune norme del D.lgs. n. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione. Il presidente Guido Alpa ha commentato la notizia dichiarando: “E' una decisione di notevole importanza, che conferma i dubbi da noi sollevati” e ricordando, inoltre, che “com'è noto, il CNF ha sempre espresso riserve non sulla mediazione in quanto tale, ma sul modello di mediazione scelto dal legislatore delegato. Un conto è la mediazione scelta volontariamente dalle parti, altro conto l'obbligo di effettuare il tentativo”. Il Consiglio Nazionale Forense sta predisponendo un testo di revisione della normativa, per renderlo compatibile con le esigenze di giustizia dei cittadini e con quanto da tempo l'Avvocatura

Il Tar Lazio si è pronunciato, in via interlocutoria, nei seguenti termini:

“Non è manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l’obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l’esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d’ufficio dal giudice) [...]”<sup>362</sup>.

L’Ordinanza in parola porta nuovo scompiglio in un contesto in cui i “toni da stadio” erano stati apparentemente placati da una recente consonanza tra i criteri utilizzati dalla Corte Europea di giustizia e le linee-guida dettate dalla nostra Corte Costituzionale in relazione alla legittimità di forme di conciliazione obbligatoria. Come la Corte europea, anche la Consulta ha affermato che il diritto di adire il giudice di cui all’art. 24 Cost. non implica l’assoluta immediatezza dell’esercizio del diritto di azione, «ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali con le dilazioni conseguenti»<sup>363</sup>.

In particolare la Corte di giustizia dell’Unione Europea, come si è anticipato nei paragrafi precedenti, si era pronunciata sulla compatibilità tra procedure obbligatorie di mediazione e diritto all’effettività della tutela giurisdizionale proprio in relazione ad un procedimento obbligatorio di conciliazione italiano,

---

va sostenendo, nell’ambito dei suoi compiti istituzionali. Il comunicato stampa del 12 Aprile 2011 è consultabile al sito <[www.altalex.com/index.php?idnot=13918](http://www.altalex.com/index.php?idnot=13918)>

<sup>362</sup> TAR Lazio-Roma, sez. I, ordinanza 12 Aprile 2011 n. 3202, in *Mass. It.*, 2011, 15.

<sup>363</sup> Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 276, *cit. supra*. Questi interessi generali verrebbero ravvisati dalla Suprema Corte nazionale nell’alleggerimento della mole di lavoro gravante sulla magistratura e nella composizione in tempi rapidi delle liti. Anche la Corte Europea di giustizia ha affermato che l’imposizione del tentativo di conciliazione risponde a interessi generali quali quelli di una risoluzione delle liti in modo spedito e meno oneroso rispetto al processo davanti al giudice, e dell’alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari. Addirittura, la Corte Europea ha dichiarato che non sussiste una scelta alternativa alla predisposizione di una procedura obbligatoria, «dato che l’introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace» per il raggiungimento degli obiettivi generali sopra ricordati. Sul tema BESSO C., *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all’effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 2010, 12.

ossia quello imposto, nel settore delle telecomunicazioni, dal regolamento dell'Autorità garante per le comunicazioni<sup>364</sup>.

Nel caso di specie la Corte europea ha verificato se la costruzione del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità del giudizio presentasse dei profili di contrasto con il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, diritto che, com'è stato ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere effettivo<sup>365</sup>.

Sebbene la normativa italiana in esame imponesse al consumatore una “tappa supplementare” per l'accesso al giudice, essa è stata ritenuta rispettosa del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In conclusione, se è vero che la Corte Europea di giustizia e la Consulta hanno salvato fino ad ora la legittimità costituzionale dei tentativi obbligatori di conciliazione, è anche vero che con imposizioni di questo tipo si dimentica quanto sostenuto con forza in seno alla dottrina: un percorso di mediazione può avere possibilità di riuscita solo se le parti scelgono liberamente di intraprenderlo in quanto intendono addivenire ad una possibile conciliazione della controversia<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> Corte di Giustizia, 18 Marzo 2010, n. 317, 42 e ss., Alassini et alii c. Telecom Italia c. Wind, in *leggi d'italia*.

La rimessione della questione pregiudiziale alla Corte europea è avvenuta ad opera di un giudice di pace di Ischia che, a fronte dell'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata da Telecom e Wind in quattro controversie che le vedevano chiamate in causa da utenti che lamentavano il loro inadempimento, ha chiesto alla Corte europea di giustizia di verificare la compatibilità con la normativa comunitaria della prescrizione che appunto subordina la procedibilità della domanda giudiziale al preventivo esperimento del tentativo di conciliazione.

<sup>365</sup> Ai sensi dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice».

<sup>366</sup> Si noti che G. Pisanelli nella sua Relazione al Libro I del Codice di procedura civile del 1865 osservava: “la conciliazione delle parti è un'idea che ha molte attrattive, ma conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in una vana formalità”, PISANELLI G., *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, in Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865. PICARDI N., GIULIANI A. (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004, 5.

Ora, non resta che attendere la nuova pronuncia della Corte Costituzionale sulle questioni di legittimità da ultimo sollevate dal Tar Lazio in relazione allo strumento di mediazione specificamente contemplato dal D.lgs. n. 28/2010.

## CONCLUSIONI

### CONCILIARE LA RESPONSABILITÀ MEDICA, OGGI

*“Chi vuole sul serio qualcosa trova  
una strada, gli altri una scusa”*

[Proverbio africano]

Siamo ormai giunti all’epilogo di questo lavoro.

Quella che si avverte è la necessità di “tirare le fila” del ragionamento portato avanti finora, per ricomporre armonicamente i pezzi del *puzzle* che è andato formandosi.

Il contenzioso per responsabilità medica è un problema serio e percepibile da tutti. Esso rappresenta l’assunto dal quale ha tratto le mosse il nostro ragionamento; un denominatore comune che ha avvicinato l’Italia ad altri ordinamenti del vecchio Continente, ma anche extra-europei. Tuttavia, pur partendo dalla stessa origine (l’aumento esponenziale delle dispute in materia di responsabilità sanitaria), non si è arrivati tutti al medesimo punto d’approdo. La comparazione ci ha permesso di dimostrare effettivamente questo dato.

Quel che si è cercato di mettere in luce è che laddove alcuni ordinamenti giuridici si sono preoccupati di risolvere i problemi connessi al dilagare del contenzioso medico e alla crescente insoddisfazione dei pazienti mediante l’adozione di soluzioni “specializzate”, nel consapevole tentativo di voler curare, se mi è concesso il paragone, la causa di una patologia alquanto invalidante, ecco che il nostro Paese ha prediletto la strada “generalista”, limitandosi ad attenuare (o meglio: sperando di poterlo fare) la sintomatologia della stessa. E’ difficile resistere alla tentazione di ritenere che si tratti di un cerotto malfermo e che il proverbio africano richiamato in epigrafe non sia purtroppo solo un imbellettamento del testo, ma la cifra finale del giudizio scientifico che può darsi sulla riforma intrapresa dal legislatore italiano nel 2010.

Non vi è stato, insomma, un approccio incisivo del nostro legislatore in materia di responsabilità medica come pure – lo abbiamo visto - si auspicava da anni da tutte le parti sociali coinvolte: medici, avvocati, amministratori della sanità, pazienti e

consumatori. Alla maggiore soddisfazione di chi riceve le cure e alla migliore gestione della realtà sanitaria si è preferito giustapporre la necessità di deflazionare, l'ormai mitico (nel vero senso della parola), carico di lavoro degli uffici giudiziari<sup>367</sup>.

Non solo: con l'introduzione della procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione, di cui al D.lgs. n. 28/2010, si è altresì voluto perseguire a costo zero per il governo una politica "anti-disoccupazione" intellettuale. In anni come quelli in cui viviamo, caratterizzati da una forte crisi, tra le altre, del mercato del lavoro, l'approdo della mediazione finalizzata alla conciliazione offre nuove opportunità professionali. Basti pensare all'ingente numero di organismi che attualmente risulta iscritto al Registro istituito presso il Ministero della giustizia e ai soggetti in essi operanti, i mediatori, che devono aver frequentato dei corsi di formazione a loro volta condotti da formatori esperti<sup>368</sup>. Si assiste, insomma, alla nascita di nuovi posti di lavoro e opportunità di profitto per persone che, teoricamente, dovrebbero essere dotate d'istruzione superiore e spesso di elevata professionalità. Tuttavia, quelle di cui stiamo parlando sono opportunità evanescenti per il semplice fatto di essere state create e "mantenute in vita" da una previsione normativa esposta a numerosi attacchi, soprattutto da parte degli esercenti la professione forense, che facilmente, nel caso in cui non produca il risultato sperato, potrà essere emendata o peggio ancora abrogata.

A tal proposito, si condivide l'opinione di un autorevole esponente della dottrina secondo il quale:

“Questo stato delle cose, che instaura un circolo economico virtuoso anche nell'editoria –sono decine i testi in materia offerti sul mercato ogni anno, naturalmente americani nella stragrande maggioranza- ci consente di constatare come nel mondo globalizzato il diritto, grazie alla sua importanza nel mondo dei servizi, diventa una merce come le altre, oggetto di esportazione e di concorrenza. I meccanismi di ADR sono un esempio eminente. A prescindere dai libri, vediamo famosi mediatori nordamericani, spesso giudici in pensione delle

---

<sup>367</sup> Tuttavia, se può essere comprensibile lo scopo deflattivo che giustifica il riferimento alle controversie sulla responsabilità da circolazione di autoveicoli, meno comprensibile è il riferimento alle altre ipotesi elencate dal primo comma dell'art. 5, D.lgs n. 28/2010.

<sup>368</sup> In Tema di formazione degli aspiranti mediatori si veda THIELLA P., *Mediazione: arriva il decreto di attuazione e l'istituto si prepara al debutto definitivo (commento a d.m. giustizia 18 ottobre 2010, n. 180)*, in Guida al diritto, 2010, 46, 67.

giurisdizioni superiori, varcare da qualche anno l'Atlantico e percorrere in lungo e in largo l'Europa ospiti di convegni o consulenti profumatamente pagati per diffondere le complesse metodologie ritenute indispensabili per gli appartenenti ad organi di conciliazione, allo scopo di acquistare una buona professionalità grazie all'addestramento impartito”<sup>369</sup>.

Ma gli intenti meramente deflativi che auspicano di sottrarre alla magistratura un'ampia porzione di contenzioso e quelli atti a creare nuove opportunità di lavoro che facciano fronte allo spettro della disoccupazione, non hanno nulla a che vedere con la specifica e delicata problematica della responsabilità medica.

Facciamo un passo indietro.

La prima parte di questo lavoro ha mostrato la recente evoluzione giurisprudenziale in tema di *malpractice* medica. È emersa una crescente severità dei giudizi dei tribunali nei confronti delle strutture sanitarie e dei professionisti in esse operanti che ha travolto il previgente regime di privilegio della classe medica, lasciando il passo a un marcato favoritismo nei confronti del paziente<sup>370</sup>.

Lo testimonia la lettura restrittiva del concetto di “speciale difficoltà” di cui all'art. 2236; l'espressa affermazione della tesi del “contatto sociale” in virtù della quale la responsabilità del professionista medico, per fatti accaduti durante la prestazione della sua attività professionale, è sempre di natura contrattuale; l'adozione del criterio valutativo del danno, di matrice francese, della perdita di *chances* e il superamento della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato per cui il medico è sempre tenuto a ricorrere alle energie e ai mezzi che sono obiettivamente indispensabili per adempiere la prestazione dovuta.

Tuttavia, com'è stato rilevato in precedenza, ciò che testimonia in misura ancora maggiore le recenti tendenze “vittimofile” della giurisprudenza, è l'inversione dell'onere probatorio che consacra il principio della “vicinanza della prova”. Giova ribadirlo: l'onere probatorio è assegnato al soggetto che meglio è in grado

---

<sup>369</sup> CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge .69/2009, op. cit.*

<sup>370</sup> Si deve rendere conto però del fatto che, mentre gli orientamenti della sezione civile della Suprema Corte, per soddisfare l'esigenza di ristorare un danno, sono diventati sempre più favorevoli ai pazienti, quelli della Cassazione penale sono più garantisti nei confronti dei professionisti, e ciò a causa del diverso baricentro del diritto penale, che deve tutelare necessariamente i diritti inviolabili della persona, *in primis*, quello alla libertà personale.

di assolverlo. È quindi il medico stesso che, possedendo le competenze tecniche necessarie per argomentare e sostenere il corretto adempimento della prestazione medica, sarà gravato in giudizio dall'onere di provare di aver eseguito esattamente la prestazione, ovvero che l'inadempimento derivi da causa a lui non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.

A ciò si aggiunga che, ai fini accertativi del nesso di causalità tra la condotta del medico e il danno subito dal paziente, vale la regola del "più probabile che non", sicuramente molto meno stringente rispetto a quella fondata sul criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" adottato in sede penale.

L'ago della bilancia, insomma, si è ora assestato in una posizione di netto sfavore per la classe medica.

È dunque assolutamente necessario, per spogliare il sanitario da ogni forma di responsabilità civile attribuitagli in via presuntiva, e per evitare la dispersione di elementi di prova rilevanti ai fini del giudizio, definire celermente il quadro probatorio così palesemente delicato in ambito medico.

In pochi altri settori del contenzioso civile la prova ha un'importanza centrale e decisiva come in quello della responsabilità sanitaria. Non ci si riferisce solo al problema della dimostrazione dell'*an debeatur* ma anche a quello della corretta determinazione del *quantum*. Occorre considerare, a tal proposito, che, a differenza di quanto accade nell'ambito degli incidenti stradali o delle liti di condominio, nelle fattispecie di responsabilità medica possono rivelarsi necessarie delle valutazioni particolarmente complesse sul piano dell'accertamento e della quantificazione del danno, difficilmente gestibili senza l'ausilio dei consulenti tecnici. È innegabile che nel caso della mediazione la procedura ne risulti appesantita, contrastando con l'intento originario del legislatore delegato di renderla snella e informale.

Torneremo più avanti a riflettere su questo punto.

Nel frattempo, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, così sensibili alle esigenze risarcitorie di chi lamenta di aver subito un danno nel ricevere le cure, non si capisce cosa dovrebbe spingere il paziente danneggiato a preferire una via stragiudiziale di risoluzione della controversia. Si è indotti a pensare che con l'inclusione delle controversie per responsabilità medica tra le

materie per cui l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità, il legislatore abbia in qualche modo voluto "tagliare la testa al toro".

Il D. lgs del 4 marzo 2010 n. 28 ha puntato sulla convenienza in termini economici e sulla maggiore celerità del procedimento di mediazione rispetto a quello giurisdizionale. In realtà, il primo aspetto può rivelarsi una "truffa" laddove si consideri che la parte vincitrice che abbia precedentemente rifiutato la proposta di conciliazione, è costretta, nel caso in cui la pronuncia giurisprudenziale coincida "interamente" con quella del mediatore, a rimborsare le spese sostenute dalla parte soccombente riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato<sup>371</sup>. Non si dimentichi, poi, che in questo caso il giudice esclude la parte vincitrice dalla possibilità di ripetere le spese sostenute. Il tutto con una finalità quasi punitiva per il cittadino che ha rifiutato un risarcimento offerto in sede di mediazione per poi vedersi riconoscere lo stesso importo da una sentenza civile, avendo quindi osato "scomodare" la giustizia ordinaria.

Inoltre, se è pur vero che le spese di avvio della mediazione ammontano a soli 40 euro da versarsi al deposito della domanda, quelle per l'intero procedimento sono determinate a scaglioni in base al valore della lite dichiarato dalla parte istante che, nei casi limite, può arrivare fino a oltre 9.000 euro. È agevole intuire che, poiché le vertenze mediche di regola hanno per oggetto richieste di risarcimento dei danni di elevato importo, i costi che gravano su ciascuna delle parti, seppur inferiori a quelli previsti per un giudizio ordinario, saranno comunque elevati; senza tener conto che qualora il valore della disputa non sia determinabile, l'importo di riferimento sarà deciso dal responsabile dell'organismo di mediazione, lasciando "il ricorrente" nell'incertezza di dover corrispondere una somma rilevante.

Tentando di formulare un esempio pratico, si pensi al caso di un soggetto che deve rivolgersi a un organismo di mediazione accreditato per richiedere un risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, per circa 500 mila

---

<sup>371</sup>Si fa riferimento al già richiamato art. 13 D.lgs. n. 28/2010. Non si nasconde un'ulteriore perplessità: quando potrà dirsi che una pronuncia giurisprudenziale corrisponde interamente alla proposta formulata in sede di mediazione?

euro; il costo della mediazione in questa ipotesi ammonta all'incirca a 4.000 euro, ai quali, tuttavia, vanno ad aggiungersi i costi richiesti per l'assistenza legale, atteso che difficilmente un cittadino potrebbe rinunciare alla presenza di un avvocato rischiando così di accettare condizioni di mediazione ben inferiori rispetto alle legittime pretese. Qualora la controparte decidesse di presenziare davanti al mediatore, dovrebbe innanzitutto sostenere analoga spesa da corrispondere all'organismo di mediazione, versando nel caso di specie ulteriori 4.000 euro (si tenga bene a mente che nell'ambito della giustizia ordinaria è inconcepibile che il convenuto debba anticipare dei costi solamente per difendersi). Ove le parti non dovessero raggiungere un accordo, tutte le spese sostenute resterebbero a carico delle stesse, che dovrebbero quindi finalmente instaurare il giudizio avanti al tribunale per ottenere una decisione della controversia.

Il secondo incentivo, quello di una più celere definizione del processo, è solo un abbaglio. Da più parti, infatti, è stato rilevato come il meccanismo della mediazione finalizzata alla conciliazione produrrà, con grande probabilità, un allungamento dei termini processuali di 4 mesi, e ciò soprattutto nei casi in cui la mediazione venga imposta alle parti, e non sia il frutto di una loro libera scelta. Si deve ricordare che il nostro Paese si trova da tempo sotto osservazione del Consiglio d'Europa per non saper garantire la durata ragionevole dei processi, voluta dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, oltre che dall'art. 111 della Costituzione. Questo fattore potrebbe implicare la malriuscita di numerosi tentativi di conciliazione se si pensa che:

“il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, si sente costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato”<sup>372</sup>.

Se può ritenersi verosimile che talvolta la lite insorta tra medico e paziente possa essere risolta con la semplice assistenza delle parti al momento della comunicazione tra loro (cosa che accadrà quasi esclusivamente laddove la disputa abbia ad oggetto futili motivi), nella stragrande maggioranza di casi il paziente

---

<sup>372</sup>CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge .69/2009, op. cit.*

danneggiato sarà fortemente interessato al solo riconoscimento di un equo indennizzo del danno patito per mano del professionista o della struttura sanitaria. Non paiono convincenti, dunque, tutte quelle teorie che vedono nelle forme stragiudiziali di risoluzione delle controversie un rimedio auspicabile per il contenzioso medico in virtù della maggiore empatia che in quella sede può essere (faticosamente) ricreata tra i litiganti; o per lo meno, le stesse non sembrano convincenti al di fuori dei casi in cui il paziente si trovi ad agire, più che per il risarcimento monetario, poiché animato da un intento *revanchista* nei confronti del medico che non lo aveva ascoltato e considerato, e che a fronte di una richiesta di chiarimenti si era trincerato dietro una posizione di difesa.

L'ascolto, la comprensione, l'empatia appunto, tra chi impartisce le cure e chi le riceve dovrebbero essere riservate e garantite in una fase del rapporto tra le parti in questione che precede di gran lunga quella contenziosa. Si allude al momento dell'erogazione della terapia e, ancor prima, della diagnosi. È in quella fase che il paziente è più fragile, spesso confuso e impaurito dalla figura del medico il quale, a sua volta, si trincerava spesso dietro atteggiamenti difensivistici considerando chi riceve le cure più come un caso clinico che come un uomo carico di speranze e legittime preoccupazioni. In dottrina c'è chi riporta il giudizio di autorevoli rappresentanti del corpo medico a detta dei quali qualche minuto in più durante la visita o prima di un intervento potrebbe risultare determinante per ridurre la conflittualità<sup>373</sup>.

Una procedura conciliativa alternativa al giudizio ordinario che si fondi sul maggiore ascolto delle parti e sulla possibilità di essere guidate da un soggetto terzo neutrale alla scoperta di un punto d'incontro tra le rispettive posizioni, pare più consona ai rapporti familiari che a quelli intercorrenti tra camici bianchi e pazienti.

Si ribadisce e si specifica meglio quanto accennato poco fa: in tutti quei casi in cui un individuo abbia subito una lesione al bene giuridico "salute", questo sarà

---

<sup>373</sup>“Basti pensare che secondo studi recenti, grazie alle tecnologie introdotte nel mondo della medicina, il tempo medio di una visita è di 10-12 minuti; basterebbe portarlo a 15-18 minuti per far sentire il paziente più ascoltato e meno solo con la propria malattia”, CAROLI E. M., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione tra medico e paziente*, in <[www.mondoadr.it/cms/?p=2981](http://www.mondoadr.it/cms/?p=2981)>.

primariamente interessato al riconoscimento, in termini economici, di ciò che egli percepisce come assolutamente dovutogli: la salute è uno dei beni più importanti per l'uomo che trova riconoscimento anche a livello costituzionale; la sua menomazione non può non essere correttamente indennizzata, a maggior ragione se un colpevole è stato identificato.

Quello che si teme, e che probabilmente accadrà, è che un medesimo danno sia quantificato in misura diversa a seconda dell'organismo adito. Ma, se non è dato riscontrare particolari problemi nell'ipotesi in cui la parte accetti l'accordo raggiunto in sede conciliativa, lo stesso non può dirsi per l'ipotesi in cui, rifiutandolo, questa intenda adire la via giurisdizionale. Ancora una volta il paziente danneggiato potrà essere risarcito in misura differente a seconda della specifica tabella di riferimento per la quantificazione del danno alla quale il tribunale ricorra nel caso di specie.

Questo non accade in Francia dove la *loi Kouchner* ha previsto la creazione d'un "barème national d'indemnisation" al fine di evitare concretamente che:

*“le prix d'un bras amputé soit le double à Bordeaux par rapport à Lille”.*

Un *barème national* per la quantificazione del danno è stato adottato dal Consiglio di Amministrazione dell'ONIAM il 25 Gennaio 2005 e modificato poi il 13 febbraio 2008 proprio per evitare qualsiasi disparità nei criteri di quantificazione del danno presso le varie C.R.C.I.

L'ONIAM è così l'unico ente che, in Francia, si preoccupa di quantificare, secondo criteri omogenei, i danni che poi lo stesso dovrà indennizzare in virtù del meccanismo della solidarietà nazionale<sup>374</sup>.

A chi scrive sembra condivisibile la proposta presentata dall'associazione A.M.A.M.I. (Associazione per i Medici Accusati di *Malpractice* Ingiustamente) alla Commissione Igiene e Sanità del Senato che prevede l'istituzione di apposite Commissioni Conciliative provinciali (meglio ancora se regionali) addette a raccogliere tutte le richieste di risarcimento danni presentate dai cittadini e a

---

<sup>374</sup>Per un approfondimento sul "Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM" si veda <<http://oniam.fr/IMG/referentiels/referentielam.pdf>>

seguirne l'iter fino alla conclusione, svolgendo anche la funzione di Osservatorio dell'errore e del contenzioso paziente-medico su base provinciale. Anche nel nostro Paese sembra, poi, assolutamente necessario istituire una tabella che, su scala nazionale, funga da riferimento nella quantificazione dei danni medici e la cui applicazione sia riservata ad un organismo istituito secondo il modello francese dell'ONIAM.

La comparazione con il caso francese ci permette di mettere in luce anche altre debolezze del nuovo sistema di conciliazione previsto dal D.lgs. n. 28/2010 che non sono di secondaria importanza.

Si è detto che in Francia il legislatore, seguendo gli orientamenti da ultimo adottati dalla *jurisprudence*, ha accolto le istanze delle vittime di errori medici istituendo un peculiare modello di solidarietà nazionale in virtù del quale l'alea terapeutica non ricade più esclusivamente sulle loro spalle. Una previsione di tale portata, accanto a quella che dispone l'obbligo di assicurazione in capo a tutti coloro che a vario titolo operano nell'ambito sanitario, con le caratteristiche di cui si è già detto, ha permesso alla classe medica di esercitare la professione con maggiore serenità, evitando che la stessa ricorresse a quegli atteggiamenti difensivi che sono propri dei modelli come il nostro, in cui, in sede civile, la responsabilità del medico è presupposta fino a prova contraria dal momento in cui viene accertato il nesso di causalità tra l'accaduto e la condotta del professionista. Lo Stato francese non ha abbandonato i soggetti rimasti offesi dalle "bizzate" della medicina; si è accollato una vera e propria responsabilità etica per gli incidenti medici non imputabili ad alcuno e sarebbe auspicabile che tale responsabilità venisse assunta anche dal nostro Paese nel quale, si ricorda, sono assolutamente eccezionali le ipotesi in cui il paziente, vittima del caso, possa essere risarcito del danno patito<sup>375</sup>.

Ma le differenze non si limitano a questi profili.

Il meccanismo facoltativo di composizione amichevole della lite che il legislatore d'oltralpe ha ideato e regolamentato si presenta agli occhi dello studioso in tutta la sua "specializzazione". La riforma introdotta dalla *Loi Kouchner* e dalla *loi About*

---

<sup>375</sup>Si richiama la Legge 210 del 25 febbraio 1992 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati).

ha un obiettivo ben preciso: quello di facilitare e accelerare le procedure di indennizzo ingenerando, anzitutto, una maggiore soddisfazione nei soggetti danneggiati, ma anche una migliore gestione, su scala nazionale, del problema della responsabilità medica.

Gli organismi conciliativi francesi prevedono la contestuale presenza di tutte le figure che vengono coinvolte nella complessa vicenda che ha alla base l'accadimento di un errore diagnostico/terapeutico: dagli utenti del sistema sanitario, agli assicuratori, coinvolgendo anche medici ed esponenti del mondo giuridico.

L'istituzione di una Commissione nazionale che certifichi la competenza e l'indipendenza degli esperti in *accidens medicaux*, disponendone l'iscrizione in un'apposita lista, dimostra poi l'attenzione che il *legislateur* riserva alla perizia e affidabilità dei professionisti medici chiamati a esaminare in via stragiudiziale il caso concreto.

Non può certo dirsi che, attualmente, l'elenco dei formatori e il Registro degli Organismi di mediazione istituiti nel nostro ordinamento con D.M. n. 180/2010 sortiscano gli stessi risultati. La vigilanza sul Registro è esercitata dal Ministero della giustizia e, per gli affari in materia di consumo, anche dal Ministero dello sviluppo economico<sup>376</sup>. Questo controllo è canalizzato verso una serie di requisiti oggettivi, principalmente di tipo economico, mentre i profili soggettivi trovano ora un'oscura forma di specificazione attraverso il rinvio di conformità a quelli già previsti dall'art. 13 D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58377. La differenza rispetto

---

<sup>376</sup>Si veda l'art.16, co. 4 del D.lgs. n. 28/2010.

<sup>377</sup>Nota anche come testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.), l'art. 13 del quale (anche ai sensi degli artt. 8 e 21 l. 6 febbraio 1996, n. 52), dispone: «Requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali: 1. I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, società di gestione del risparmio, SICAV devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza stabiliti dal Ministro dell'economia e delle finanze, con regolamento adottato sentite la Banca d'Italia e la CONSOB. 2. Il difetto dei requisiti determina la decadenza dalla carica. Essa è dichiarata dal consiglio di amministrazione, dal consiglio di sorveglianza o dal consiglio di gestione entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto sopravvenuto. 3. In caso di inerzia, la decadenza è pronunciata dalla Banca d'Italia o dalla CONSOB. 3-bis. Nel caso di difetto dei requisiti di indipendenza stabiliti dal codice civile o dallo statuto si applicano i commi 2 e 3. 4. Il regolamento previsto dal comma 1 stabilisce le cause che comportano la

all'attività e alla composizione della sopra richiamata *Commission nationale des accidents médicaux* che, si ricorda, vanta tra i suoi membri esponenti dell'ambito medico, rappresentanti degli utenti del sistema sanitario, nonché altre personalità altamente qualificate, è più che palese; del resto, la scelta attuata dal nostro legislatore si pone in linea con il progetto generalista di riforma che vuole la mediazione finalizzata alla conciliazione quale strumento idoneo a dirimere in via extra-giudiziale il maggior numero possibile di controversie.

Gli organismi di mediazione saranno un *melting pot* di enti pubblici e privati che diano generiche garanzie di serietà ed efficienza e che rispettino i già ricordati requisiti richiesti dal D.M. n. 180/2010.

In seguito a tali riflessioni parrebbe pertanto auspicabile che il legislatore introduca norme specifiche per la selezione dei mediatori, anziché riservarle ai regolamenti dei singoli organismi accreditati, e che la preparazione di ciascuno di essi sia differenziata a seconda dell'ambito di operatività; e ciò, nonostante le varie scuole e società di mediazione che stanno sorgendo. Tale necessità, si ribadisce, è in particolar modo ravvisabile nell'ambito della responsabilità medica proprio per le peculiarità, sopra descritte, della fattispecie. Parte lesa, medico, struttura sanitaria, assicurazione: quando al centro del conflitto c'è la prestazione sanitaria servono competenze specifiche e capacità di gestione *multitask*, assai più che in molte altre materie potenzialmente oggetto di vertenza.

Fino ad ora sono state riportate una serie di riflessioni e considerazioni fondate sul raffronto dell'esperienza francese con il testo normativo del D.lgs. n. 28/2010 e del decreto ministeriale n. 180 che ne ha dato attuazione. Per il resoconto effettivo circa il successo che lo strumento finalizzato alla conciliazione introdotto dal nostro legislatore riscuoterà, o meno, non resta che attendere la concreta applicazione dello stesso.

Tuttavia, nonostante sia stato tracciato un quadro nel complesso molto critico nei confronti della nuova mediazione applicata alla responsabilità medica, mettendo in luce soprattutto le cose che non vanno, vuole lasciarsi qualche margine di speranza di una riuscita dello stesso: tutto dipenderà dal concreto organizzarsi e

---

sospensione temporanea dalla carica e la sua durata. La sospensione è dichiarata con le modalità indicate nei commi 2 e 3.».

operare dei singoli organismi di mediazione. Dovremo capire e valutare in corso d'opera l'impatto effettivo che questo nuovo meccanismo avrà sul rapporto tra cittadino e professionista medico.

Il successo riscosso dal *Progetto Accordia* sperimentato presso l'Ordine dei medici e degli odontoiatri di Roma, e quello della Commissione di Conciliazione istituita nella provincia di Bolzano, lascia sperare che, qualora i singoli organismi di mediazione accreditati ne seguano l'esempio, forse ci sarà qualche probabilità di successo dello strumento conciliativo, anche in ambito medico.

In caso contrario, soprattutto per la natura del mediatore, l'obbligatorietà del tentativo di mediazione e per l'assenza nel nostro Paese di un'istituzione che, come l'ONIAM, garantisca l'uniformità dei criteri di valutazione e quantificazione dei danni medici, la mediazione finalizzata alla conciliazione è, a detta di chi scrive, destinata ad incontrare uno scarso successo se non addirittura a fallire. Il rischio è che passi l'idea che è un sistema facile e poco costoso per fare causa al sanitario di turno e che si intraprenda questa strada anche quando non ci sono le condizioni per farlo.

Per supportare la speranza da ultimo richiamata, e per concludere, si riporta il fatto che di recente alcune associazioni, tra le quali l'Associazione multidisciplinare Melchiorre Gioia, hanno deciso di dotarsi di un organismo di mediazione specializzato, in grado di rispondere alle complesse e specifiche esigenze che caratterizzano la mediazione relativa a controversie in materia di responsabilità medica. Alle attività scientifiche partecipano medici legali, avvocati, giudici e giuristi che lavorano nel campo del risarcimento del danno alla persona da illecito civile e penale, nonché nel settore dei profili assicurativi a essi collegati.

“Appena approdato nelle liste degli accreditati presso il ministero della Giustizia, «Mg Mediation» si propone sul palcoscenico della mediazione come il primo organismo di mediazione in Italia specializzato in controversie relative al danno alla persona e contratti assicurativi. L'attività viene svolta a livello nazionale. Per una precisa scelta di campo «Mg Mediation» ha deciso di avere tra i propri mediatori solo avvocati e medici-legali che oltre a corso base previsto dal Dm 180/2010 hanno seguito un modulo specialistico aggiuntivo, relativo ai profili di responsabilità sanitaria, valutazione del danno alla persona e problematiche connesse ai contratti

assicurativi. Il regolamento dell'organismo prevede anche - per i casi più complessi - la nomina di due co-mediatori (un avvocato e un medico-legale) che gestiscano insieme la mediazione.

Resta da vedere se questo basterà a soddisfare le resistenze di chi giudica la normativa parziale e insufficiente a risolvere casi di danno in cui ad andarci di mezzo non sono stati gli oggetti o le proprietà, ma le persone”<sup>378</sup>.

---

<sup>378</sup>In *Il sole 24 ore SANITÀ* 22-28 Marzo 2011 consultabile al sito:<[http://www.ania.it/opencms/openmcs/export/sites/default/documenti/076beea7-5b75-11e0-9fbb-f3c446ddba06\\_Mediazione\\_Sole24OreSanita.pdf](http://www.ania.it/opencms/openmcs/export/sites/default/documenti/076beea7-5b75-11e0-9fbb-f3c446ddba06_Mediazione_Sole24OreSanita.pdf)>

## APPENDICE

Di seguito si riporta il testo completo DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28 Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050) (GU n. 53 del 5-3-2010 ).

### IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

Visto l'articolo 60 della legge 19 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali;

Vista la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 28 ottobre 2009;

Acquisiti i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 19 febbraio 2010;

Sulla proposta del Ministro della giustizia;

E m a n a

il seguente decreto legislativo:

### Capo I

### DISPOSIZIONI GENERALI

#### Art. 1 Definizioni

1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

- a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;
- b) mediatore: la persona o le persone fisiche 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;
- c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;
- d) organismo: l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto;
- e) registro: il registro degli organismi istituito con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 16 del presente decreto, nonché, sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222.

## **Art. 2**

### **Controversie oggetto di mediazione**

1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.
2. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.

## **Capo II**

### **DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE**

## **Art. 3**

### **Disciplina applicabile e forma degli atti**

1. Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti.
2. Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.
3. Gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità.

4. La mediazione puo' svolgersi secondo modalita' telematiche previste dal regolamento dell'organismo.

#### **Art. 4** **Accesso alla mediazione**

1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 e' presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. In caso di piu' domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale e' stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione.

2. L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.

3. All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato e' tenuto a informare l'assistito della possibilita' di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informaaltresi' l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilita' della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito e' annullabile. Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve

essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facolta' di chiedere la mediazione.

#### **Art. 5** **Condizione di procedibilita' e rapporti con il processo**

1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilita' medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicita', contratti assicurativi, bancari e finanziari, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilita' della domanda giudiziale. L'improcedibilita' deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione e' gia' iniziata, ma non si e' conclusa, fissa la

successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non e' stata esperita, assegnando contestualmente alle

parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.

2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, puo' invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non e' prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non e' gia' stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

3. Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, ne' la trascrizione della domanda giudiziale.

4. I commi 1 e 2 non si applicano:

- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;
- c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;
- d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- e) nei procedimenti in camera di consiglio;
- f) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

5. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda e' presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

6. Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo.

#### **Art. 6 Durata**

1. Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi.
2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale.

#### **Art. 7 Effetti sulla ragionevole durata del processo**

1. Il periodo di cui all'articolo 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 1, non si computano ai fini di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89.

#### **Art. 8 Procedimento**

1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.
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.

4. Quando non puo' procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore puo' avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalita' di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

5. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice puo' desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.

### **Art. 9 Dovere di riservatezza**

1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione e' tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore e' altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.

### **Art. 10 Inutilizzabilita' e segreto professionale**

1. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non e' ammessa prova testimoniale e non puo' essere deferito giuramento decisorio.

2. Il mediatore non puo' essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, ne' davanti all'autorita' giudiziaria ne' davanti ad altra autorita'. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili.

### **Art. 11 Conciliazione**

1. Se e' raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale e' allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non e' raggiunto, il mediatore puo' formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.

2. La proposta di conciliazione e' comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non puo' contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

3. Se e' raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilita' di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a cio' autorizzato. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, puo' prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.

4. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale e' sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilita' di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore da' atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.

5. Il processo verbale e' depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso e' rilasciata copia alle parti che lo richiedono.

## **Art. 12**

### **Efficacia esecutiva ed esecuzione**

1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non e' contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e' omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarita' formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale e' omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

### **Art. 13**

#### **Spese processuali**

1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.

2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.

### **Art. 14**

#### **Obblighi del mediatore**

1. Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.

2. Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:

- a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;
- b) informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione;
- c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative;
- d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

3. Su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore. Il regolamento individua la diversa competenza a decidere sull'istanza, quando la mediazione e' svolta dal responsabile dell'organismo.

#### **Art. 15**

#### **Mediazione nell'azione di classe**

1. Quando e' esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

### **Capo III**

### **ORGANISMI DI MEDIAZIONE**

#### **Art. 16**

#### **Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori**

1. Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'articolo 2 del presente decreto. Gli organismi devono essere iscritti nel registro.

2. La formazione del registro e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, l'istituzione di separate sezioni del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi sono disciplinati con appositi decreti del Ministro della giustizia, di concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico. Fino all'adozione di tali decreti si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e 23 luglio 2004, n. 223. A tali disposizioni si conformano, sino alla medesima data, gli organismi di composizione extragiudiziale previsti dall'articolo 141 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.

3. L'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle

comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Al regolamento devono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 17. Ai fini dell'iscrizione nel registro il Ministero della giustizia valuta l'idoneità del regolamento.

4. La vigilanza sul registro è esercitata dal Ministero della giustizia e, con riferimento alla sezione per la trattazione degli affari in materia di consumo di cui al comma 2, anche dal Ministero dello sviluppo economico.

5. Presso il Ministero della giustizia è istituito, con decreto ministeriale, l'elenco dei formatori per la mediazione. Il decreto stabilisce i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione, in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori. Con lo stesso decreto, è stabilita la data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione di cui al presente comma costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale.

6. L'istituzione e la tenuta del registro e dell'elenco dei formatori avvengono nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già esistenti, e disponibili a legislazione vigente, presso il Ministero della giustizia e il Ministero dello sviluppo economico, per la parte di rispettiva competenza, e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato.

#### **Art. 17**

#### **Risorse, regime tributario e indennità**

1. In attuazione dell'articolo 60, comma 3, lettera o), della legge 18 giugno 2009, n. 69, le agevolazioni fiscali previste dal presente articolo, commi 2 e 3, e dall'articolo 20, rientrano tra le finalità del Ministero della giustizia finanziabili con la parte delle risorse affluite al «Fondo Unico Giustizia» attribuite al predetto Ministero, ai sensi del comma 7 dell'articolo 2, lettera b), del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181, e dei commi 3 e 4 dell'articolo 7 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 30 luglio 2009, n. 127.

2. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

4. Con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, sono determinati:

- a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;
- b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;

- c) le maggiorazioni massime delle indennita' dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione;
- d) le riduzioni minime delle indennita' dovute nelle ipotesi in cui la mediazione e' condizione di procedibilita' ai sensi dell'articolo 5, comma 1.

5. Quando la mediazione e' condizione di procedibilita' della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1, all'organismo non e' dovuta alcuna indennita' dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002, n. 115. A tale fine la parte e' tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorieta', la cui sottoscrizione puo' essere autenticata dal medesimo mediatore, nonche' a produrre, a pena di inammissibilita', se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicita' di quanto dichiarato.

6. Il Ministero della giustizia provvede, nell'ambito delle proprie attivita' istituzionali, al monitoraggio delle mediazioni concernenti i soggetti esonerati dal pagamento dell'indennita' di mediazione. Dei risultati di tale monitoraggio si tiene conto per la determinazione, con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, delle indennita' spettanti agli organismi pubblici, in modo da coprire anche il costo dell'attivita' prestata a favore dei soggetti aventi diritto all'esonero.

7. L'ammontare dell'indennita' puo' essere rideterminato ogni tre anni in relazione alla variazione, accertata dall'Istituto Nazionale di Statistica, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, verificatasi nel triennio precedente.

8. Alla copertura degli oneri derivanti dalle disposizioni dei commi 2 e 3, valutati in 5,9 milioni di euro per l'anno 2010 e 7,018 milioni di euro a decorrere dall'anno 2011, si provvede mediante corrispondente riduzione della quota delle risorse del «Fondo unico giustizia» di cui all'articolo 2, comma 7, lettera b) del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181, che, a tale fine, resta acquisita all'entrata del bilancio dello Stato.

9. Il Ministro dell'economia e delle finanze provvede al monitoraggio degli oneri di cui ai commi 2 e 3 ed in caso si verifichino scostamenti rispetto alle previsioni di cui al comma 8, resta acquisito all'entrata l'ulteriore importo necessario a garantire la copertura finanziaria del maggiore onere a valere sulla stessa quota del Fondo unico giustizia di cui al comma 8.

## **Art. 18**

### **Organismi presso i tribunali**

1. I consigli degli ordini degli avvocati possono istituire organismi presso ciascun tribunale, avvalendosi di proprio personale e utilizzando i locali loro messi a disposizione dal presidente del tribunale. Gli organismi presso i tribunali sono iscritti al registro a semplice domanda, nel rispetto dei criteri stabiliti dai decreti di cui all'articolo 16.

**Art. 19**  
**Organismi presso i consigli degli ordini professionali**  
**e presso le camere di commercio**

1. I consigli degli ordini professionali possono istituire, per le materie riservate alla loro competenza, previa autorizzazione del Ministero della giustizia, organismi speciali, avvalendosi di proprio personale e utilizzando locali nella propria disponibilit .

2. Gli organismi di cui al comma 1 e gli organismi istituiti ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura sono iscritti al registro a semplice domanda, nel rispetto dei criteri stabiliti dai decreti di cui all'articolo 16.

**Capo IV**

**DISPOSIZIONI IN MATERIA FISCALE**  
**E INFORMATIVA**

**Art. 20**  
**Credito d'imposta**

1. Alle parti che corrispondono l'indennit  ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi e' riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennit  stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta e' ridotto della meta'.

2. A decorrere dall'anno 2011, con decreto del Ministro della giustizia, entro il 30 aprile di ciascun anno, e' determinato l'ammontare delle risorse a valere sulla quota del «Fondo unico giustizia» di cui all'articolo 2, comma 7, lettera b), del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181, destinato alla copertura delle minori entrate derivanti dalla concessione del credito d'imposta di cui al comma 1 relativo alle mediazioni concluse nell'anno precedente. Con il medesimo decreto e' individuato il credito d'imposta effettivamente spettante in relazione all'importo di ciascuna

mediazione in misura proporzionale alle risorse stanziare e, comunque, nei limiti dell'importo indicato al comma 1.

3. Il Ministero della giustizia comunica all'interessato l'importo del credito d'imposta spettante entro 30 giorni dal termine indicato al comma 2 per la sua determinazione e trasmette, in via telematica, all'Agenzia delle entrate l'elenco dei beneficiari e i relativi importi a ciascuno comunicati.

4. Il credito d'imposta deve essere indicato, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi ed e' utilizzabile a decorrere dalla data di ricevimento della comunicazione di cui al comma 3, in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, nonche', da parte delle persone fisiche non titolari di redditi d'impresa o di lavoro autonomo, in diminuzione delle imposte sui redditi. Il credito d'imposta non da' luogo a rimborso e non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi, ne' del valore della produzione netta ai fini dell'imposta regionale sulle attivita' produttive e non rileva ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

5. Ai fini della copertura finanziaria delle minori entrate derivanti dal presente articolo il Ministero della giustizia provvede annualmente al versamento dell'importo corrispondente all'ammontare delle risorse destinate ai crediti d'imposta sulla contabilita' speciale n. 1778 «Agenzia delle entrate - Fondi di bilancio».

#### **Art. 21**

#### **Informazioni al pubblico**

1. Il Ministero della giustizia cura, attraverso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri e con i fondi previsti dalla legge 7 giugno 2000, n. 150, la divulgazione al pubblico attraverso apposite campagne pubblicitarie, in particolare via internet, di informazioni sul procedimento di mediazione e sugli organismi abilitati a svolgerlo.

#### **Capo V**

#### **ABROGAZIONI, COORDINAMENTI E DISPOSIZIONI TRANSITORIE**

#### **Art. 22**

#### **Obblighi di segnalazione per la prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo**

1. All'articolo 10, comma 2, lettera e), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, dopo il numero 5) e' aggiunto il seguente: «5-bis) mediazione, ai sensi dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69;».

### **Art. 23 Abrogazioni**

1. Sono abrogati gli articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto.

2. Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonche' le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto.

### **Art. 24 Disposizioni transitorie e finali**

1. Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sara' inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Roma, addi' 4 marzo 2010

NAPOLITANO  
Berlusconi, Presidente del Consiglio dei Ministri  
Alfano, Ministro della giustizia  
Visto, il Guardasigilli: Alfano

## BIBLIOGRAFIA

AMODIO C., *La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e p n. 2002-303*, in *Dir. economia assicur.*, 2004, 2, 519.

AMODIO C., *La responsabilità medica nel diritto francese: dalla "obligation de moyen" alla "obligation de sécurité"*, in *Resp. civ e prev.*, 2002, 3, 918.

ANDREI V., *Assicurazioni e responsabilità medica in Francia*, in *Danno e Resp. Problemi di Responsabilita' Civile e Assicurazioni*, 2000, 5, n.1, 16.

BANDINI A., SOLDATI N., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Milano, Giuffré, 2010.

BARNI M., *La responsabilità medica verso il difficile approdo dell'assicurazione obbligatoria*, in *Resp civ. Prev.*, 2000, 830.

BENCIOLINI P. RODRIGUEZ D., APRILE A., RAIMONDO A., *Ruolo del servizio di medicina legale. Progetto di un osservatorio epidemiologico sui casi di responsabilità professionale del personale sanitario della ULSS 21, Ancona, 14 giugno 1991.*

BENCIOLINI P., *...a scopo medico legale*, in *Riv. It. Med. Legale*, 1991, 13, 689.

BERLINGUER A., *La nuova disciplina della mediazione civile resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida al Diritto*, 2010, 12, 12.

BESSO C., *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 2010, 12.

BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, CEDAM, 2006.

BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

BREDA R., *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*, in *Danno e Resp.*, 2008, 12, 1265.

BREDA R., *Prospettive di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n.108 del 6 giugno 2001*, in *Danno e Resp.*, 2003, 4, 431.

BUFFONE G., *Il civilista. Mediazione e conciliazione*, Giuffré, 2010.

CADIET L., *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, in VARANO V. (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, 69.

- CAPALBO M., CATTÒ C., NARDELLA N., RICCI A., *La medicina difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, 3, 909.
- CARUSO, *Solo un tempestivo intervento del legislatore può scongiurare la soluzione giudiziaria*, in *Guida al diritto*, Il sole 24 ore, 1998, 22.
- CASSANO G., *La giurisprudenza della responsabilità del medico*, Padova, CEDAM, 2007.
- CATTORINI P., *La professione medica oggi. Dilemmi etici*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2009, 6, 1205.
- CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 l. n. 69/2009*, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it).
- COMANDÉ G., *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno e Resp.*, 2010, 11, 977.
- CUFFARO V., *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corriere Merito*, 2011, 1, 5.
- CUOMO ULLOA F., *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *Contratti*, 2010, 2, 209.
- DALFINO D., *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra scientia juris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp. Problemi di Responsabilità Civile e Assicurazioni*, 1999, 4, 7, 777.
- DE MATTEIS R., *Responsabilità e servizi sanitari, modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 2007.
- DI RAGO G., CICOGNA M., GIUDICE G. N., *Manuale e tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli Editore, 2010.
- DITTICH L., *Il procedimento di mediazione nel d. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)
- FINESCHI V., *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1989, 11, 419.
- FINOCCHIARO G., *Scatta dal 20 Marzo la prima informativa al cliente*, in *Guida al Diritto*, 2010, 12, 52.
- FIORI A., *Prospettive della protezione sociale nel duemila*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 13, 1043, 1991.

- FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano 2009.
- FIORI A., *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, 2000.
- GAILLARD E., J. EDELSTEIN, *Conciliation and Other Forms of ADR in France*, in *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di BERNARDINI P., Milano 2001.
- GAZZARA M., *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 2008, 10, 1002 (Cass. civ. Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577).
- GIROLAMI P., *Breve ricognizione dei principali contenuti della legge francese del 4 Marzo 2002 relativa ai diritti dei malati e alla qualità del sistema sanitario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2002, 6, 1397.
- GUALNIERA P., SCURRIA S., CRINÒ C., *Il danno da wrongful - birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2009, 3, 629.
- IANNICELLI S., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, 2, 146.
- INTRONA F., *E' possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per responsabilità professionale medica?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1997, 4-5, 1121.
- INTRONA F., *L'epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia e all'estero* (Relazione al Congresso Nazionale sul tema "La responsabilità professionale del medico", Castiglione della Pescaia, 11-13 maggio 1995), in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, 1.
- INTRONA F., *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2007, 3, 641.
- INTRONA F., *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. It. Med. Leg.* 2001, 6, 879.
- IZZO U., *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 130.
- IZZO U., PASCUZZI G.(a cura di), *La responsabilità medica nella Provincia autonoma di Trento : il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 2003.
- JONQUET N., VIALLA F., *La perversion de la solidarité nationale et déresponsabilisation des acteurs de santé*, in *D.*, 2002, 3211.
- LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis droit, 2007.

LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. Proc.*, 2009, 1257.

MACIOCCHI, *Conciliazione: un'opportunità da sottrarre al rischio di una strumentalizzazione*, Guida al dir., 2009, 46, 16.

MASONI R., *L'esercizio della delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lg. n. 28 del 2010*, in *Giur. Merito*, 2010, 5, 1212.

MASTROILLI A., *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*, in *Danno e resp.*, 2010, 3, 264.

MEMETEAU G., *La responsabilité civile ed droit comparé français et québécois*. Quebec research centre of private & comparative law, 1990.

NALIS G., *Responsabilità del medico dipendente e profili di risarcimento del danno*, Cass. Civ. Sez. Unite, 24 Marzo 2006, n. 6572, in *Lavoro nella Giur.*, 2007, 1, 10.

NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e Resp.*, 2008, 8; 9, 871.

NOCCO, *La gestione del rischio clinico ed il monitoraggio degli errori medici: spunti di riflessione in chiave comparativa*, in *Danno e Resp.*, 2003, 4, 444.

PACCES A. M., *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.*, 2000, 6, 659.

PARADISO M., *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 47, 3, 325.

PARADISO M., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e Resp.*, 2009, 7, 703.

PASTORE R., *La responsabilità nell'esercizio della professione medica. Profili civili, penali, amministrativi e di diritto del lavoro*, La Tribuna, 2008.

PELLET R., *Responsabilité, assurance et expertise médicales*, DALLOZ, 2008.

PINCHI V., *Alternative Dispute Resolution: esperienze a confronto*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2009, 3, 579.

PONZANELLI G., *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk management?*, in *Danno e resp.*, 2003, 4, 428.

QUADRI E., *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Resp. civ. e*

prev., 2004, 2, 319.

ROCHFELD J., *Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale*, in JO, 2002, 22100.

SALVINELLI R. , *In tema di sperimentazione pilota per l'istituzione di un servizio regionale di conciliazione per le controversie che nascono nelle aziende sanitarie toscane*, in Riv. It. Med. Leg., 2009, 1, 238.

SCALISI A., *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e Resp.*, 2007, 10, 965.

SCARANO G., CARNEVALE A., *Dal conflitto alla conciliazione: nuove opportunità di soluzione delle controversie in tema di responsabilità civile medica*, in Riv. it. Med. Leg., 2009, 3, 539.

SCARSELLI G., *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010.

SELLA M., *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, Giuffrè, 2005.

SOLDATI N., *La nuova mediazione e conciliazione*, in *il sole 24 ore*, Milano, 2010.

SILQUINI CINELLI L., *L'art. 2236 c.c. Tra onere probatorio e risarcimento del danno*, in *Danno e Resp.*, 2010, 5, 451.

STURNER R., *La risoluzione alternativa delle controversie in Germania*, in *L'altra giustizia a cura di VARANO V.*, Milano, 2007, 258.

VACCA' C. (a cura di), *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell'ordine dei medici di Roma*, in *Contratti*, 2007, 15, 10, 933.

VACCA' C., *La conciliazione nel quadro comunitario e nazionale quale strumento di tutela dei consumatori*, in *La conciliazione a cura di SOLDATI N.*, Milano, 2007.

VARANO V. (a cura di), *L'alta giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, 129.

VINCIGUERRA G., *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e Resp.*, 2008, 7, 788.

WINKLER S., *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, in *Danno e Resp.*, 2003, 11, 1041.

VIOTTI S., *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa ed alternativa a valenza strategica*, in *Giur. merito* 2010, 5, 1232.

ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in AA.VV. Professioni e responsabilità civile, Bologna, 2006, 1023.

ZANA M., *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993.

## THE TRENTO LAWTECH STUDENT PAPERS SERIES

STUDENT PAPER N.5

**Conciliare la responsabilità medica. Il modello “generalista” italiano a confronto col modello specializzato francese/ Mediation & Medical liability. The italian “general approach” compared to the specialized model applied in France.**

**Guerrini, Susanna** (2011) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 5)  
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002248/>

STUDENT PAPER N.4

**“Gun Control” e Responsabilità Civile: una comparazione FRA stati Uniti e Italia / Gun Control and tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy.**

**Podetti, Massimiliano** (2011) Trento: Università degli Studi di Trento – (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 4)  
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002231/>

STUDENT PAPER N.3

**Smart foods e integratori alimentari: profili di regolamentazione e responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti / Smart Foods and Dietary Supplements: Regulations and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States.**

**Togni, Enrico** (2011) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)  
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002215/>

STUDENT PAPER N.2

**Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France.**

**Sartor, Marta** (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)  
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001910/>

STUDENT PAPER N.1

**Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations.**

**Rizzetto, Federico** (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series;

1) <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001888/>