

COLLANA DEL LABORATORIO  
DEI DIRITTI FONDAMENTALI

2.

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

# LABORATORIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Comitato scientifico

Pasquale De Sena, Marie-Claire Foblets, Bianca Gardella Tedeschi  
Michele Graziadei, Giorgio Malinverni, Paul Tavernier

Direttore

Vladimiro Zagrebelsky

*Il Laboratorio dei Diritti Fondamentali LDF ha iniziato la sua attività in Torino nel 2011. Il Laboratorio svolge ricerche sui diritti fondamentali, con principale attenzione alla concretezza della loro protezione nei diversi momenti, luoghi e occasioni della vita delle persone. Il Laboratorio, secondo l'insegnamento della Corte europea dei diritti umani, si cura di «diritti concreti ed effettivi e non teorici e illusori». Con le sue ricerche il Laboratorio cerca le soluzioni idonee e praticabili offerte dall'esperienza o suggerite dallo studio interdisciplinare dei diritti umani.*

*Le attività del Laboratorio dei Diritti Fondamentali sono sostenute dalla*



LDF – Laboratorio dei Diritti Fondamentali – [www.labdf.eu](http://www.labdf.eu)  
Campus Luigi Einaudi, Lungodora Siena 100, 10153 Torino  
e-mail: [ldf@labdf.eu](mailto:ldf@labdf.eu) – tel. 0039 011 6709418 – fax 0039 011 6708205

LABORATORIO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

La gestione dell'insuccesso medico  
Nuove strategie per contenere la litigiosità  
nelle strutture sanitarie

di  
Elena Grasso  
Serena Coppola

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet: **[www.mulino.it](http://www.mulino.it)**

ISBN 978-88-15-25314-9

---

Copyright © 2014 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito **[www.mulino.it/edizioni/fotocopie](http://www.mulino.it/edizioni/fotocopie)**

# Indice

Prefazione, di <i>Vladimiro Zagrebelsky</i>	p. 7
Introduzione	11
PARTE PRIMA: ASPETTI GIURIDICI E ASSICURATIVI DEL DIRITTO ALLA SALUTE	
I. La responsabilità professionale medica: la responsabilità penale, civile e disciplinare	23
1. Il diritto alla salute nel prisma del consenso informato	23
2. La responsabilità sanitaria: profili penali	31
3. Profili disciplinari	43
4. La responsabilità sanitaria: profili civilistici	46
II. L'assicurazione sanitaria dei professionisti e delle strutture sanitarie in Italia	57
1. Il ruolo delle assicurazioni sanitarie nell'allocazione dei costi della gestione sanitaria	57
2. I numeri dell'assicurazione medica in Italia	62
3. Responsabilità medica e assicurazioni, alla luce della riforma sulla responsabilità sanitaria	79
4. Il problema dei dati statistici	87
PARTE SECONDA: LA MEDIAZIONE IN SANITÀ	
III. Il diritto dell'Unione europea e quello di alcuni Stati membri	101
1. Introduzione	101
2. Le <i>Alternative Dispute Resolution</i> e l'Unione europea	103

3. La gestione del conflitto in prospettiva comparata	p. 112
4. Regno Unito	113
5. Belgio	117
6. Francia	121
7. I paesi scandinavi	124
8. Germania	131
9. Spagna	133
IV. La mediazione conciliativa in Italia. Dal d.lgs. n. 28/2010 alle successive modifiche	145
1. La fonte comunitaria	145
2. La media-conciliazione all'italiana	159
V. La mediazione trasformativa nei conflitti in ambito sanitario	169
1. Introduzione	169
2. Perché mediazione trasformativa in sanità?	172
3. Metodologia di indagine	177
4. Analisi dell'esperienza della regione Emilia-Romagna: il progetto	179
5. La mediazione dei conflitti in Piemonte: il progetto	193
6. I due progetti a confronto	201
7. Altre esperienze regionali	207
8. I progetti di mediazione e ascolto in un'ottica di <i>risk management</i>	214
9. La mediazione dei conflitti e le ADR a confronto	219
10. La mediazione come fattore culturale	221
Conclusioni	225
APPENDICI	
1. Risultati del progetto «La mediazione dei conflitti: la gestione stragiudiziale del contenzioso»	233
2. Intervista ai mediatori	235

## Prefazione

Questo rapporto di ricerca, che le autrici hanno svolto nell'ambito di LDF, affronta un tema strettamente connesso al diritto di ogni persona alla salute: quello della gestione dell'insuccesso medico. E ciò nonostante che in vari capitoli lungo i quali lo studio si snoda, la persona del malato sia quasi sempre come sullo sfondo. I temi trattati sono infatti quelli – affrontati anche da recente legislazione – della responsabilità del medico, del personale e delle strutture sanitarie in vista del risarcimento del danno e della eventuale sanzione dei responsabili. Si esaminano poi le questioni complesse legate ai modi in cui i medici e le strutture si assicurano per la responsabilità civile nei confronti dei malati, le difficoltà che affrontano i giudici che devono decidere le cause davanti a loro introdotte, i problemi che discendono dalla loro giurisprudenza. E quando si giunge a illustrare le vie, previste dalla legge nazionale o attivate localmente, che tendono a favorire soluzioni dei conflitti relativi al risarcimento del danno senza che sia necessario il ricorso al giudice, se ne mettono in evidenza le prevalenti finalità deflattive del contenzioso giudiziario.

Nella seconda parte di questo studio, quella probabilmente più originale, si descrivono, analizzano e valutano le recenti esperienze di «mediazione trasformativa» messe in opera con particolare ampiezza e costanza nelle regioni Emilia-Romagna e Piemonte. In questa parte della ricerca – svolta sul campo, contando sulla grande disponibilità e partecipazione degli operatori – compare finalmente e direttamente il malato, il malato insoddisfatto, eventualmente con i suoi familiari. Qui vengono direttamente in evidenza la complessità della persona e la complessità stessa della nozione di «salute», nel rapporto malato/medico/struttura sanitaria. E l'attenzione è rivolta ad aspetti psicologici e morali che vengono in luce (e in tensione) nel difficile momento della malattia e della sua cura. La soluzione di problemi interpersonali è certo il primo scopo dell'opera dei mediatori e il primo interesse degli ospedali coinvolti, ma l'impatto sulla persona del malato nella sua integralità è evidente e riporta direttamente all'interno della nozione ampia di salute che sempre più largamente è accolta.

Eppure ciascuna delle forme in cui vengono affrontati i problemi nascenti dall'insuccesso medico (reale o solo così vissuto dal malato, cagionato o no da colpa), mentre reagisce a ciò che di insoddisfacente è avvenuto, retroagisce anche, definendo il contesto in cui il malato riceve le cure che gli sono necessarie. La riparazione del danno che il malato abbia subito e la prevenzione dei danni sono aspetti inscindibili, da considerare con riferimento certo a ciascun malato, ma anche nel complesso del servizio pubblico destinato a garantire il «diritto fondamentale alla salute» riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione. E così la consapevolezza della responsabilità che assume, insieme alla tranquillità che gli deriva dall'essere coperto da una valida assicurazione nell'affrontare il rischio insito in tanti interventi medici, consentono al medico e anche alle organizzazioni sanitarie nel loro complesso, di agire secondo scienza e coscienza nell'interesse del malato. La conoscenza, ricostruzione ed elaborazione delle disfunzioni verificatesi, consente a singoli e organizzazioni di correggerle e evitarle nel futuro. E per converso, distorsioni del sistema (della responsabilità civile e penale, del sistema delle assicurazioni, ecc.) possono negativamente interferire. L'esempio degli eccessi in esami e terapie della cosiddetta medicina difensiva viene immediatamente in evidenza, con le sue conseguenze sui costi del sistema sanitario e anche sulla stessa salute della singola persona.

La finalità di studio dei diritti fondamentali della persona, che muove il LDF e ne giustifica l'esistenza, spiega dunque la programmazione di questo studio che, specialmente in talune parti, potrebbe sembrar solo teso a indagare particolari aspetti del sistema sanitario e delle condizioni in cui operano medici e strutture sanitarie. Non è così. Quando, come LDF vuol fare, si studiano i diritti fondamentali – qui quello alla salute – come «diritti concreti e effettivi e non teorici e illusori», non basta descrivere i contorni del diritto che si vuol far valere, ma occorre anche esaminare le condizioni che fanno sì che un diritto enunciato nelle leggi, nella Costituzione, nei trattati internazionali, diventi appunto «concreto e effettivo». Attorno al diritto alla salute di cui ciascuna persona è titolare, si affollano e interferiscono i diversi sistemi di responsabilità e assicurazione, di monitoraggio e di mediazione dei conflitti studiati nei vari capitoli di questo rapporto di ricerca. La figura del malato, di chi cerca salute nel rapporto con il medico e l'ospedale, sia essa solo presupposta oppure direttamente protagonista, è quella che il lettore è sollecitato ad aver sempre presente nello scorrere il testo, poiché è il diritto della persona alla salute ciò che conferisce unità e senso a questo volume.

Alle giovani ricercatrici, cui si deve il presente rapporto, e a coloro che hanno offerto la loro collaborazione e fornito consigli, è il momento da parte mia di dar segno di gratitudine e apprezzamento.

VLADIMIRO ZAGREBELSKY



## *Ringraziamenti*

Questa ricerca, particolarmente nella parte relativa alle esperienze di mediazione svolte nelle regioni Emilia-Romagna e Piemonte, è stata possibile grazie alla aperta e cordiale collaborazione dei dottori Giovanni Ragazzi, Vania Basino, Paola Borelli, Alessandra d'Alfonso e Marco Rapellino delle due Aress regionali. Il direttore della Direzione generale di Statistica del Ministero della Giustizia, dottor Fabio Bartolomeo ha offerto il suo aiuto nella raccolta dei dati statistici concernenti le prime applicazioni delle procedure di mediazione conciliativa. Al momento della pubblicazione del rapporto di ricerca, LDF tiene a rivolgere a tutti loro un sentito ringraziamento.

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

La ricerca è stata condotta in stretta collaborazione. Elena Grasso è autrice dei capitoli 1 e 3. Serena Coppola è autrice dei capitoli 2 e 4. L'introduzione, il capitolo 5 e le conclusioni sono il frutto dell'elaborazione congiunta delle autrici.

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

## Introduzione

Con l'espressione «diritto alla salute» non si fa riferimento al diritto a essere sani, bensì a quello di raggiungere le migliori condizioni di salute fisica e mentale possibili, *status* che costituisce il presupposto del godimento di ulteriori diritti finalizzati alla conduzione di una vita dignitosa<sup>1</sup>. Nel 2000, il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite ha promulgato il Commento generale n. 14<sup>2</sup> che, interpretando il diritto alla salute in termini di libertà (*freedoms*) e diritti (*entitlements*), ne ha evidenziato la dicotomia intrinseca: questo diritto da un lato è funzionale alla garanzia della libertà, all'autodeterminazione e al controllo degli atti effettuati sul proprio corpo, dall'altro garantisce il diritto alla fruizione di prestazioni positive che mirano alla pari opportunità di accesso ai servizi sanitari e alla garanzia del più alto standard raggiungibile di salute sia fisica che mentale<sup>3</sup>. Tale dicotomia viene ricomposta proprio dall'interpretazione elaborata dal diritto internazionale, che ha configurato questo diritto come inclusivo e lo

<sup>1</sup> E. Riedel, *The Human Right to Health: Conceptual Foundation*, in *Realizing the Right to Health*, a cura di A. Clapham e M. Robinson, vol. III, *Swiss Human Rights Book*, Zurich, Ruffe & Rub., 2009, pp. 36 ss. La costruzione del diritto alla salute affonda le sue radici nel terreno dei diritti sociali, che tradizionalmente si configurano come pretese a prestazioni positive nei confronti dei poteri pubblici e storicamente venivano contrapposte alle libertà negative, ossia quei diritti che presuppongono, per la loro realizzazione, la libertà del soggetto ad autodeterminare le proprie azioni e l'astensione degli altri, ivi compreso lo Stato, dall'ingerenza nella sfera giuridica del titolare dei diritti stessi. L'inadeguatezza di questa concezione, che risente dell'ideologia liberale ottocentesca, comportava l'esclusione dei diritti sociali dal novero di quelli fondamentali, poiché la pretesa di ricevere una determinata prestazione era ontologicamente antagonista al diritto che altri si astengano dal tenere determinati comportamenti. Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 13.

<sup>2</sup> Cfr. Commento generale n. 14, Nazioni Unite, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14*, UN Doc. E/C.12/2000/4, in [www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm), 2000.

<sup>3</sup> P. Alston, *The Historical Origins of the Concept of «General Comments» in Human Rights Law*, in *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, a cura di L. Boisson de Chazournes e V. Gowlland-Debbas, Leiden, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 763 ss.

ha esteso anche ai determinanti della salute<sup>4</sup>. Nel panorama internazionale l'adeguatezza del livello di vita costituisce il parametro cui tale diritto è stato informato sin dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948<sup>5</sup>.

La progressiva affermazione del diritto alla salute segna una seconda tappa nell'art. 5 (e) (iv) della Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965, ma è con l'interpretazione data all'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966<sup>6</sup> che il suo contenuto si espande: da quello tradizionale di ricevere cure mediche a quello, inclusivo, che si configura come possibilità di godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale possibili, inquadrandolo in termini di disponibilità, accessibilità, accettabilità e qualità<sup>7</sup>. Sempre a livello internazionale, completano il quadro dei principali trattati internazionali incentrati sul diritto alla salute, l'art. 11.1 (f) e 12 della Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979, gli artt. 6, 24 e 25 della Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989<sup>8</sup>, gli artt. 28 e 43 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990<sup>9</sup> e l'art. 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

Sul piano regionale europeo, già nel 1961, la Carta sociale europea riconosceva il diritto alla salute<sup>10</sup>. Allo stesso modo, la Convenzione di Oviedo

<sup>4</sup> Fra i principali determinanti della salute segnaliamo l'accesso ad acqua potabile sicura e a servizi igienici adeguati, la disponibilità del cibo e di nutrimento sufficiente, la sicurezza e la qualità dell'abitazione, la salubrità dell'ambiente di vita e di lavoro, l'accesso alle informazioni relative alla salute e il divieto di discriminazione. Cfr. United Nations, *Report of the UN Special Rapporteur on the Right to the Highest Attainable Standard of Health to the United Nations General Assembly*, UN Doc. A/62/214, 2007.

<sup>5</sup> *Universal Declaration of Human Rights*, UN General Assembly Resolution, 217 A (III). A/810 at 71, 1948. Cfr. N. Pillay, *Right to Health and the Universal Declaration of Human Rights*, in «The Lancet», 372, 2008, n. 9655, pp. 2005-2006.

<sup>6</sup> L'art. 12 recita: «1. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire. 2. Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per assicurare la piena attuazione di tale diritto comprenderanno quelle necessarie ai seguenti fini: a) la diminuzione del numero dei nati-morti e della mortalità infantile, nonché il sano sviluppo dei fanciulli; b) il miglioramento di tutti gli aspetti dell'igiene ambientale e industriale; c) la profilassi, la cura e il controllo delle malattie epidemiche, endemiche, professionali e d'altro genere; d) la creazione di condizioni che assicurino a tutti servizi medici e assistenza medica in caso di malattia». Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali è stato ratificato in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

<sup>7</sup> Si segnala a questo proposito l'attività dei Relatori speciali, esperti indipendenti che dal 2002 analizzano speciali temi affidati dalla Commissione sui diritti umani, ora Consiglio per i diritti umani.

<sup>8</sup> Ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>9</sup> Tale convenzione non è stata ratificata dall'Italia.

<sup>10</sup> La Carta sociale europea adottata il 18 ottobre 1961 e riveduta nel 1996 dal Consiglio

del 1997<sup>11</sup> si propone di tutelare la dignità della persona umana, rispetto alle applicazioni della biologia e della medicina, garantendo un accesso equo alle cure sanitarie. Da ultimo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ne sancisce la portata di diritto fondamentale assicurando, con l'art. 35, che «ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche»<sup>12</sup>.

A livello internazionale e sovranazionale, pertanto, il diritto alla salute è interpretato quale diritto fondamentale precondizionale all'esercizio di altri diritti, sia sociali ed economici che civili e politici. Esiste, infatti, una strettissima relazione tra il diritto alla vita e quello alla salute, nonché tra questo diritto e il divieto di trattamenti disumani e degradanti, e il diritto al rispetto della vita privata. Questa correlazione è evidenziata dalla tutela che tale diritto riceve anche in sede di Consiglio d'Europa. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, infatti, pur non enunciandolo espressamente, lo deduce interpretativamente da altre previsioni della Convenzione. Ad esempio l'art. 2 (diritto alla vita) è servito spesso alla Corte per sostenere l'esistenza di

a positive obligation therefore require state to make regulations compelling hospital, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives. They also require an effective independent judicial system to be set up so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable<sup>13</sup>.

d'Europa, all'art. 11 dispone che «ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile».

<sup>11</sup> Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina – Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della biomedicina del 1997, c.d. Convenzione di Oviedo, aperta alla firma il 4 aprile 1997 ed entrata in vigore il 1° dicembre 1999. Pur non ancora ratificata dal governo italiano, nonostante la legge di autorizzazione alla ratifica del 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione è invocabile in Italia come ausilio ermeneutico rispetto al diritto interno.

<sup>12</sup> Oltre alla Carta dei diritti fondamentali e le fonti già citate, i documenti di riferimento, per quanto riguarda i diritti dei pazienti includono: The European Social Charter (1961), The Charter of Hospital Patient (1979), The Ottawa Charter for Health Promotion (1986), Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe (Amsterdam, 1994), Ljubljana Charter on Reforming Health Care (1996), Tallinn Charter (2008), Declaration of Promotion of Patients Rights in Europe (45 International Digest of Health Legislation 411, 1995). Inoltre, il Patients' Rights Movement (KIDDA) ha diffuso nel 2001 la Charter of Patients Rights e nel novembre 2002, l'Active Citizenship Network Group ha prodotto una proposta di European Charter of Patients' Rights ed ha quindi istituito la giornata internazionale dei diritti del paziente, che è il 18 aprile. Da ultimo l'Unione europea ha emanato la direttiva 2011/24/UE, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, che tutela i diritti dei pazienti che usufruiscono cure in altri Stati membri.

<sup>13</sup> Corte Edu, sentenza *Vo c. Francia*, 8 luglio 2004, n. 53924/00, par. 89.

A livello nazionale, il primo comma dell'art. 32 della Costituzione riconosce nella salute un diritto fondamentale, rendendolo uno dei valori imprescindibili tutelati dell'ordinamento statale. L'universalità del diritto è compresa solo dalla titolarità limitata della gratuità delle cure, ma esclusivamente nella parte in cui alloca prestazioni gratuite<sup>14</sup>, non per quanto riguarda il suo contenuto di non subire danni ad opera di terzi<sup>15</sup>. Il secondo comma dell'art. 32<sup>16</sup> sancisce la libertà individuale, preservandola da ogni comportamento che possa ledere la salute del singolo, ponendo limitazioni formali<sup>17</sup> e sostanziali<sup>18</sup> alle interferenze coattive dello Stato<sup>19</sup>. La riserva di legge cela infatti il rischio che l'autorità pubblica si configuri come il gestore dei diritti fondamentali sul piano normativo<sup>20</sup>, laddove dovrebbe garantire, nell'interesse della società, il suo esercizio non abnorme da parte del singolo<sup>21</sup>. I diritti fondamentali esplicano, infatti, la loro funzione soltanto fin quando non violino o non minaccino beni giuridici di rango paritario o superiore<sup>22</sup>. La coesistenza dei diritti fondamentali con i restanti valori tutelati

<sup>14</sup> La titolarità del diritto a essere curati a spese del Servizio sanitario nazionale (SSN) non spetta solo a chi versa in condizioni di povertà assoluta, ma l'indigenza medica contraddistingue tutti coloro che non sono in grado di pagare cure eccessivamente costose ma essenziali per la loro salute: cfr. sentenze Corte cost., 20 maggio 1998, n. 185 e 22 settembre 1998, n. 389, ed il commento dell'Articolo 32, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole e R. Bin, Padova, Cedam, 2008.

<sup>15</sup> E. Diciotti, *Stato di diritto e diritti sociali*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2004, 4, pp. 49-79.

<sup>16</sup> Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

<sup>17</sup> La riserva di legge.

<sup>18</sup> Il rispetto della persona umana si configura come quel bene che esprime la soggettività unica e irripetibile di ogni essere umano: «la scelta della prospettiva dei diritti implica il riconoscimento che lo Stato è al servizio dell'uomo e non fine, ma strumento di garanzia per una libera e pacifica espansione della personalità umana», così S. Cotta, *I doveri verso la comunità nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, a cura della SIOI e della Commissione nazionale Unesco, Padova, Cedam, 1963, pp. 103-114, qui p. 103.

<sup>19</sup> B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in «Diritto e società», 1983, 1, pp. 21 ss.

<sup>20</sup> A. Corasaniti, *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali inviolabili dell'uomo*, in «Diritto e società», 1990, 2, pp. 189-215, qui p. 212.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 210. Secondo Corasaniti il secondo comma dell'art. 32 costituisce «ipotesi nella quale si limita l'autodeterminazione di ciascuno (se curarsi o no, se sottoporsi o no a profilassi) in ragione di ciò che il morbo o il pericolo di contrarlo nel soggetto considerato implica l'esposizione a pericolo anche dagli altri. Ma non può limitarsi il contenuto proprio del diritto in capo al singolo sottoposto al trattamento (cosicché non potrebbe essere consentito un trattamento che non fosse migliorativo, o manutentivo, o almeno solo rischioso ma al contrario fosse sicuramente nocivo per la salute del soggetto suindicato)».

<sup>22</sup> F.H. Schneider, *I diritti dell'uomo come fondamento e limite dell'ordinamento statale*, in *La libertà personale, Studi di diritto pubblico comparato*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino, Utet, 1997, pp. 55 ss.

dalla Costituzione porta ad affermare che, necessariamente, ogni diritto fondamentale incontra dei limiti tramite un bilanciamento che ha come punto di riferimento «il sistema oggettivo dei valori della Costituzione». Questo parametro non può tuttavia portare alla compressione del nucleo essenziale ed intoccabile della libertà individuale, propria di tutti i diritti fondamentali<sup>23</sup>.

In questo contesto, il ruolo del medico e dei servizi sanitari solleva questioni particolarmente delicate, poiché si tratta di attività sanitarie che ineriscono direttamente a beni primari quali la vita, la libertà, la salute e l'integrità psicofisica.

Questo studio si propone, allora, di indagare la condizione del paziente che ha subito un insuccesso medico, episodio che crea nell'individuo un malessere ulteriore e diverso da quello causato dalla malattia, a prescindere dall'esistenza di una colpa medica. La concretezza e l'effettività del diritto alla salute postula, infatti, il riconoscimento del valore olistico della persona umana, che non si esaurisce nel risarcimento del danno dovuto a comportamenti medici dolosi o colposi, oppure a *malpractice* attribuibile alla disorganizzazione dell'ente di cura, ma piuttosto richiede la ricomposizione della fiducia che deve connotare la relazione terapeutica. Proprio la mancanza di ascolto del paziente ha contribuito, in anni recenti, ad acuire l'incremento delle domande di risarcimento danni per *malpractice* da parte dei pazienti. La crescita esponenziale del contenzioso sanitario conseguente all'errore medico, vero o presunto, ha determinato un netto incremento dei sinistri denunciati, con enormi ripercussioni sia in termini di costi economici (assicurativi e gestionali) che in termini di costi umani (allontanamento dei cittadini dalle istituzioni sanitarie, medicina difensiva).

Molte sono le cause di questa situazione. Nell'ultimo secolo, si è assistito ad un aumento generale della cultura medica tra la popolazione, dovuto anche all'ampia attenzione che la stampa e i mezzi di informazione dedicano a questo argomento. Ciò ha comportato il mutamento della percezione della scienza medica nella società e nel rapporto fra cittadini e istituzioni. Questa realtà ha favorito anche il nascere di associazioni a tutela dei pazienti quali, ad esempio, il Tribunale per i diritti del malato<sup>24</sup>, che si propongono di vigi-

<sup>23</sup> P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, Carocci, 1983, pp. 75 ss.

<sup>24</sup> Il Tribunale per i diritti del malato (TDM), presente in più di 300 strutture sanitarie, è un'iniziativa dell'Associazione Cittadinanzattiva, nata nel 1980 per tutelare e promuovere i diritti dei cittadini nell'ambito dei servizi sanitari e assistenziali e per contribuire ad una più umana, efficace e razionale organizzazione del servizio sanitario nazionale. Il TDM è una rete costituita da cittadini comuni, ma anche da operatori dei diversi servizi e da professionisti, che si impegnano a titolo volontario (circa 10.000). L'attività del TDM è volta alla ricerca delle soluzioni finalizzate a rimuovere situazioni di sofferenza inutile e di ingiustizia, non esclude la protesta pubblica e il ricorso all'autorità giudiziaria, ma privilegia l'esercizio dei poteri di interpretare le situazioni, di mobilitare le coscienze, di rimediare agli intoppi istituzionali e infine di conseguire nel più breve tempo possibile i cambiamenti materiali della

lare sul rispetto dei diritti degli infermi e di adottare un approccio fondato sull'informazione<sup>25</sup>, la consulenza, l'assistenza<sup>26</sup> e una maggior consapevolezza dei propri diritti<sup>27</sup>. Le istituzioni hanno preso atto di questi movimenti civici e hanno regolamentato l'esistenza di Comitati etici, organismi indipendenti costituiti nell'ambito di una struttura sanitaria o di ricerca scientifica e composti secondo criteri di interdisciplinarietà. Il compito di questi organismi è quello di valutare le linee di comportamento verso la persona in cura presso strutture sanitarie<sup>28</sup>.

La crisi del sistema sanitario, che si ripercuote direttamente sulle condizioni dei pazienti, è pertanto dovuta a diversi fattori, economici e relazionali, che incidono sulla qualità delle cure e necessitano di un approccio

realtà che permettano il soddisfacimento dei diritti violati. Fonte: Cittadinanzattiva, [www.cittadinanzattiva.it/corporate/salute/1843-tribunale-per-i-diritti-del-malato.html](http://www.cittadinanzattiva.it/corporate/salute/1843-tribunale-per-i-diritti-del-malato.html)

<sup>25</sup> In questo senso si veda l'iniziativa del Tribunale dei diritti del malato, in collaborazione con l'ANAAO-ASSOMED e la FIMMG, che nel 2000 hanno elaborato un documento dal titolo «Carta della sicurezza nell'esercizio della pratica medica ed assistenziale», recante i seguenti principi fondamentali: 1) nulla può essere lasciato al caso; 2) è necessario investire in sicurezza; 3) i rischi devono essere dichiarati; 4) lo scambio di informazioni aumenta la sicurezza; 5) garantire l'appropriatezza riduce le probabilità di errore; 6) la qualità delle prestazioni deve essere valutata con indicatori di esito; 7) la comunicazione medico/paziente è parte integrante dell'atto medico; 8) bisogna sviluppare la critica e l'autocritica; 9) la verità deve essere premiante; 10) la formazione è l'arma della sicurezza. I principi di questa Carta rappresentano una valida falsariga per il monitoraggio e la registrazione degli errori, e più in generale di tutti gli eventi avversi: un monitoraggio che deve essere instaurato senza ulteriori ritardi in ogni struttura sanitaria, attraverso l'adozione delle procedure proprie del *risk management*, tra i compiti del quale c'è, ovviamente, anche quello, ulteriore, della restituzione, a tutti i livelli operativi, di indicazioni/prescrizioni finalizzate all'abbattimento delle occasioni di errore, quali possono verificarsi a livello della struttura, a livello dell'organizzazione e a livello dei singoli operatori sanitari. Il testo della Carta è stato redatto da S.A. Ingles e T. Pietrangolini, con la consulenza di P. Bonini e M.P. Costantini ed il supporto di un gruppo di lavoro composto da A. Barengi, A. Bellocchio, B. Borsari, B. Gorini, L. Mastroberardo, A. Morici, M. Olivetti, P. Pantaleo, E. Pernazza, S. Spinsanti e F. Tempesta (Roma, 8 aprile 2000).

<sup>26</sup> La Carta europea, che raggruppa i diritti inalienabili del paziente che ogni paese dell'Unione europea dovrebbe tutelare e garantire, elaborata nel 2002, ha enunciato 14 diritti. Essi sono: diritto a misure preventive, diritto all'accesso, diritto all'informazione, diritto al consenso, diritto alla libera scelta, diritto alla privacy e alla confidenzialità, diritto al rispetto del tempo dei pazienti, diritto al rispetto di standard di qualità, diritto alla sicurezza, diritto all'innovazione, diritto a evitare sofferenze e dolore non necessari, diritto ad un trattamento personalizzato, diritto al reclamo, diritto al risarcimento.

<sup>27</sup> Cfr. Associazione medica mondiale, *I Diritti del paziente*, documento approvato a Bali, il 22 settembre 1995, in «Riv. it. med. leg.», 19, 1997, pp. 443 ss.: «Se il paziente non ha ancora raggiunto la maggiore età o se è legalmente incapace, è necessario che vi sia, nei casi previsti dalla legge, il consenso del rappresentante legale. Comunque il paziente dovrà, nei limiti del possibile, prendere parte alle decisioni...».

<sup>28</sup> Cfr. d.m. 18 marzo 1998 relativo alle Linee guida di riferimento per l'istituzione e il funzionamento dei Comitati etici (pubblicato sulla GU n. 122 del 28 maggio 1998). Sul tema, cfr. J. De Munck e M. Verhoeven, *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité?*, Bruxelles, De Boeck, 1997; J.L. Genard, *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Ed. Labor, 2000.



integrato. La centralità della figura del malato deve, infatti, essere riconsiderata secondo un'ottica che individua nel rapporto medico-paziente l'efficacia della relazione terapeutica, anche in prospettiva di prevenzione dell'errore originato da persone, processi e attrezzature<sup>29</sup>. In Italia questa nuova visione del rapporto terapeutico, inteso come fulcro e punto di forza dell'intero sistema sanità, ha portato, in ritardo rispetto ad altre esperienze internazionali, ad un ripensamento della gestione degli errori sanitari e alla istituzione della figura del *risk manager*<sup>30</sup> aziendale, deputato a prevenire e gestire il rischio sanitario attraverso azioni mirate al miglioramento della qualità dei servizi offerti al cittadino<sup>31</sup>.

Il paziente è quindi nuovamente al centro del dibattito sul rispetto della persona e del diritto all'inviolabilità del libero arbitrio, come ricorda anche l'art. 2 della Convenzione di Oviedo, che stabilisce che l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sull'interesse della società o della scienza<sup>32</sup>.

L'individuo è riconosciuto parte di una relazione di stampo partecipativo, non più paternalistica<sup>33</sup>, in cui il dovere di «appropriatezza delle cure» (art. 3 della Convenzione di Oviedo) comporta la necessità di identificare strumenti, processi e condizioni che si collochino nella prospettiva indicata. Parallelamente, il bisogno di identificare criteri operativi conoscibili e oggettivi, nell'ambito delle pratiche sanitarie si è coagulato da un lato nel riconoscimento dell'importanza delle linee guida, idonee a standardizzare le prassi accreditate in sede scientifica e, dall'altro, nella formulazione di programmi

<sup>29</sup> Cfr. C.R. Rogers, *Client-centered Therapy*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1951; M. Stewart, *Patient-centered Medicine: Transforming the Clinical Method*, London, Radcliffe, 2003.

<sup>30</sup> Per *risk management* si intende il monitoraggio, la valutazione e la gestione del rischio sanitario, finalizzati a sottoporre a controllo economico i rischi dell'impresa.

<sup>31</sup> La prima comparsa dell'espressione «sistema di *risk management*» in campo sanitario è da rinvenire in un documento emesso dalla Commissione paritetica regioni/organismi sindacali incaricata dal CCNL dei dirigenti del SSN dell'8 giugno del 2000, che invitava a «analizzare i rischi gravanti sull'amministrazione, assicurati e non, secondo i criteri del *risk management*, articolato nel censimento e valutazione degli stessi, individuando successivamente quanto sia utile e necessario fare per un efficace sistema di prevenzione».

<sup>32</sup> Cfr. la Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, cit.

<sup>33</sup> L'evoluzione dei Codici di deontologia sintetizza il valore dell'informazione qualificata e della partecipazione del singolo alle decisioni che lo riguardano: il Codice del 1995 intendeva la salute nell'accezione biologica più ampia del termine, come condizione di assenza di malattia. Il Codice del 1998 sposta il baricentro verso la dimensione psicofisica della salute e considera il consenso come un mezzo di imprescindibile adesione alla terapia proposta dal sanitario, mentre per quello del 2006 il consenso diventa il fondamento dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che vede nell'effettiva partecipazione del secondo la legittimazione dell'azione del primo. Cfr. E. Grasso, *Prove tecniche di paternalismo liberale: la trasparenza dell'etichettatura dei prodotti alimentari dopo il regolamento UE n. 1169/2011*, in «Contratto e impresa/Europa», 2013, 1, pp. 79-101.

di monitoraggio degli eventi avversi connessi all'esercizio della attività sanitaria.

In questo studio, pertanto, le locuzioni «responsabilità sanitaria» e «*mal-practice medica*» sono preferite a quella di «responsabilità medica», perché sottolineano l'approccio globale che la falla del sistema sanitario può sostenere<sup>34</sup>. L'errore individuale non rappresenta più (necessariamente) il centro dell'indagine, soprattutto nei casi che lo vedono originato dalle mancanze del sistema (c.d. *system failures*)<sup>35</sup>, sempre più monitorate da strumenti di controllo della qualità e della sicurezza delle prestazioni.

I risultati dell'indagine presentati nella seconda parte di questo studio sono il frutto di interviste effettuate ai mediatori formati in Emilia-Romagna e Piemonte nell'ambito di progetti regionali finalizzati al riconoscimento del valore della persona umana e della dignità del paziente, che costituiscono parte integrante dell'attuazione del diritto alla salute. Il focus di questi progetti si basa sulle tecniche di mediazione trasformativa dei conflitti, che prevedono l'ascolto e il riconoscimento dei bisogni e dei vissuti altrui al fine di raggiungere la riconciliazione tra le parti.

Queste sperimentazioni si inseriscono in un più ampio contesto sia nazionale che internazionale. Le applicazioni di tecniche di mediazione trasformativa, o ADR o *mediation* in sanità si ritrovano, infatti, in diverse esperienze nazionali e straniere e si collocano in un più vasto quadro di ripensamento della gestione degli errori sanitari, sia in termini economici che umani.

Per comprendere appieno il contesto entro il quale si inseriscono questi percorsi di mediazione dei conflitti e il loro ruolo nella ricerca di una maggior tutela del diritto alla salute è necessario, primariamente, analizzare diversi fattori che spingono a quella revisione del rapporto medico paziente che incide concretamente sulla garanzia dei diritti di entrambi. Nella prima parte di questa ricerca vengono pertanto affrontate le questioni inerenti la responsabilità sanitaria nel contesto nazionale e le sue ripercussioni in termini di costi assicurativi, anche alla luce delle recenti riforme legislative, con un approfondimento sul ruolo di protocolli e linee guida. La seconda parte, invece, analizza le esperienze di mediazione *latu sensu* intese, sia a livello di politiche dell'Unione europea che in prospettiva comparata. Infine, si presentano i risultati dell'indagine svolta sui progetti di mediazione dei conflitti

<sup>34</sup> G. Comandé e G. Turchetti, *La responsabilità in sanità dal conflitto al dialogo tra gli attori*, in *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, a cura di G. Comandé e G. Turchetti, Padova, Cedam, 2004.

<sup>35</sup> «Although errors are committed by individuals and affect only one patient at time, the provider-patient interaction does not occur in a vacuum. This interaction is influenced by the environment, an external force which increases or decreases the chance for inevitable human error». Cfr. K. Myers, *Medical Errors: Causes, Cures and Capitalism*, in «Journal of Law & Health», 16, 2001-2002, pp. 264 ss.

nelle regioni Piemonte ed Emilia-Romagna, dando atto dei risultati ottenuti e dell'interesse di queste esperienze sia in termini qualitativi che numerici, in un'ottica di miglioramento della qualità dei servizi offerti.

### Bibliografia

- Alston, P., *The Historical Origins of the Concept of «General Comments» in Human Rights Law*, in L. Boisson de Chazournes e V. Gowlland-Debbas, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2001.
- Articolo 32, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole e R. Bin, Padova, Cedam, 2008.
- Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- Carrese, C. e Cimmino, A., *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria*, Altalex Editore, 2014, coll. Quaderni del diritto.
- Comandé, G. e Turchetti, G., *La responsabilità in sanità dal conflitto al dialogo tra gli attori*, in *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, a cura di G. Comandé e G. Turchetti, Padova, Cedam, 2004.
- Corasaniti, A., *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali inviolabili dell'uomo*, in «Diritto e società», 1990, 2, pp. 189-215.
- Cotta, S., *I doveri verso la comunità nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, a cura della SIOI e della Commissione Nazionale Unesco, Padova, Cedam, 1963, pp. 103-114.
- Diciotti, E., *Stato di diritto e diritti sociali*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2004, 4, pp. 49-79.
- Myers, K., *Medical Errors: Causes, Cures and Capitalism*, in «Journal of Law & Health», 16, 2001-2002, pp. 255-288.
- Riedel, E., *The Human Right to Health: Conceptual Foundation*, in *Realizing the Right to Health*, a cura di A. Clapham e M. Robinson, vol. III, *Swiss Human Rights Book*, Zurich, Ruffe & Rub., 2009, pp. 21-37.
- Rogers, C.R., *Client-centered Therapy*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1951.
- Roiati, A., *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in «Riv. it. med. leg.», 2011, 4-5, pp. 1125-1155.
- Schneider, F.H., *I diritti dell'uomo come fondamento e limite dell'ordinamento statale*, in *La libertà personale, Studi di diritto pubblico comparato*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino, Utet, 1997, pp. 49-84.
- Stewart, M., *Patient-centered Medicine: Transforming the Clinical Method*, Oxford, Radcliffe, 2003.

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

Parte prima

Aspetti giuridici e assicurativi  
del diritto alla salute

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

## Capitolo primo

# La responsabilità professionale medica: la responsabilità penale, civile e disciplinare

### 1. *Il diritto alla salute nel prisma del consenso informato*

Questa prima parte del lavoro esamina le principali criticità legate all'assetto del sistema sanitario italiano. Vengono prese in considerazione le ragioni che spingono i medici a comportamenti difensivi, i malati a cercare un ristoro monetario anche attraverso l'azione penale e le assicurazioni ad arretrare dal mercato sanitario. Si tratta di criticità che sollevano dubbi circa la sostenibilità dell'intero sistema, con ricadute negative sul diritto alla salute e sulla dignità di chi soffre.

La legge 8 novembre 2012, n. 189, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute (cosiddetta «riforma Balduzzi»), ha introdotto alcune novità in questa materia. Di seguito si darà particolare rilievo al ruolo delle linee guida, nella loro accezione di strumenti atti ad ottimizzare l'efficienza, gestire il rischio clinico e contenere così anche i costi di gestione della sanità.

Come primo tema si deve, anzitutto, affrontare il corretto inquadramento della responsabilità medica e sanitaria<sup>1</sup>, sia sotto il profilo penalistico e disciplinare che civilistico. Il diritto alla salute costituisce, infatti, un bene a tutela rafforzata che può essere leso da molteplici fattori: umani, aleatori, organizzativi ed economici. Lo sforzo di trattare un tema così complesso come quello della responsabilità medica e/o sanitaria si scontra con la difficoltà di operare un costante bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti, in un clima di oscillazioni giurisprudenziali che di volta in volta illuminano scorci diversi del diritto alla salute. La tutela della salute dà, anzitutto, origine a diversi tipi di responsabilità: penale, civile o amministrativa.

<sup>1</sup> A livello terminologico, si preferisce qui distinguere tra responsabilità medica e responsabilità sanitaria. La prima è la responsabilità imputabile al medico, inteso quale professionista, la seconda invece, all'ente di cura. La distinzione vuole evitare la confusione che spesso sorge in ambito giuridico, nel quale l'espressione responsabilità medica denota principalmente la responsabilità del singolo operatore sanitario, anziché i concorrenti (e nella pratica assorbiti) profili di responsabilità degli enti, imprese e strutture sanitarie. Tale distinzione sarà utile per la futura comparazione dei dati relativi al mondo delle assicurazioni.

L'art. 32 della nostra Costituzione sancisce il diritto alla salute e lo pone in relazione alla tutela dell'autodeterminazione individuale, stabilendo che «nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

La dicotomia tra la libertà del singolo e l'imposizione dell'autorità trova una sintesi nel limite della dignità, che è inscindibile dal diritto all'autodeterminazione. Libertà di scelta e rispetto del paziente si esprimono infatti nel consenso al trattamento terapeutico, che consente all'individuo di scegliere fra diverse opzioni di cura quella più in linea con la propria volontà e i propri orientamenti culturali ed etici<sup>2</sup>.

Un primo elemento che deve quindi essere esaminato è il legame tra la formazione del consenso del paziente al trattamento medico e gli obblighi di informazione gravanti sul professionista. Il rispetto dell'autodeterminazione dei pazienti poggia sull'attuazione del loro diritto a ricevere informazioni esaustive e chiare, che consentano di effettuare una scelta libera e ponderata<sup>3</sup>: il consenso al trattamento sanitario presuppone infatti per il paziente la consapevolezza delle sue decisioni e l'effettivo esercizio della sua libertà personale, conformemente al secondo comma dell'art. 32<sup>4</sup> e al primo comma dell'art. 13 della Costituzione<sup>5</sup>.

La legittimità dell'intervento medico si nutre, pertanto, sia del fine terapeutico, sia del consenso informato, che diventa il presupposto della liceità dell'atto medico<sup>6</sup>, fatte salve situazioni connotate dal requisito della necessità e dell'urgenza<sup>7</sup>: «il consenso deve essere libero, autonomo e consapevole, immune da vizi e non contrario all'ordine pubblico, nello spirito di inviolabilità della libertà personale ivi compresa la libertà di salvaguardare la propria salute»<sup>8</sup>. Di particolare importanza risulta, dunque, la qualità dell'informazione fornita dal medico, che deve essere ispirata a criteri di ragionevolezza e adeguatezza. L'informazione va infatti parametrata alla persona di

<sup>2</sup> C. Casonato e F. Cembrani, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 39-111.

<sup>3</sup> E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, Cedam, 2000, pp. 81 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

<sup>5</sup> G. Iadecola, *Consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, Padova, Liviana, 1989.

<sup>6</sup> Per essere valido, occorre che il consenso venga manifestato al sanitario, da parte di un paziente capace di agire. L'atto medico compiuto senza il consenso del paziente, in violazione delle *leges artis* e con esito pregiudizievole, può configurare un reato, anche in ragione del trend giurisprudenziale favorevole dell'estensione del dolo eventuale a scapito della colpa. Cfr. Cass. pen., sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222, in «Cass. pen.», 2013, 6, pp. 2309-2321.

<sup>7</sup> F. Mantovani, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in «Riv. it. med. leg.», 2000, 9, pp. 9-26.

<sup>8</sup> Cass. civ., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 35822, in «Mass. giur. it.», 2001.



volta in volta sottoposta a trattamento e rappresenta il frutto di un dialogo che non si esaurisce nella firma di moduli predeterminati. Questa informazione, i cui contenuti sono stati delineati nel tempo dalle disposizioni del Codice deontologico<sup>9</sup>, dalle convenzioni internazionali<sup>10</sup> e dalle decisioni delle Corti<sup>11</sup>, deve essere chiara e comprensibile, comunque intellegibile. L'assenso al trattamento presuppone infatti una volontà consapevole delle sue conseguenze<sup>12</sup>. Di qui, la connotazione del consenso come processo, più che come evento puntiforme<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. art. 33 del Codice di deontologia medica del 16 dicembre 2006.

<sup>10</sup> Sotto il profilo delle fonti sopranazionali, il principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina, sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997: l'art. 5 richiama la regola generale secondo cui «une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé». Il consenso trova anche riconoscimento nell'art. 3, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ratificata in Italia con la legge 7 aprile 2005, n. 57, secondo cui: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge». La nostra Corte di cassazione ha colto la portata di quest'articolo, affermando che «il consenso libero ed informato del paziente all'atto terapeutico debba essere considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma soprattutto, e prima ancora, come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona». Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in «NGCC», I, 2008, p. 83.

<sup>11</sup> In campo sanitario l'informazione è il presupposto della validità del consenso del paziente, poiché il soggetto, per prendere una decisione, ha bisogno di ottenere dal medico le informazioni necessarie a comprendere pienamente la propria situazione clinica. La volontà espressa da un individuo non informato non può infatti considerarsi valida. In questo caso, «l'informazione è finalizzata non a colmare l'inevitabile differenza di conoscenze tecniche tra il medico ed il paziente, ma a porre quest'ultimo nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e, quindi, di formarsi una volontà che sia effettivamente tale». G. Facci, *Il dovere di informazione del sanitario*, in «NGCC», II, 2006, 11, pp. 622 ss. La disciplina del consenso affonda le sue radici, tra l'altro, nella consapevolezza richiesta a chi si sottoponeva a interventi di chirurgia estetica, in modo che potesse ponderare i pro e i contro di un intervento chirurgico che, in quanto tale, comporta dei rischi (Cass. civ., sez. II, 8 agosto 1985, n. 4394, in «Foro it.», I, 1986, p. 122). L'asimmetria informativa tra le conoscenze specialistiche del medico e il paziente viene colmata attraverso un'informazione che deve essere più esaustiva a seconda del coefficiente di rischio dell'intervento (cfr. Cass. civ., sez. III, 2 luglio 2004, n. 14638, in «Giur. it.», 2005, p. 1395, con nota di D'Auria; in senso analogo cfr. Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, in «Foro it.», I, 1977, p. 771 e in «Danno e resp.», 1997, p. 178, con nota di V. Carbone, *Il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesista*; Trib. Milano, 4 marzo 2008, in «Resp. civ.», 2009, pp. 75 ss.; Cass. civ., sez. III, 12 giugno 1982, n. 3604, in «Giust. civ.», I, 1983, p. 939; App. Bologna, 21 novembre 1996, in «Resp. civ. prev.», 1997, pp. 374-393; Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in «Danno e resp.», 2001, pp. 1165 ss.; Trib. Milano, 25 febbraio 2005, in «Danno e resp.», 2006, pp. 69 ss.), e consiste in un rapporto dinamico e personalizzato (cfr. art. 33 del Codice di deontologia medica del 16 dicembre 2006).

<sup>12</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791, in «Danno e resp.», 2009, pp. 414 ss., con nota di Gagliardi.

<sup>13</sup> Cfr. M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, cit., pp. 191-288.

Nel rapporto medico-paziente le notizie e le delucidazioni fornite dal sanitario devono tenere in considerazione lo stato emotivo della persona e ispirarsi alla chiarezza e all'essenzialità dei contenuti, in modo da adattare le nozioni scientifiche al livello intellettuale e culturale di chi si sta sottoponendo al trattamento terapeutico<sup>14</sup>: «un'informazione fornita in modo non pienamente comprensibile [...] non assolve alla sua funzione ed equivale ad una non informazione»<sup>15</sup>. Il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare i rischi non anomali<sup>16</sup> e le possibili alternative al trattamento prospettato<sup>17</sup>, per costruire quell'alleanza terapeutica che deve essere alla base del rapporto di cura:

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, sì da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito [...], non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare 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>18</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. G. Guerra, *Consenso informato: tutela del diritto alla salute o della libertà di scelta?*, in «Danno e resp.», 2005, 8, pp. 872 ss.

<sup>15</sup> Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in «Danno e resp.», 2005, pp. 863 ss. A questo proposito è stato esplicitato dal Tribunale di Milano che i moduli del consenso informato devono veicolare un contenuto comprensibile e personalizzato, per assolvere alla funzione di spiegare i rischi connessi all'attività terapeutica. Cfr. Trib. Milano, 25 febbraio 2005, cit. Cfr. anche Corte EDU, *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, 10 giugno 2010. Sul ruolo di fonte integratrice del parametro di costituzionalità delle disposizioni CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, cfr. sentenze Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

<sup>16</sup> Tali rischi sono stati individuati in quelli aventi un'incidenza minore all'1%. Cfr. Cass. 14638/2004, cit.

<sup>17</sup> Cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, pp. 238 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. 364/1997, cit.; ma in senso sostanzialmente conforme, si vedano già Cass. civ., sez. III, 26 marzo 1981, n. 1773 in «Archivio civile», 1981, pp. 544 ss. e Cass., sez. un., 9 marzo 1965, n. 375, in «Foro it.», I, 1965, pp. 1040 ss. La dicitura operatore sanitario si ricollega all'evoluzione legislativa che negli ultimi anni ha profondamente innovato la realtà delle professioni sanitarie: le vecchie professioni ausiliari hanno ceduto il posto a quelle dei settori infermieristico-ostetrico, tecnico-sanitario e riabilitativo, che ormai agiscono con autonomia, risultando portatori di una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti (cfr. Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9638). Questi operatori espletano le funzioni individuate nei relativi profili professionali, nonché negli specifici Codici deontologici. Il medico risulta pertanto essere un *primus inter pares*, responsabile con i suoi colleghi dell'incolumità dei pazienti. Cfr. F. Buzzi, *La medicina legale nella gestione del contenzioso per malpractice, da parte delle aziende sanitarie*, in [www.anmodo.org](http://www.anmodo.org), p. 4. La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la responsabilità dell'assistente ospedaliero, posto che, entrando in contatto con il paziente, ne diviene responsabile per effetto del rapporto contrattuale che lo lega alla struttura sanitaria. Cfr. Cass. civ., sez. III, 21 maggio 2012, n. 8023; Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616.

Il definitivo superamento della visione «paternalistica» del consenso avviene negli anni Novanta, quando il Codice di deontologia medica cessa di considerare la salute come assenza di malattia e avalla un'accezione più ampia, legata al benessere psicofisico della persona<sup>19</sup>. In tal senso l'evoluzione dei Codici di deontologia costituisce lo specchio della maturazione del valore dell'informazione qualificata e della partecipazione del singolo alle decisioni che lo riguardano. Mentre il Codice del 1995 intendeva la salute nell'accezione biologica più ampia del termine, come condizione di assenza di malattia, il Codice del 1998 sposta il baricentro verso la dimensione psicofisica della salute, perché considera il consenso come un mezzo di imprescindibile adesione alla terapia proposta dal sanitario. Nel Codice del 2006, il consenso diventa il fondamento dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che vede nell'effettiva partecipazione alla decisione del secondo, la legittimazione dell'azione del primo.

Il consenso riveste il ruolo di sintesi<sup>20</sup> tra il diritto alla salute<sup>21</sup> e quello all'autodeterminazione<sup>22</sup> ed è posto a fondamento della liceità del trattamento: così, pur potendosi configurare una lesione al bene salute in presenza di consenso<sup>23</sup>, la lesione al diritto dell'autodeterminazione può verificarsi anche in presenza di un intervento terapeutico riuscito<sup>24</sup>. Recente giurisprudenza di legittimità ha chiarito che i beni giuridici tutelati sono infatti diversi:

pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute, se la prestazione terapeutica sia, tuttavia, inadeguatamente eseguita; e la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso, ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> «La versione del Codice del 1998 non indica più il fruitore del servizio come “paziente”, bensì come persona e come cittadino, a significare il superamento di una asimmetria di poteri tra chi decide, sia pur per il bene del paziente, e chi è soggetto alla decisione altrui». Cfr. G. Ferrando, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in «Politica del diritto», 2012, 1, pp. 3-29.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 438, in «Foro it.», I, 2009, pp. 1328 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., 30 luglio 2009, n. 259, in «Resp. civ.», 2009, 10, pp. 855 ss. e in «Corr. giur.», 2009, 11, p. 1559.

<sup>22</sup> Vedi Cass. civ., sez. III, 3 settembre 2007, n. 18513, in «Mass. giur. it.», 2008.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847, in «Mass. giur. it.», 2010.

<sup>24</sup> «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». Cfr. Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in «Mass. giur. it.», 2006.

<sup>25</sup> Cass. 2847/2010, cit.

I risvolti penali di un intervento eseguito in mancanza di consenso informato sono generalmente limitati al caso in cui l'intervento non abbia avuto un esito fausto<sup>26</sup>. Diversa è, tuttavia, la situazione in cui il paziente esprima un dissenso che il medico disattenda: in questo caso, pur in presenza di un esito terapeutico fausto, la Sezioni Unite hanno ravvisato nei confronti del medico il reato di violenza privata<sup>27</sup>, sanzionato all'art. 610 c.p.<sup>28</sup>. In sintesi, la liceità del trattamento non può prescindere dall'acquisizione del consenso<sup>29</sup>. Nel caso in cui il medico attui un trattamento arbitrario dall'esito fausto, connotato dalla mancanza di valido consenso, i giudici della Cassazione hanno recentemente rilevato

<sup>26</sup> Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, ric. *Giulini*, in «Danno e resp.», 2009, 3, pp. 329 ss.; in «Dir. pen. e processo», 2009, 4, pp. 427 ss.; in «Giur. it.», 2009, 10, pp. 2263 ss.; in «Cass. pen.», 2009, p. 1809, con nota di Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*. Infatti, qualora il soggetto sia stato sottoposto ad un intervento, con esito fausto, ma che avrebbe evitato se a conoscenza delle conseguenze probabili, poiché tali effetti collaterali negativi, secondo la sua personale opinione, sono peggiori del risultato ottenuto con l'intervento stesso, si avrà violazione del diritto alla libertà di scelta, non anche alla salute. Cfr. Cass. 2437/2008, cit.: «la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione e [...] l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa; (dunque) se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di "costrizione a tollerare" rende, tecnicamente, impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 c.p. [...]» mentre, sempre in caso di intervento dall'esito fausto, «l'atto, pur se anatomicamente lesivo, non soltanto non ha provocato – nel quadro generale della salute del paziente – una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto; [...] l'atto operatorio in sé, dunque, rappresenta solo una porzione della condotta terapeutica, che potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli esiti conclusivi che dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente».

<sup>27</sup> Similmente, cfr. Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2002, n. 26446, ric. *Volterrani*, in «Riv. pen.», 2002, pp. 751 ss.; in «Cass. pen.», 2003, pp. 1945 ss., con nota di G. Marra, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, e in «Cass. pen.», 2003, 9, pp. 2659 ss., con nota di G. Iadecola, *Ancora in tema di rilevanza del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico-chirurgico*. Questa sentenza, in *obiter dicta*, aveva ritenuto che, essendo insuperabile il dissenso esplicito del paziente – ovvero, l'espreso, libero e consapevole rifiuto del trattamento – l'eventuale trattamento arbitrario avrebbe integrato gli estremi del delitto di violenza privata, e non invece quello più grave di lesioni personali. L'attività del medico è, infatti, comunque, funzionale alla guarigione del paziente e non diretta a cagionare una malattia del corpo o della mente; in dottrina, vedi anche G. Iadecola, *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in «Cass. pen.», 2002, pp. 2044 ss. L'autore ritiene che, nel caso di intervento arbitrario, sia configurabile il reato di violenza privata.

<sup>28</sup> La Corte di cassazione, con la citata sentenza 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437, analizzando gli elementi del reato di violenza privata, sottolinea come la «costrizione» ne costituisca requisito essenziale. La Suprema Corte ritiene che «il concetto di costrizione postuli il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell'agente e, per conseguenza di essa, è indotta a fare, tollerare o omettere qualche cosa in contrasto con la propria volontà», così come avviene nel caso di soggetto che, nonostante l'espreso rifiuto, sia anestetizzato e costretto a subire l'intervento non voluto. Cfr. A. Riccio, *Consenso informato e dissenso tra diritto penale e diritto civile*, in «Contratto e impresa/Europa», 2009, 3, pp. 569 ss.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 11640.

una sostanziale incompatibilità concettuale tra lo svolgimento dell'attività sanitaria, in genere, e medico-chirurgica in specie, e l'elemento soggettivo che deve sussistere perché possa ritenersi integrato il delitto di lesioni volontarie (o omicidio preterintenzionale). Infatti, una condotta istituzionalmente rivolta a curare e, dunque, a rimuovere un male, non può essere messa sullo stesso piano di una condotta destinata a cagionare quel male<sup>30</sup>.

Questa sentenza sembra segnare un ritorno al passato per quanto riguarda il ruolo dell'autonomia del paziente, poiché costringe la malattia nel recinto della fisicità, senza considerarla uno stato di benessere «coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»<sup>31</sup>. Giurisprudenza precedente sostiene invece che, poiché nel diritto alla salute sono ricompresi sia quello all'integrità fisica che quello all'autodeterminazione, è configurabile la lesione del secondo anche senza che vi sia un pregiudizio corporale<sup>32</sup>. La materialità del pregiudizio, che costituisce evidenza del danno, può essere il frutto di un'incompleta o assente fase di erogazione delle informazioni propedeutiche all'acquisizione del consenso, ma la violazione dei diritti inviolabili della persona, come quello alla salute e all'autodeterminazione, prescinde dal verificarsi della malattia<sup>33</sup>, perché costituisce una fonte autonoma di responsabilità<sup>34</sup>. In tal caso il danno deve essere risarcito autonomamente dopo essere stato adeguatamente provato<sup>35</sup>.

Dal punto di vista civilistico, il consenso informato è invece suscettibile di duplice interpretazione: la prima lo riconduce nell'alveo della responsabilità precontrattuale, che circoscrive il risarcimento all'interesse negativo<sup>36</sup>, mentre la seconda lo colloca nel recinto della responsabilità contrattuale, che implica il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Cass. 2437/2008, cit.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. 21748/2007, cit.

<sup>32</sup> Cfr. Trib. Milano, 29 marzo 2005.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in «NGCC», I, 2009, pp. 102 ss.

<sup>34</sup> App. Roma, 9 ottobre 2008, inedita.

<sup>35</sup> Cfr. R. Pucella, *L'illiceità dell'atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 185-275.

<sup>36</sup> Tale danno è costituito dalle spese inutilmente effettuate e dalla perdita di ulteriori occasioni. Cfr. Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14539, in «Foro it.», I, 2004, pp. 3009 ss.

<sup>37</sup> In questo senso: Cass. 364/1997, cit.; Cass. civ., sez. III, 8 aprile 1997, n. 3046, secondo cui «l'obbligo di informazione da parte del sanitario assume rilievo nella fase precontrattuale, in cui si forma il consenso del paziente al trattamento o all'intervento e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, ex art. 1337 c.c.»; Cass. civ., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. 3604/1982, cit.; Cass. civ., sez. III, 26 marzo 1981, n. 1773, in «Giust. civ. Mass.», 1981; App. Bologna, 21 novembre 1996, cit.; App. Venezia, 23 giugno 2003, in «Giur. merito», 2004, pp. 1655 ss.; Trib. Bologna, 30 dicembre 2004, cit.

Secondo un altro orientamento bisogna distinguere il consenso prestato alla conclusione del contratto per le cure ed il consenso al trattamento<sup>38</sup>. Nel momento in cui il paziente si rivolge ad un medico affinché questo diagnostichi la malattia ed eventualmente proponga una terapia, si conclude un contratto d'opera professionale. Pertanto, il consenso prestato dal paziente è finalizzato alla conclusione di un contratto avente ad oggetto le cure che il professionista si impegna ad effettuare. Altra cosa è, invece, il consenso al trattamento che il paziente concede dopo la diagnosi, quando il sanitario propone la cura che gli sembra più opportuna ed illustra al paziente le ragioni di tale opportunità; è in questo momento, infatti, che il sanitario, dopo l'anamnesi e l'esame del soggetto, provvede a fornirgli l'informazione volta a consentirgli di decidere se sottoporvisi o meno<sup>39</sup>.

In particolare, nel 2001 la Cassazione<sup>40</sup> ha precisato che il contratto di cura è scomponibile in due fasi, una preliminare: «diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici, e l'altra, conseguente, terapeutica o di intervento chirurgico»; l'informazione, parte integrante dell'obbligazione del professionista, deve essere fornita al termine della prima e all'inizio della seconda, quindi, durante la fase esecutiva del contratto, già conclusosi al momento in cui il paziente richiede al medico di effettuare la diagnosi e proporre la terapia; «di qui, in definitiva, la natura contrattuale della responsabilità derivante da omessa informazione»<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Tale tesi, già sostenuta da Cass. civ., sez. III, 29 marzo 1976, n. 1132, in «Rep. Foro it.», 1976, voce *Professioni intellettuali*, n. 40 e Cass. 4394/1985, cit., è stata ripresa a partire da Cass. 7027/2001, cit.

<sup>39</sup> Per un'analisi esaustiva delle problematiche legate al consenso informato, si veda M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit.

<sup>40</sup> Cass. 7027/2001, cit.; ma vedi già Cass. civ., sez. III, 29 marzo 1976, n. 1132, in «Giur. it.», I, 1977, coll. 1980-90.

<sup>41</sup> Cass. 7027/2001, cit.; nel senso di riconoscere la natura contrattuale del dovere di informazione, in giurisprudenza: App. Milano, 2 maggio 1995, in «Foro it.», 1996, pp. 1418 ss., secondo cui «il professionista sanitario ha l'obbligo, di natura contrattuale, di informare compiutamente il paziente dei rischi connessi alla terapia consigliata e prescritta»; Trib. Venezia, 4 dicembre 2004, cit.; Trib. Milano, 29 marzo 2005, in «Resp. civ. e prev.», 2005, pp. 751 ss.; Trib. Milano, 25 febbraio 2005, cit. In dottrina cfr. A. Stillo, *Malpractice: il consenso informato*, in «I Contratti», 2001, 12, pp. 1173-1176; G. Facci, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, cit.; M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in «Riv. dir. civ.», 3, 2001, pp. 342 ss., secondo cui l'informazione è un «obbligo autonomo nel rapporto medico-paziente [...] che va adempiuto con lo stesso grado di diligenza previsto per il vero e proprio trattamento sanitario»; F. Lorenzato, *Verso l'entropia della responsabilità medica.*, in «Danno e resp.», 2006, 1, pp. 87 ss., secondo cui ricondurre il fondamento del diritto di informazione «al dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative non corrobora, ma piuttosto, indebolisce la posizione del paziente nella misura in cui la lesione del suo diritto darebbe luogo, per tale via, ad una responsabilità extracontrattuale, invece che contrattuale, con la conseguenza di gravarlo del peso probatorio di quel regime di responsabilità».



Per quanto riguarda l'onere della prova, grava sul medico dimostrare l'effettiva informazione del paziente, mentre incombe sul paziente il compito di dimostrare che l'omissione informativa del sanitario è la causa del danno subito: in altre parole, spetta al paziente dimostrare che l'insufficienza delle delucidazioni ricevute ha influito sulla sua scelta di non sottoporsi ad un trattamento altrimenti migliorativo<sup>42</sup>.

## 2. La responsabilità sanitaria: profili penali

Da un punto di vista penalistico, l'illecito (o reato) consta di un elemento oggettivo e uno soggettivo: il primo è costituito da una condotta, un evento e un nesso di causa che consente di attribuirlo al soggetto agente, mentre il secondo inerisce la dimensione psicologica, che postula l'addebito della responsabilità penale a titolo di dolo, colpa o preterintenzione<sup>43</sup>.

Il trattamento medico, che implica un'interferenza comunque peggiorativa (transitoria o permanente) con l'integrità psicofisica del paziente, integra oggettivamente gli estremi del reato di lesioni ovvero di violenza privata, quando, come abbiamo visto, è somministrato disattendendo il consenso<sup>44</sup>. Il fatto viene tuttavia considerato lecito da parte della dottrina in virtù del ricorso ad una causa di giustificazione, individuata nel consenso dell'avente diritto, nell'esercizio del diritto, nell'adempimento del dovere o, infine, nello stato di necessità<sup>45</sup>. Per altra parte della dottrina il trattamento medico, ese-

<sup>42</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2010, n. 2847. Per riflessioni sulla ripartizione dell'onere della prova cfr. M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit.

<sup>43</sup> Cfr. art. 43 c.p., *Elemento psicologico del reato*: «Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico».

<sup>44</sup> Cfr. Cass. 2437/2008, cit. La sentenza ha chiarito che in presenza di un atto terapeutico eseguito correttamente e dall'esito fausto, pur diverso da quello cui il paziente aveva acconsentito, ma su cui non aveva esplicitamente dissentito, l'azione del medico costituisce una condotta priva di rilevanza penale, sia sotto il profilo delle lesioni, che sotto il profilo della violenza privata.

<sup>45</sup> Vedi F. Mantovani, *Esercizio del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 645 ss., testo e nota 53; R. Riz, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, Cedam, 1975; Id., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, Cedam, 1979; A. Gamberini, *Le scriminanti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. II, Torino, Utet, 2<sup>a</sup> ed., 1996, pp. 17 ss.

guito *lege artis*, non potrebbe mai rivestire gli estremi della fattispecie della lesione personale, per mancanza dell'elemento oggettivo<sup>46</sup> e soggettivo della lesione personale volontaria. L'offesa al bene salute può tuttavia realizzarsi anche per effetto di un comportamento strumentalmente finalizzato al recupero della salute stessa, ma che provoca un peggioramento dell'integrità psicofisica in seguito ad un trattamento diagnostico o curativo<sup>47</sup>.

L'avvicinarsi nell'arco di pochi anni di sentenze che, in relazione alla medesima fattispecie, hanno ora ravvisato la responsabilità del chirurgo per omicidio preterintenzionale, ora la sua responsabilità per omicidio colposo o doloso ora, invece, lo hanno ritenuto esente da ogni addebito sul piano penale<sup>48</sup>, ha evidenziato la difficoltà di qualificazione giuridica del trattamento sanitario. Per accertare la responsabilità penale del medico, fuori dai casi di mancato consenso informato, si deve infatti valutare da un lato la condotta nel caso specifico e, particolarmente, il nesso causale tra questa condotta e l'evento dannoso subito dal paziente e, dall'altro, la sussistenza dell'elemento psicologico in capo al medico.

La condotta può consistere in un fare o in un non fare: nel primo caso si avrà un reato di azione, nel secondo uno di omissione, che si configura qualora non venga posta in essere un'attività doverosa. In presenza di uno specifico obbligo giuridico di impedire un evento colui che non ottempera

<sup>46</sup> Sotto il profilo oggettivo infatti il danno alla salute difetterebbe del presupposto necessario perché si configuri tale diritto, poiché la modificazione costituirebbe l'eliminazione o l'attenuazione di una dannosa malattia dell'organismo.

<sup>47</sup> Il fine di cura non può considerarsi un limite implicito alle lesioni, poiché il fine che l'agente si propone è irrilevante per il dolo generico e dal nostro diritto penale viene considerato soltanto se per la sussistenza del reato sia richiesto il dolo specifico, Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, ric. *Massimo*, in «Cass. pen.», 1993, pp. 63 ss., con nota di G. Melillo, *Condotta arbitraria e responsabilità penale*. «In questo caso, l'intervento chirurgico eseguito al di fuori del consenso, pur se secondo una precisa indicazione terapeutica, è stato ritenuto idoneo a integrare il reato di lesioni personali volontarie, ex art. 582 del codice penale, a causa di una condotta aggressiva all'altrui incolumità fisica e determinante una malattia. Il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte».

<sup>48</sup> Tali sono state, rispettivamente, le tre sentenze della Corte di cassazione *Massimo*, cit., *Barese* (Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, ric. *Barese*, in «Riv. pen.», 2001, pp. 806 ss. e in «Cass. pen.», 2002, 2, pp. 517 ss., con nota di G. Iadecola, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*) e *Volterrani* (Cass. 26446/2002, cit). Per un'approfondita analisi di queste sentenze cfr. F. Viganò, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», I, 2004, pp. 141-192. Cfr. anche Cass., sez. un., 2437/2008, cit. e R. Blaiotta, *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in «Cass. pen.», 2010, 10, pp. 3358-3368.



alla prescrizione è considerato colpevole come se l'avesse cagionato. L'art. 40 c.p. attribuisce infatti il rapporto causale tanto ad una azione che ad una omissione<sup>49</sup>. In campo medico compiere un trattamento sanitario inopportuno equivale ad omettere quello appropriato, data la posizione di garanzia ricoperta dal sanitario nei confronti del bene-salute, a tutela rafforzata<sup>50</sup>.

L'accertamento del nesso causale nei reati omissivi richiede di appurare se in presenza di quell'azione, che il cosiddetto garante doveva porre in essere e invece non ha compiuto, l'evento si sarebbe ugualmente verificato. Nei reati commissivi si tratta invece di accertare se l'evento si sarebbe verificato, in assenza di quell'azione che l'agente non avrebbe dovuto compiere. Il paradigma unitario di imputazione dell'evento è lo stesso: l'accertamento del nesso eziologico non pretende infatti «un grado di certezza meno rigoroso rispetto ai comuni canoni richiesti per la condotta propria dei reati commissivi»<sup>51</sup>.

In campo sanitario pronunciare sul rapporto causale comporta un complesso accertamento: le difficoltà scientifiche e pratiche della medicina rendono spesso arduo stabilire in che misura il decorso infausto di una malattia sia determinato da altre cause patologiche, da alea terapeutica ovvero dall'operato negligente, imprudente o imperito dei medici. Infatti, in un settore dove l'incertezza è connaturata al fatto che la scienza medica si basa su valutazioni probabilistiche<sup>52</sup>, è particolarmente complesso stabilire quando la lesione della salute si è verificata in seguito ad una condotta, o è il risultato di concause legate a patologie pregresse, rare o sconosciute. L'accertamento del rapporto di causalità è pertanto sempre stato oggetto di contrasti interpretativi sia in dottrina che in giurisprudenza.

In particolare, in diritto penale, il nesso causale è stato in un primo momento ritenuto sussistere in presenza di leggi scientifiche verificabili empiricamente o sperimentalmente, generali e confermabili<sup>53</sup>. L'attribuzione della

<sup>49</sup> Art. 40 c.p., *Rapporto di causalità*: «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

<sup>50</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 13547, in «Riv. it. med. leg.», 2012, pp. 1281 ss.

<sup>51</sup> Cass., sez. un., 10 luglio 2002, *Franzese*, n. 30328, in «Cass. pen.», 2002, pp. 3646 ss.; in «Dir. pen. e processo», I, 2003, pp. 50 ss.; in «Foro it.» II, 2002, pp. 601 ss. Cfr. Cass. 21 febbraio 2012, n. 10864; Cass. 27 aprile 2006, n. 38410; Cass. 22 gennaio 2008, n. 8593, in «Cass. pen.», 2009, 1, pp. 195 ss.

<sup>52</sup> G. Federspil e R. Vettor, *I limiti della medicina: probabilità, errori e linee-guida*, in *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale. Atti del Convegno di studio tenutosi a Roma il 26 giugno 1999*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 101 ss.

<sup>53</sup> «Nei reati omissivi in campo medico si assiste ad un fenomeno di progressiva sostituzione ed integrazione dell'operazione logica nelle quali si sostanzia la tesi della *conditio sine qua non* a favore della utilizzazione di principi generali, siano essi "leggi universali" (tali da determinare in termini di assoluta certezza che al verificarsi dell'evento X sia invariabilmente accompagnata la verificazione dell'evento Y), ovvero siano, al contrario, semplici "leggi stati-

responsabilità penale avveniva utilizzando il criterio della certezza<sup>54</sup>, poi surpassato da quello dell'alta probabilità scientifica<sup>55</sup>. Nel caso della responsabilità del medico il rapporto eziologico deve infatti essere accertato con la massima percentuale di sicurezza o, comunque, una percentuale ad essa di poco inferiore, accompagnata dalla certezza che sia stata proprio la condotta colposa del sanitario a provocare la malattia o il suo aggravarsi.

La già citata sentenza *Franzese*<sup>56</sup> rappresenta un punto di svolta in materia di imputazione del nesso causale penale in ambito sanitario. Essa ha delineato un modello di accertamento probatorio del nesso di causalità cui si ispira costantemente la giurisprudenza, basato sul presupposto che la condotta del medico debba essere stata condizione necessaria dell'evento lesivo con «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica». Questa pronuncia ha chiarito che per stabilire la causalità generale (ossia l'individuazione di una legge scientifica di copertura che affermi la correlazione tra una classe di condotte ed una classe di eventi) possono essere utilizzate anche leggi statistiche, cioè leggi che propongono una spiegazione solo probabilistica dei fenomeni. Viceversa, per accertare la causalità individuale (ossia la correlazione tra una determinata condotta e l'evento in concreto realizzatosi) è necessario raggiungere la certezza processuale, cioè operare una verifica in concreto in termini di ragionevole certezza<sup>57</sup>. Tale

stiche», destinate esclusivamente ad affermare, in termini scientificamente verificabili, in quale misura percentuale ad un determinato evento ne consegua un altro». Vedi in tal senso C. Parodi e V. Nizza, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, cit., vol. V, pp. 167 ss.

<sup>54</sup> Cass. pen., sez. II, 17 dicembre 1952, in «Giust. pen.», II, 1953, pp. 503 ss.

<sup>55</sup> Cfr. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2000; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2001, pp. 173 ss.; A. Fiori, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 575 ss. Precedentemente all'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione del 2002, in occasione della nota sentenza *Franzese*, il procedimento ermeneutico del giudice si basava sulla c.d. «teoria dell'aumento del rischio». Tale teoria richiedeva che l'intervento dell'agente dovesse essere comunque diretto ad abbattere il rischio di verificarsi dell'evento lesivo nei confronti della vittima. La valutazione sulla responsabilità medica si fondava quindi, prevalentemente, su prove di natura statistica. Infatti, tra il 1990 e il 2002, la giurisprudenza ha elaborato una concezione statistica di probabilità, spaccandosi in due correnti. Per la prima, una legge scientifica, che esprima una probabilità vicina alla certezza, può permettere una condanna (cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, n. 1688, *Baltrocchi*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2001, pp. 277 ss.; Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2000, n. 2123, *Di Cintio*; Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 2139, *Musto*). Per la seconda, finalizzata teleologicamente alla tutela della società, la condanna dell'imputato è permessa anche quando la legge scientifica esprima una probabilità seria e apprezzabile (mediamente, tra 30 e 50%). Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, *Bonetti*, in «Cass. pen.», 1992, pp. 2726 ss., in cui la Cassazione operò, seguendo l'impostazione proposta da studiosi, fra cui Federico Stella, una svolta in favore del modello della sussunzione sotto leggi scientifiche.

<sup>56</sup> Cfr. nota 51.

<sup>57</sup> Recente giurisprudenza di legittimità ha mostrato di avallare questo indirizzo: in tema di responsabilità omissiva del medico per morte del paziente, la verifica dell'esistenza del nes-

verifica è compito del giudice, che deve esprimere il proprio convincimento «dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati»<sup>58</sup>.

Nell'accertare la responsabilità penale del sanitario il giudice deve comparare l'ipotesi secondo cui l'evento dannoso si sarebbe comunque verificato, indipendentemente dalla condotta umana colposa, con quella per cui, senza la medesima condotta, l'evento non si sarebbe verificato, effettuando la prova contro-fattuale con un ragionamento *ex post*<sup>59</sup>.

Le regole fissate da questa fondamentale giurisprudenza sono state riprese e sviluppate dalle pronunce successive. Esse applicano ed approfondiscono il concetto di probabilità logica stabilito dalla sentenza *Franzese*, sostenendo che il nesso di causalità vada accertato collazionando le probabilità statistiche di successo dell'intervento omissso con tutte le circostanze del caso concreto, quali risultanti dal materiale probatorio raccolto<sup>60</sup>.

L'effetto pratico di questa impostazione è che, secondo la Corte di cassazione, il nesso causale tra la condotta (commissiva) del medico ed il danno lamentato dal paziente, può ravvisarsi non solo quando vi sia in tal senso una certezza scientifica, ma anche quando sussista unicamente «un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica», purché «qualificata da ulteriori elementi idonei a tradurre in certezze giuridiche le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici»<sup>61</sup>. Il rapporto tra accertamento «forte» del nesso causale ed acquisizioni probatorie disponibili, comporta in termini di certezza processuale e di alta probabilità logica l'esclusione delle ipotesi causali antagoniste o alternative<sup>62</sup>. Compete pertanto al giudice

so di causalità tra la condotta omissiva del sanitario e l'evento lesivo presuppone l'effettuazione del cosiddetto «giudizio controfattuale», diretto a stabilire se l'azione o le condotte positive ritenute doverose e invece omesse, nel caso concreto, ove ipotizzate come poste in essere dall'imputato, sarebbero state idonee ad evitare l'evento o a ritardarne significativamente la sopravvivenza: tale verifica deve in concreto verificarsi in termini di ragionevole certezza («alto grado di credibilità razionale» o «probabilità logica»), secondo tutte le circostanze che connotano il caso, e non già in termini di mera probabilità statistica pur rivelatrice di «serie ed apprezzabili probabilità di successo» per l'azione impeditiva dell'evento. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 maggio 2010, n. 20650.

<sup>58</sup> Cfr. art. 192, comma 1, c.p.p.

<sup>59</sup> L. Tramontano, S. Rossi e R. Bordon, *La nuova responsabilità civile. Causalità, responsabilità oggettiva e lavoro*, Torino, Utet, 2010, pp. 88 ss.

<sup>60</sup> Così Cass. 30328/2002, cit.

<sup>61</sup> Così Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2005, n. 22894, in «Foro it.»; nella specie la sentenza di merito, confermata dalla Suprema Corte, aveva respinto la domanda risarcitoria nei confronti dell'ente ospedaliero in relazione al danno asseritamente subito da un neonato per il ritardo del trasferimento nel reparto di pediatria, sul rilievo che il collegio peritale si era espresso in termini di mera possibilità.

<sup>62</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 27 gennaio 2010, n. 24732, in «Cass. pen.», 2011, 11, pp. 3807 ss., con nota di A. Verrico, *La prova scientifica e il libero convincimento del giudice nell'applicazione del criterio della «probabilità logica» nell'accertamento causale*.

valutare, fra tesi scientifiche contrastanti, quella più affidabile, in grado di sostenere l'argomentazione probatoria relativa al caso concreto<sup>63</sup>.

Sotto il secondo profilo, quello psicologico, la principale differenza tra il dolo e la colpa consiste nella mancanza della volontà di cagionare l'evento lesivo, che connota la colpa.

Il codice penale italiano non prevede una distinzione tra colpa lieve e colpa grave, che assume rilievo solo in sede di commisurazione della pena *ex art.* 133 del codice penale. Il grado della colpa è ritenuto essere soltanto criterio per la determinazione della pena o circostanza aggravante, e non condizione per la stessa sussistenza dell'elemento psicologico del reato<sup>64</sup>. L'art. 133 del codice penale – intitolato gravità del reato: valutazione agli effetti della pena – impone infatti al giudice, nell'esercizio del potere discrezionale attribuito dall'art. 132 c.p., di tener conto della gravità del reato deumibile «dall'intensità del dolo o dal grado della colpa».

Negli anni Settanta si affermò un indirizzo giurisprudenziale che riteneva sussistere la colpa del sanitario in casi gravi, *ex art.* 2236 del codice civile. La colpa era ritenuta grave se il medico avesse mostrato un'ignoranza inescusabile di quel minimo di pratica ed esperienza necessario all'espletamento della sua professione. La Corte costituzionale, investita della questione, riconobbe la deroga al regime generale della responsabilità per colpa solo relativamente alla perizia, e non alla diligenza e alla prudenza<sup>65</sup>.

Negli anni Ottanta, tuttavia, la giurisprudenza ritenne che l'art. 2236 c.c. non potesse più applicarsi all'ambito penalistico, nel rispetto del divieto di analogia e di interpretazione estensiva, fatto salvo l'obbligo del risarcimento del danno in caso di soluzione di problemi di speciale difficoltà<sup>66</sup>. Recentemente tuttavia, considerando situazioni connotate dall'urgenza, dall'emergenza e la particolarità di quei campi medici contraddistinti da un alto livello di rischio, la Cassazione ha deciso di valutare la colpa del terapeuta tenendo conto della difficoltà tecnica e scientifica in cui si è trovato ad operare<sup>67</sup>. La legge 189/2012 si innesta in questo filone giurisprudenziale, prevedendo all'art. 3 di limitare le conseguenze penali della colpa medica. Sul

<sup>63</sup> «Quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunque accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta comunque al giudice prescegliere quella da preferire. La Corte di cassazione, rispetto a tale apprezzamento, non deve stabilire se la tesi accolta sia esatta, ma solo se la spiegazione fornita sia spiegata in modo razionale e logico». Cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786.

<sup>64</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412.

<sup>65</sup> Cfr. Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in «Foro it.», I, 1974, pp. 19 ss., e successivamente, ripreso da Cass. civ., 8 luglio 1994, n. 6464, in «Giust. civ.», I, 1995, pp. 767 ss.; Cass. civ., 1° febbraio 1991, n. 977, in «Giur. it.», I, 1991, pp. 1379 ss.

<sup>66</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 giugno 1987, n. 11733, in *C.E.D. Cass.*, n. 177085; Cass. pen., sez. IV, 9 giugno 1981, n. 9367, in «Foro it.», II, 1982, p. 268.

<sup>67</sup> Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, in «Cass. pen.», 2012, 6, pp. 2069 ss., con nota di Ferraro.

punto la riforma, che verrà analizzata nel prossimo paragrafo, stabilisce che non deve essere chiamato a rispondere penalmente per colpa lieve il sanitario che abbia seguito le linee guida e le buone pratiche.

### 2.1. *Segue: la responsabilità penale e le linee guida dopo la legge 8 novembre 2012, n. 189*

Con la legge 8 novembre 2012, n. 189, i concetti di linee guida e buone pratiche assurgono a parametri di valutazione della responsabilità penale del medico.

Le linee guida sono raccomandazioni cliniche elaborate da società scientifiche, centri di ricerca o gruppi di esperti, finalizzate a delineare uno standard di comportamento in grado di ottimizzare la tutela della salute e le esigenze di efficienza ed effettività della pratica medica, anche in riferimento alla valutazione del suo impatto economico<sup>68</sup>.

Le *medical guidelines* sono contraddistinte da una tendenza universalistica, poiché mirano a orientare il comportamento del sanitario nel raggiungere un elevato livello di formalizzazione e standardizzazione dell'arte medica<sup>69</sup>. Per questo motivo, si rivolgono ad un modello clinico astratto e devono essere calibrate sulla specificità dell'individuo<sup>70</sup>. Le linee guida, pur nella vastità di fonti e ambiti da cui provengono, costituiscono «raccomandazioni di comportamento clinico elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni»<sup>71</sup>. Si differenziano dal *protocollo*, che costituisce uno

<sup>68</sup> F. Rutten, W. Brower e L. Niessen, *Practice Guidelines Based on Clinical and Economic Evidence: Indispensable Tools in Future Market Oriented Health Care*, in «European Journal of Health Economics», 6, 2005, 2, pp. 91 ss. Per linee guida si intendono le raccomandazioni di comportamento clinico basate sugli studi scientifici più aggiornati, che possono provenire indifferentemente da organismi pubblici o privati, nazionali o internazionali. Le linee guida sono «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni degli esperti, con lo scopo di aiutare i medici e i pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche condizioni cliniche», cfr. M.J. Field e K.N. Lohr, *Guidelines for Clinical Practice: From Development to Use*, Washington, D.C, National Academy Press, 1992. Con decreto del ministro della Salute del 30 giugno 2004 è stata creata una banca dati pubblica denominata «Sistema nazionale per le linee guida» (SNLG), finanziata dall'Istituto superiore di sanità su modello della National Guideline Clearinghouse TM (NGC) statunitense realizzata dalla Agency for Healthcare Research and Quality (AHRQ).

<sup>69</sup> Cfr. G. Iadecola *Il valore «dell'opinione» dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in «Riv. it. med. leg.», 2001, 1, pp. 11-14.

<sup>70</sup> M.D. Eddy, *Designing a Practice Policy, Standards, Guidelines, and Options*, in «JAMA», 263, 1990, 22, pp. 3077-3084.

<sup>71</sup> Cfr. la definizione ripresa nel manuale metodologico *Come produrre, diffondere e aggiornare*

schema comportamentale strutturato, dallo *standard*, che si riferisce all'utilizzo di valori minimi o massimi di riferimento (detti anche valori soglia)<sup>72</sup> e dalle buone pratiche, che sono finalizzate all'attuazione di principi clinico-assistenziali idonei a conseguire l'obiettivo generale della sicurezza, specialmente nel contesto di una attività complessa.

La legge 189/2012 ha sancito la rilevanza delle linee guida, escludendo la responsabilità penale per la colpa lieve del sanitario nell'ipotesi in cui il medico si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica<sup>73</sup>. Prima dell'entrata in vigore della legge 189/2012, che ha convertito il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, giuristi e medici concordavano sul fatto che seguire pedissequamente le linee guida, così come distaccarsene, non avrebbe comportato per il medico un'automatica esenzione da responsabilità o, nel secondo caso, non ne avrebbe determinato la colpa<sup>74</sup>. La cornice giurisprudenziale, in assenza di un riferimento legislativo alle linee guida, appariva incerta<sup>75</sup>. Il loro contenuto era infatti ritenuto insufficiente a contenere la diversa tipologia dei casi clinici sottoposti al vaglio giudiziale: discostarsene o seguirle dipendeva sempre dalla valutazione del caso concreto<sup>76</sup>. Così, è stata ritenuta sussistere la colpa di un medico che si era attenuto alle linee guida, dalle quali si sarebbe invece dovuto discostare per la peculiarità del caso clinico<sup>77</sup>: le linee guida si riferiscono, in-

*nare raccomandazioni per la pratica clinica*, reperibile al sito [www.snlg-iss.it/cms/files/Manuale\\_PNLG\\_0.pdf](http://www.snlg-iss.it/cms/files/Manuale_PNLG_0.pdf).

<sup>72</sup> M. Bilancetti e F. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico. Casistica aggiornata, approfondimenti giurisprudenziali, profili deontologici*, Padova, Cedam, 2013.

<sup>73</sup> Si vedano prima dell'entrata in vigore della legge 189/2012 già in tal senso Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2006, n. 24400, *Cardillo e altri*; Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, *Pozzi*, in F. Giunta *et al.*, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli, Esi, 2011; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>74</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, in «Sanità Pubblica e Privata», 2012, 6, pp. 58-77.

<sup>75</sup> E così si vedano le sentenze Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2010, n. 10454 e 29 settembre 2009, n. 38154.

<sup>76</sup> Se è vero che il rispetto delle linee guida esclude di regola la colpa del medico, è anche vero che esiste un limite. Il principio giurisprudenziale al riguardo consiste nel fatto che: «Le linee guida non possono essere invocate per escludere la responsabilità penale del medico, se il paziente presenta un quadro clinico che impone una condotta diversa da quella raccomandata dalle linee guida», Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, *Grassini*, in «Cass. pen.», 2012, doc. 146, con nota di Marra, *L'osservanza delle c.d. «linee guida» non esclude di per sé la colpa del medico*.

<sup>77</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 5 giugno 2009, n. 38154, *Ronzoni*, in F. Giunta *et al.*, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit. Cfr. anche sentenza Corte d'Appello di Milano, 15 ottobre 1996, in «Riv. it. med. leg.», 1998, pp. 1119 ss., in cui un medico era stato riconosciuto colpevole di avere praticato una trasfusione di sangue a un paziente poi contagiato da epatite, senza che ricorressero i presupposti della necessità della trasfusione.



fatti, ad un paziente generico, non a quel particolare paziente che il medico deve in concreto curare, con la sua complessità clinica e la sua specificità patologica. A questa conclusione è approdata la Cassazione con la sentenza 8254/2011<sup>78</sup>, in cui ha affermato che le linee guida non costituiscono una prescrizione giuridica dietro la quale il medico possa trincerarsi. Il sistema operativo nel quale il sanitario presta la sua opera è caratterizzato da norme multilivello con diverso grado di cogenza: principi di deontologia, buone pratiche, raccomandazioni cliniche sui percorsi diagnostico-terapeutici, tutti formalmente privi di coercitività<sup>79</sup>.

L'art. 3 della legge 189/2012 stabilisce l'esonero da responsabilità del sanitario per colpa lieve nel caso in cui la commissione/omissione sia seguente ad una condotta solo lievemente colpevole, se associata al rispetto delle linee guida<sup>80</sup>. In sostanza, viene recuperato il criterio del già citato art. 2236, attraverso una norma di diritto positivo che entra in gioco qualora il medico abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica: l'indiretta reintroduzione della colpa grave presenta tuttavia problemi legati ai principi di tassatività e determinatezza della fattispecie.

Con la legge 189/2012 le c.d. «linee guida ospedaliere» entrano pertanto a pieno titolo fra i criteri che il giudice deve utilizzare per valutare l'attività professionale svolta da un sanitario. L'art. 3 della riforma recepisce, infatti, alcune insistenti indicazioni giurisprudenziali, che traevano giudizi di responsabilità dal discostamento dei comportamenti sanitari dai protocolli diagnostici e terapeutici contenuti all'interno delle *guidelines*<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254. La fattispecie riguardava un medico assolto in appello dal reato di omicidio colposo perché aveva agito in ottemperanza delle linee guida, che la Cassazione annulla con rinvio. «Le linee guida non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto ai fini dell'apprezzamento dell'eventuale responsabilità del sanitario, sia per la libertà di cura che caratterizza l'attività del medico, in nome della quale deve prevalere l'attenzione al caso clinico particolare e non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga causa cognita di coltivare una soluzione terapeutica non contemplata dalle linee guida, sia perché, le linee guida possono essere indubbiamente influenzate da preoccupazioni legate al contenimento dei costi sanitari oppure si palesano obiettivamente controverse, non unanimemente condivise, oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia. Può ritenersi conclusione condivisa, alla luce dei precedenti sopra indicati, che l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida, quindi, non escluda né determini automaticamente la colpa». Cfr. Cass. 35922/2012, cit.

<sup>79</sup> E. Terrosi Vagnoli, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in «Riv. it. med. leg.», 1999, 1, pp. 228 ss.

<sup>80</sup> Sembra ovvio il tentativo di normare con più certezza quei comportamenti che, in assenza delle *guidelines*, potevano essere più discrezionalmente sussunte a condotte non lievemente colpevoli, dunque tali da condurre a condanna. Le prassi giudiziali non consentivano infatti di statuire dei punti fermi in casi clinici analoghi o simili. Di conseguenza è sorta l'abitudine del professionista di ottenere il consenso dei pazienti per ogni *step* sanitario da attuare, al fine di acquisire preventivamente tutele a fronte di eventuali contestazioni.

<sup>81</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2007, n. 19354; 8 giugno 2006, n. 24400; 14 novembre 2007, n. 10795; 29 settembre 2009, n. 38154; 18 febbraio 2010, n. 10454; 22 novembre 2011,

La Cassazione ha recentemente applicato la legge in discussione in materia di responsabilità medica penale<sup>82</sup>, con due sentenze di poco successive, con le quali ha avuto modo di delineare il ruolo delle linee guida e della colpa. In particolare con la sentenza 16237/2013 alla Corte si è richiesta proprio l'applicazione del citato art. 3 da parte di un professionista che nel corso di un intervento di ernia del disco recidivante aveva provocato al paziente una lesione dei vasi sanguigni rivelatasi poi fatale, subendo perciò una condanna per omicidio colposo. In sostanza, il quesito sottoposto al Supremo collegio era se l'art. 3 della legge 189/2012 avesse determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose poste in essere dagli esercenti le professioni sanitarie.

La risposta della Corte è stata affermativa, nel senso che ha riconosciuto come la nuova normativa abbia parzialmente decriminalizzato le fattispecie colpose in questione. In particolare, l'innovazione esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve che si collochino all'interno dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica. Si è quindi verificato un caso di *abolitio criminis* parziale, poiché si è in presenza di norma incriminatrice speciale che sopravviene e che restringe l'area applicativa della norma anteriormente vigente.

Il medico deve cioè conoscere le linee guida, esaminare la situazione del paziente e verificarne l'applicabilità, per discostarsene ponderatamente qualora il caso concreto non sia sussumibile nel quadro generale previsto dalle linee guida.

La depenalizzazione attuata dalla riforma non blocca in ogni caso la via del risarcimento, prevedendo lo stesso art. 3 della legge 189/2012 che resti comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del c.c.

Sulla base del principio affermato, la Cassazione ha annullato la condanna per omicidio colposo con rinvio al giudice di merito. A questi, in particolare, si chiede di riesaminare il caso per determinare se esistano linee guida o pratiche mediche accreditate afferenti all'esecuzione dell'atto chirurgico in questione, se l'intervento eseguito si sia mosso entro i confini segnati dalle direttive e, in caso affermativo, se nell'esecuzione dell'intervento vi sia stata colpa lieve o grave. La Corte ha inoltre confermato questa interpretazione sostenendo che la limitazione della responsabilità medica nei casi di colpa lieve abbia valenza solamente quando si debba valutare giudizialmente la perizia del medico e non anche l'imprudenza e la negligenza.

A tutta prima sembrerebbe dunque che l'art. 3 della legge 189/2012 abbia definitivamente abolito le ipotesi di responsabilità penale sanitarie in

n. 4391. Tra i commenti si segnalano M. Caputo, «*Filo d'Arianna*» o «*flauto magico*»? *Linee guida e check list nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2012, 3, pp. 875-923.

<sup>82</sup> Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2013 (dep. 11 marzo 2013), n. 11493; Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237.



casi in cui il comportamento del sanitario sia connotato da colpa lieve e sia rimasto nei confini segnati dalle linee guida ospedaliere e dalle buone pratiche. Tuttavia, il Tribunale di Milano, con un'ordinanza, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.l. 158/2012, come convertito dalla legge 189/2012<sup>83</sup>. Secondo il Tribunale milanese, infatti, la disposizione – escludendo la responsabilità per colpa lieve del sanitario che si attenga a *guidelines* e a *good practices* accreditate – introdurrebbe «una norma *ad professionem* delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi». In particolare, l'ordinanza eccipisce come «la formulazione, la delimitazione, la *ratio essendi*, le conseguenze sostanziali e processuali di tale area di non punibilità appaiono stridere con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost.».

Per il giudice, inoltre, la legge 189/2012 produrrebbe «un risultato che rischia di burocratizzare le scelte del medico e quindi avvilire il progresso scientifico», perché un'«area di non punibilità è ingiustificatamente premiale per chi manifesta acritica e rassicurante adesione alle linee guida, ed è altrettanto ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con pari dignità scientifica»<sup>84</sup>. Troppo vago sarebbe poi il concetto di colpa lieve, parametro sinora usato per tarare l'entità della pena, che è trasformato in una esimente ma con «formula criticamente equivoca che evidenzia un dato normativo impreciso, indeterminato e quindi in attrito con il principio di ragionevolezza e di tassatività». Inoltre, secondo il Tribunale milanese, il riferimento alle linee guida ospedaliere ed alle buone pratiche costituisce

una formulazione normativa tanto elastica da non consentire al giudice e prima ancora agli operatori sanitari di determinare esattamente i confini dell'esimente [...]. Non vengono specificate le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari [...]. Se soltanto si considera che per talune specializzazioni mediche vi sono nel nostro paese tre linee guida regionali, tredici linee guida nazionali, alcune decine di linee guida europee (a differenza degli USA dove sono disponibili oltre duemila linee), giocoforza bisogna dedurne l'assoluta imprecisione e non determinabilità dei confini dell'area di non punibilità<sup>85</sup>.

I dubbi sollevati dal Tribunale appaiono seri, soprattutto alla luce del fatto che nel nostro ordinamento non vi è una esatta definizione giurisprudenziale e legislativa delle linee guida che, insieme ai protocolli, sono state

<sup>83</sup> Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21 marzo 13 (dep.), *Andreata e altri*.

<sup>84</sup> Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21 marzo 13, cit.

<sup>85</sup> Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21 marzo 13, cit.

utilizzate in giurisprudenza quali fonti di norme cautelari<sup>86</sup>, al fine di dare determinatezza alla fattispecie colposa, la cui condotta tipica è in definitiva racchiusa nella regola di precauzione. Tuttavia, con l'ordinanza 6 dicembre 2013, n. 295, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.l. 158/2012 sollevata dal Tribunale di Milano, per omessa descrizione della fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio<sup>87</sup>. Le questioni sollevate dal Tribunale di Milano restano pertanto aperte.

Ciò che resta problematico è l'effettiva individuazione di linee guida che possono fungere con certezza da esimente per la esclusione della responsabilità penale per colpa lieve del sanitario<sup>88</sup>, posto che la giurisprudenza sottolinea che la loro elaborazione tiene talvolta conto anche di esigenze di contenimento di spesa estranee alla salute del paziente, che è comunque il bene giuridico tutelato dalla norma penale, in riferimento al quale deve avvenire l'individuazione della regola cautelare. In questo senso la Cassazione ha escluso che le linee guida possano rappresentare standard legali precostituiti di colpa.

Le linee guida possono, inoltre, spingere all'abuso di medicina difensiva, nel senso che il medico potrebbe essere indotto ad attenersi sempre e comunque, anche quando il caso concreto è peculiare e imporrebbe un diverso trattamento terapeutico rispetto a quello in esse previsto<sup>89</sup>. Infatti, le linee guida costituiscono uno strumento razionale per trasferire nella pratica clinica le evidenze derivanti da autorevoli studi di medicina, ma non possono tenere conto della realtà di variabili individuali che il giudizio clinico del medico deve invece considerare nella cura dei singoli pazienti<sup>90</sup>: talvolta sono utilizzate come spade, a sostegno delle contestazioni mosse e a fonda-

<sup>86</sup> Ad es., si è esclusa la colpa non ponendo esse l'obbligo di accertamenti radiografici su un paziente che presentava un trauma cranico minore, poi evolutosi mortalmente (Cass. pen., sez. IV, ud. 8 giugno 2006, dep. 14 luglio 2006, n. 24400); si è asserita la colpa per la troppo drastica riduzione di un neurolettico ad un paziente psichiatrico, con successivo scoppio e omicidio di un terzo commesso dal paziente (Cass. pen., sez. IV, ud. 14 novembre 2007, dep. 11 marzo 2008, n. 10795).

<sup>87</sup> Secondo la Corte, il giudice *a quo* non ha descritto con sufficiente chiarezza «la natura dell'evento lesivo, le modalità con le quali esso sarebbe stato causato e il grado della colpa ascrivibile agli imputati; ma soprattutto non precisa se, nell'occasione, i medici si siano attenuti – o, quantomeno, se sia sorta questione in ordine al fatto che essi si siano attenuti – a “linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica” proprie del contesto di riferimento, così che possa venire effettivamente in discussione l'applicabilità della norma censurata». L'ordinanza è reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>88</sup> Il nostro paese è dotato di un Piano nazionale di linee guida (PNGL), coordinato dall'Istituto superiore di sanità e dall'Agenzia per i servizi sanitari nazionale, introdotto dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

<sup>89</sup> In questo senso si veda la sentenza Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2010 (dep. 2 marzo 2011), n. 8254.

<sup>90</sup> Cfr. Cass. 8254/2010, cit.

mento della colpa, mentre altre volte vengono alzate come scudi, per cui il medico che le ottempera può andare esente da responsabilità<sup>91</sup>.

Sebbene la riforma in esame avesse come obiettivo quello di fare chiarezza circa il concetto di colpa lieve sanitaria e si proponesse di formulare una soluzione certa per medici e giudici, pur nel rispetto dei diritti dei pazienti (di qui il richiamo al diritto al risarcimento *ex art.* 2043 c.c.), sembra che l'introduzione del parametro delle linee guida non abbia spazzato via tutte le perplessità. Nei procedimenti giudiziari probabilmente si assisterà ad una maggiore disamina della misura della colpa, nonché alla richiesta ai consulenti tecnici d'ufficio di accertare l'aderenza o meno da parte del medico alle linee guida relative al caso preso in esame. E sotto questo profilo si segnalano appunto, le motivazioni della recente sentenza della Cassazione penale, citata<sup>92</sup>, nelle quali la Suprema Corte sostiene che se il sanitario segue le linee guida ma commette un errore, oppure se le segue e decide di discostarsi per le peculiarità del caso concreto (*rectius*, dimostri di conoscerle e consapevolmente e motivatamente di discostarsene) risponderà solo in sede civile, laddove sia accertata la sua colpa lieve, per effetto della depenalizzazione effettuata dalla legge 189/2012.

### 3. Profili disciplinari

La responsabilità disciplinare del medico si fonda su clausole generali il cui contenuto, a differenza delle regole penali, non è soggetto al principio di stretta legalità, ma presuppone un'integrazione ad opera di norme di etica professionale determinate dall'Ordine professionale. Fra i compiti degli Ordini professionali, che si configurano come enti pubblici non economici a carattere associativo<sup>93</sup>, vi sono quelli di tenere gli albi professionali, garantire la formazione e l'aggiornamento degli iscritti e applicare e interpretare le norme deontologiche previste a tutela del corretto esercizio e della qualità delle prestazioni rese dai soggetti appartenenti alla categoria che le ha elaborate<sup>94</sup>.

L'interesse pubblico alla protezione del bene salute e alla tutela del decoro della professione medica sono ravvisabili in alcune regole contenute nel Codice di deontologia medica, la cui violazione può costituire anche illecito

<sup>91</sup> M. Mello, *Of Swords and Shields: The Role of Clinical Practice Guidelines in Medical Malpractice Litigation*, in «University of Pennsylvania Law Review», 149, 2001, 3, pp. 645 ss.

<sup>92</sup> Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, cit. La dottrina più recente sottolinea come il giudice nel decidere della colpa medica non possa prescindere dal criterio dell'agente modello, pur arricchito dalle linee guida e dalle buone prassi. Così G. De Santis, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, in «Resp. civ. e prev.», 2013, 4, pp. 1357-1386.

<sup>93</sup> Cfr. art. 6, comma 3 del d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139. Cfr. sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4496.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13 giugno 1989, n. 2844.

civile e penale, oltre che disciplinare. Infatti, le norme contenute nel Codice nascono sì per tutelare il prestigio e il decoro dell'attività professionale medica, ma spesso finiscono per sovrapporsi ad altre, in quanto di riflesso tutelano anche beni fondamentali protetti da leggi dello Stato.

L'illecito disciplinare può allora coincidere con quello civile e penale<sup>95</sup>, ma resta originato da norme vincolanti per i singoli professionisti perché emanate da Ordini che hanno il potere di produrle, nell'esercizio delle proprie attribuzioni di autoregolamentazione<sup>96</sup>. Un buon esempio in proposito è costituito dal consenso informato, la violazione del quale ha condotto ad irrogare un provvedimento disciplinare ad un pediatra colpevole di violazione degli obblighi di informazione circa la terapia prescritta ad un paziente minore.

In questo caso il sanitario non aveva informato il genitore delle controindicazioni derivanti dalla scelta dell'uso di medicinali sconsigliati in giovane età. Pur non essendosi verificate conseguenze dannose per la salute del giovane paziente, l'organo di disciplina ha ritenuto deontologicamente scorretto il comportamento del pediatra, sottolineando il fatto che anche in assenza di un effettivo pregiudizio, non si sarebbe potuta escludere a priori la potenziale pericolosità della terapia somministrata<sup>97</sup>.

L'interesse perseguito dagli Ordini professionali è quello pubblico al corretto esercizio della professione medica. Questa finalità giustifica la natura pubblicistica dell'ente e la sua potestà disciplinare, che ha valenza normativa<sup>98</sup>, idonea a reprimere gli abusi e le scorrettezze della vita privata e professionale degli iscritti che ledono il decoro della professione.

Le sanzioni disciplinari irrogabili previste dagli artt. 38-52 del d.p.r. 5 aprile 1950, n. 221, sono quattro: l'avvertimento, la censura, la sospensione dall'esercizio professionale e la radiazione dall'Albo.

Il procedimento disciplinare può essere intrapreso d'ufficio, su richiesta del ministro della Salute o del procuratore della Repubblica. Questo procedimento è attivato dal presidente della Commissione competente per materia che, sentito il sanitario e assunte le informazioni del caso, investe della questione la Commissione disciplinare. La Commissione, se ravvisa la violazione di alcune norme disciplinari, può comminare al sanitario una fra le diverse sanzioni sopra elencate, in ragione della mancanza commessa dal sanitario.

<sup>95</sup> Cfr. ad esempio l'obbligo di intervenire in qualsiasi situazione si renda necessaria la sua attività (art. 8 e 9), l'obbligo del segreto professionale (art. 10), e il dovere di acquisire il consenso prima di iniziare un trattamento (art. 13) per citarne alcuni. Si sottolinea tuttavia che l'illecito disciplinare è sanzionabile anche senza che l'evento si verifichi, distinguendosi così dalla maggior parte dei reati.

<sup>96</sup> Cfr. Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225, in «Foro it.», I, 2003, pp. 244 ss.; Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2006, n. 13004, in «Giust. civ. Mass.», 2006, 5.

<sup>97</sup> Cfr. Massima 55 del 14 settembre 2011, disponibile su [www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_publicazioni\\_1887\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1887_allegato.pdf).

<sup>98</sup> Cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in «Giust. civ.», 2008, pp. 2167 ss.

Con l'avvertimento si diffida il colpevole dal ripetere l'azione, mentre la censura costituisce una dichiarazione di biasimo. La sospensione dall'Albo comporta l'astensione dall'esercizio della professione per un periodo che va da uno a sei mesi, mentre la radiazione ha durata quinquennale. In ogni caso la sanzione deve essere proporzionata alla gravità dei fatti commessi.

Da un punto di vista giuridico, il procedimento disciplinare e la decisione che ne consegue hanno natura amministrativa<sup>99</sup>. Il sanitario sottoposto a sanzione disciplinare, che possiede un interesse qualificato a conoscere tutti i documenti utilizzati nell'esercizio del potere di vigilanza, a cominciare dagli atti di iniziativa (quali le domande e le richieste da cui scaturisca un obbligo di provvedere) e di preiniziativa (come gli esposti o le denunce che attivino procedimenti ufficiosi dell'amministrazione)<sup>100</sup>, può ricorrere alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie (CCEPS), con sede presso il Ministero della Salute<sup>101</sup>.

A differenza del procedimento disciplinare innanzi il Consiglio dell'Ordine, quello davanti alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie segue le norme del codice di procedura civile, ha natura giurisdizionale<sup>102</sup> e quindi produce provvedimenti ricorribili in Cassazione per omessa o contraddittoria motivazione, o per violazione di legge<sup>103</sup>.

L'appartenenza all'Ordine professionale e il rapporto di lavoro che lega il sanitario alla struttura comportano quindi due diversi ordini di responsabilità, che hanno come punto di contatto l'eventualità che la sanzione disciplinare erogata dall'Ordine faccia venire meno il presupposto del rapporto lavorativo. Un comportamento gravemente imperito o una negligenza continuata nell'espletamento delle funzioni legate alla professione medica possono rientrare nella categoria del licenziamento individuale per giustificato motivo soggettivo di cui all'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604. L'irrimediabile lesione dell'elemento fiduciario può infatti dare origine a un recesso datoriale. Con la decisione della Corte di cassazione 23 luglio 1993, n. 8239, è stata sancita la competenza degli Ordini professionali a comminare sanzioni disciplinari relativamente agli adempimenti relativi all'impiego pubblico e privato dei professionisti. Con un'ordinanza del 2011, la Suprema Corte ha infatti chiarito che:

il potere disciplinare nei confronti dei professionisti non si riferisce solo alla professione espletata secondo un modello organizzativo autonomo, ma anche a fatti e violazioni connessi allo svolgimento di ogni attività che sia estrinsecazione delle particolari conoscenze tecniche attestate dal titolo di studio, di talché esso può essere

<sup>99</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 27 agosto 1999, n. 8995, in «Giust. civ. Mass.», 1999, pp. 1842 ss.

<sup>100</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 2 settembre 2005, n. 4467.

<sup>101</sup> [www.salute.gov.it/portale/temi/p2\\_4.jsp?lingua=italiano&area=cceps](http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_4.jsp?lingua=italiano&area=cceps).

<sup>102</sup> Cass. pen., sez. V, 25 agosto 1995, n. 8995, in «Giust. civ. Mass.», 1999, pp. 1842 ss.

<sup>103</sup> Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2001, n. 10389, in «Rep. Foro it.», 2001, voce *Professioni intellettuali*, n. 172.

esercitato con riguardo a violazioni di norme deontologiche inerenti l'esercizio di attività comunque legata allo *status* del professionista e svolta nell'ambito del rapporto di lavoro, privato o pubblico<sup>104</sup>.

Sospensioni e interdizioni dall'attività professionale possono essere comminate anche dal giudice penale sotto forma di pene accessorie, con l'accertamento della responsabilità penale. Il procedimento disciplinare è comunque autonomo anche se il fatto per il quale si procede ha rilevanza penale. Nel caso in cui la mancanza professionale integri un reato, l'Ordine ha certamente la facoltà di sospendere il procedimento disciplinare in attesa della pronuncia del giudice, ma può stabilire di decidere, in base agli atti in suo possesso, sulla violazione della norma disciplinare, che prescinde dalla necessità di accertare il fatto di reato<sup>105</sup>. Poiché nei giudizi disciplinari l'individuazione delle regole di deontologia professionale e la loro applicazione nella valutazione degli addebiti attengono al merito del procedimento, la correttezza dell'operato del sanitario va giudicata nel caso concreto. Il medico è esente da responsabilità disciplinare, se la sua condotta non è connotata da superficialità. La congruità dell'operato viene desunto da vari elementi, quali fra l'altro, il rispetto delle linee guida<sup>106</sup>.

#### 4. La responsabilità sanitaria: profili civilistici

Nella maggior parte dei casi, il rapporto medico-paziente riveste, giuridicamente, le forme e la sostanza di un contratto di prestazione di opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2229-2238 c.c.

In caso di intervento diagnostico-terapeutico infausto, al paziente danneggiato spetta la scelta di avvalersi delle norme contrattuali o extracontrattuali ai fini del risarcimento del danno, a seconda della preesistenza o meno di un rapporto negoziale intercorrente tra le parti. La funzione preminente della responsabilità civile è infatti quella di trasferire il costo del danno da chi lo ha patito a chi lo ha causato, in un'ottica risarcitoria o compensativa.

Se il danno subito dal paziente è la conseguenza di una prestazione precedentemente pattuita *ex art.* 1218 c.c., egli è titolare di un diritto di credito, per cui grava sul paziente l'onere di provare il titolo su cui si fonda la pretesa e l'inadempimento del medico-debitore. In mancanza di contratto, il soggetto che ha subito un danno, in qualità di titolare di un diritto assoluto alla salute ancorato all'art. 32 della Costituzione, può esercitare il diritto al risarcimento in virtù del principio del *neminem laedere*, espresso dall'art.

<sup>104</sup> Cfr. ordinanza Cass. 5 luglio 2011, n. 17418, dep. il 19 agosto 2011.

<sup>105</sup> Cfr. Cass., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14629.

<sup>106</sup> Cfr. Giurisprudenza della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie 2010, n. 33 del 12 aprile, accessibile al link [www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_1672\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1672_allegato.pdf).



2043 c.c. In questo caso, tuttavia, oltre al danno e all'elemento soggettivo il paziente dovrà provare il nesso tra il pregiudizio subito e il comportamento del medico.

La vittima può così scegliere a quale regime di responsabilità informare la sua richiesta danni. Da questa scelta derivano significative conseguenze che riguardano l'onere della prova e il regime della prescrizione<sup>107</sup>.

La responsabilità medica è stata qualificata inizialmente come extracontrattuale<sup>108</sup>, poi come extracontrattuale e contrattuale<sup>109</sup>, infine come contrattuale, anche nei casi in cui manchi il vincolo negoziale diretto col paziente, attraverso l'istituto del «contatto sociale», affermato dalla sentenza Cass. 589/1999<sup>110</sup>. Il contatto sociale si distingue, infatti, sia dal contratto, sia dal fatto illecito. Si tratta di un rapporto socialmente tipico, che ingenera nei soggetti coinvolti un affidamento in ragione del fatto che si tratta di un rapporto qualificato dall'ordinamento giuridico, che vi ricollega una serie di doveri specifici di comportamento<sup>111</sup>.

Tale relazione costituisce un'ideale fonte di obbligazioni *ex art.* 1173 c.c. Il rapporto che si instaura tra paziente, medico e casa di cura (ente ospedaliero o struttura privata) ha, infatti, fonte nel contratto, che può ritenersi implicitamente concluso con l'accettazione del paziente. Si tratta di un contratto atipico con effetti protettivi nei confronti del terzo, che fa anche sorgere, a carico della casa di cura, accanto a obblighi *lato sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni<sup>112</sup>. Questo contratto trova la sua fonte nel

<sup>107</sup> Cfr. R. Breda, *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, a cura di G. Comandé e G. Turchetti, Padova, Cedam, 2004, pp. 19-43. Il termine della prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui l'evento pregiudizievole si manifesta all'esterno e diventa oggettivamente percepibile. Cfr. Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2010, n. 12699 e Cass. civ., sez. III, 10 settembre 2007, n. 19012.

<sup>108</sup> Cass. civ., sez. III, 16 novembre 1993, n. 11287.

<sup>109</sup> Si tratta del principio del concorso di responsabilità espresso dalle sentenze Cass. civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503 e Cass. civ., sez. lav., 23 giugno 1994, n. 6064.

<sup>110</sup> Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 (in GC, 1999, 4, 441, con nota di Di Majo; in «Corr. giur.», 1999, 4, pp. 441 ss.; in «Danno e resp.», 1999, 3, pp. 294 ss.; in «Resp. civ. prev.», 1999, 3, pp. 661 ss.; in «Studium juris», 2000, pp. 595 ss.; in «Riv. it. med. leg.», 2001, pp. 830 ss.; cfr. Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2004, n. 19564, in «Mass. giur. it.», 2004).

<sup>111</sup> Cfr. ad esempio la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», coordinata ed aggiornata con le modifiche introdotte dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

<sup>112</sup> Cfr. Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556. L'obbligazione derivante da contatto sociale viene definita «senza obbligo di prestazione» ai confini tra contratto e torto. Cfr. C. Castrovino, *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 147-240.

contatto sociale che avviene tra la struttura sanitaria e il paziente<sup>113</sup>, e ha ad oggetto

una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo, in occasione del detto contatto, e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi<sup>114</sup>.

Gli elementi costitutivi del contatto sociale, pertanto, sono la fonte atipica *ex art.* 1173 c.c., un rapporto socialmente tipico cui consegue un affidamento e la nascita di obblighi specifici. La violazione di questi obblighi dà luogo a responsabilità contrattuale. Questo modello (che nasce nel diritto civile) è ritenuto applicabile a svariate ipotesi di responsabilità<sup>115</sup>, fra cui quella dell'ente di cura<sup>116</sup> e del Servizio sanitario nazionale, per responsabilità professionale del medico nei confronti del paziente<sup>117</sup>.

Inoltre, sulla base dell'art. 1228 c.c., l'ente sanitario è stato ritenuto responsabile anche nei casi in cui il medico non è subordinato della struttura, purché operi all'interno della stessa, data la palese evidenza ed esistenza di un collegamento funzionale tra la prestazione del medico e le finalità, nonché l'organizzazione, delle strutture sanitarie.

La natura contrattuale della prestazione si estende, pertanto, anche al comportamento dei medici e del personale dipendente della struttura sanitaria<sup>118</sup>. In caso di evento avverso, le regole per l'ascrizione della colpa alla struttura sanitaria presupponevano, fino ad un recente passato, l'intervento

<sup>113</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, in «Mass. giur. it.», 2006; Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, *ivi*, 2006.

<sup>114</sup> Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in «Riv. it. med. leg.», 2008.

<sup>115</sup> Fra cui possiamo annoverare la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria ospedaliera (a partire da Cass. 589/1999), responsabilità precontrattuale, responsabilità per false informazioni (lettera di patronage, considerata responsabilità *ex* 1333 a partire da Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235, in «Banca, Borsa e Titoli di Credito», II, 1997, p. 396), responsabilità dell'alunno per danno cagionato a se stesso (secondo l'*obiter dictum* di Cass., sez. un., 8 febbraio 2002, n. 9346).

<sup>116</sup> Secondo la Cassazione: «la responsabilità dello stesso ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti di inadempimento (ad es., in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero), sia per quanto concerne il comportamento in particolare dei medici dipendenti, trovando nel caso applicazione la regola posta dall'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento della prestazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, ancorché non siano alle sue dipendenze». Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.

<sup>117</sup> Cass. 589/1999, *cit.*

<sup>118</sup> Cass. 589/1999, *cit.*



del medico<sup>119</sup>. Sul punto la giurisprudenza ha da tempo cercato di abbandonare l'attribuzione della responsabilità al binomio medico-struttura sanitaria, infrangendo così il tabù che impediva di dichiarare l'ente ospedaliero contrattualmente responsabile nei confronti del danneggiato, anche in mancanza di colpe imputabili all'operatore<sup>120</sup>: si tratta delle ipotesi di anonimia di danno, infezioni nosocomiali, mancata vigilanza in reparti protetti, malfunzionamento di apparecchiature<sup>121</sup>. Per questa via le colpose e gravi carenze organizzative della struttura ospedaliera hanno cominciato a delineare una responsabilità autonoma degli enti sanitari<sup>122</sup>.

Storicamente, infatti, il problema della risarcibilità del danno originato da insufficienze organizzative e strutturali dell'azienda è stato affrontato mediante pronunce di condanna dell'ente in solido col comportamento dei sanitari, che costituivano un anello di congiunzione necessario per potere giungere al risarcimento<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2001, n. 6386, in «Danno e resp.», 2001, pp. 1045 ss., con nota di R. Breda, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, che esclude la responsabilità dell'ente in assenza della responsabilità del medico: «una volta esclusa la colpa del chirurgo, non può essere affermata la responsabilità dell'istituto sanitario poiché sia l'art. 1128 sia l'art. 2049 c.c. presuppongono un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, onde in assenza di tale colpa, non è ravvisabile una responsabilità (contrattuale) del debitore per il fatto dei suoi ausiliari o una responsabilità (extracontrattuale) del committente per il fatto illecito dei suoi commessi [...]». Non è quindi fondata la tesi del ricorrente secondo cui la responsabilità dell'istituto convento va affermata anche quando sia stata positivamente provata l'assenza di colpa del chirurgo». Per una ricognizione dei problemi legati alla comunicazione dell'evento avverso, pur in presenza di consenso informato, si vedano B. Gardella Tedeschi e M. Graziadei, *Prevenire è meglio che curare: l'informazione al paziente, la responsabilità del medico e il governo del rischio clinico*, in *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Quaderni del Ceims, a cura di R. Balduzzi, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 399-440.

<sup>120</sup> G. Iudica, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in «Resp. civ. e prev.», 2001, 1, pp. 3-12; M. Santilli, *La responsabilità dell'ente ospedaliero pubblico*, in *La responsabilità medica*, Atti del convegno tenutosi a Pisa 28-29 ottobre 1980, Milano, 1982, pp. 181 ss.

<sup>121</sup> Cfr. R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di F. Galgano, Padova, Cedam, 1995, pp. 254 ss.

<sup>122</sup> Cfr. sentenza Trib. Monza, 7 maggio 1995, cit. Tale sentenza ha per la prima volta affermato che «la responsabilità della struttura sanitaria può non essere dovuta ai comportamenti dei singoli facenti parte della propria organizzazione, ma far capo alla struttura ospedaliera complessivamente organizzata: se le richieste di visita del pediatra e del neurologo fossero state accolte in tempi rapidi, ne sarebbe derivato "con ragionevole probabilità" un diverso sviluppo causale degli eventi, essendo inconcepibile, invece, che un ospedale sia strutturato in modo da rendere difficili, vista la lontananza dei reparti, interventi in altri reparti»; Trib. Milano, 9 ottobre 1997, n. 1120, con nota di M. Toscano, *Un nuovo passo verso il riconoscimento del difetto di organizzazione dell'ente ospedaliero come autonoma fonte di responsabilità?*, in «Resp. civ. prev.», 1996, 2, pp. 395-402.

<sup>123</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2004, n. 12273; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318; Trib. Salerno, sez. II, 21 giugno 2010, su DeJure; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2003, n.

Giurisprudenza più innovativa ha tuttavia riconosciuto che l'assistenza sanitaria, di cui l'attività medica rappresenta solo un tassello<sup>124</sup>, costituisce un servizio complesso e integrato, sicché il danno non è sempre conseguenza dell'errore del singolo operatore, ma può scaturire anche dal comportamento di più soggetti, ed è un rischio immanente del sistema. L'assistenza sanitaria è, infatti, composta da un insieme di prestazioni multiple, di cui quella medica è parte basilare, ma non esclusiva<sup>125</sup>. Con la sentenza 8826/2007 la Cassazione ha espressamente riconosciuto la responsabilità contrattuale dell'ente di cura per carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali, così come per quella del personale medico, ausiliario e paramedico, in base all'applicazione dell'art. 1228 c.c.<sup>126</sup>.

La responsabilità che lega paziente e medico e quella che lega paziente e struttura sanitaria pacificamente rientra nella categoria della responsabilità contrattuale<sup>127</sup>.

La responsabilità del medico è inoltre generalmente intesa come un'obbligazione di mezzi, poiché il risultato non può essere costituito dalla guarigione del paziente, bensì dall'adeguatezza della cura, attuata secondo la diligenza richiesta commisurata al caso concreto, con particolare attenzione a protocolli e linee guida.

Se i presupposti della legge 189/2012 sono sostanzialmente di carattere economico<sup>128</sup>, poiché mirano a configurare un sistema di risarcimento più

11316; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318; Cass. 8826/2007, cit.; Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2009, n. 20790; Cass. civ., sez. III, 30 maggio 2000, n. 6318.

<sup>124</sup> L'assistenza sanitaria è infatti costituita da un insieme di prestazioni che vanno da quelle strettamente diagnostico-terapeutiche ad altre di natura alberghiera, estetica, assistenziale. Il «contratto di spedalità» stipulato dal paziente si configura come un contratto misto di natura atipica di cui la prestazione professionale del medico è l'obbligazione prevalente fra quelle accessorie e strumentali a quella medica, quali il ricovero, la fornitura di servizi infermieristici, la ristorazione, la custodia del paziente, turni di assistenza e vigilanza. Cfr. E. Guerinoni, *Contatto sociale e responsabilità contrattuale dell'Asl*, a commento di App. Perugia, 28 ottobre 2004, in «I Contratti», 2005, 11, pp. 987-991.

<sup>125</sup> Cfr. S. Mazzamutto, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in «Europa e diritto privato», 2000, 2, pp. 501-512.

<sup>126</sup> In base a quest'articolo, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, ancorché non siano alle sue dipendenze. Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

<sup>127</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. civ., sez. III, 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. civ., sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12233.

<sup>128</sup> Prevedono infatti un'ottimizzazione della spesa attuata attraverso la riduzione degli sprechi. Ciò si realizza attraverso l'introduzione di nuove modalità di programmazione delle politiche e degli interventi in relazione ai precisi bisogni di salute sottesi alla crescente domanda di sanità e benessere: ad esempio, si è riordinata l'assistenza territoriale, la gestione del personale delle aziende sanitarie, l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza e la razionalizzazione di alcuni enti sanitari. La casistica è di L. Dimasi, *La nuova sanità dopo la*

organico ed efficiente, il fine è quello di garantire l'efficacia delle prestazioni, oltre che la copertura della popolazione assicurata<sup>129</sup>.

L'art. 3 della legge 189/2012, mentre stabilisce che «l'esercente la professione sanitaria<sup>130</sup> che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve», aggiunge che in tali casi «resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile».

La versione precedente alla modifica intervenuta ad opera della Commissione Affari sociali della Camera, il 3 ottobre 2012, recitava diversamente: «Il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalle comunità scientifiche nazionale ed internazionale». Da un lato l'art. 3 proponeva le linee guida quali criteri di valutazione giudiziale; tuttavia, ne disconosceva un valore assoluto, lasciando al giudice il compito di stabilire se fossero realmente applicabili nell'episodio medico/sanitario sottoposto alla sua decisione.

I dubbi sono stati risolti dalla modifica apportata al testo in sede di conversione. Il nuovo testo si pone in una prospettiva diversa: infatti, l'adempimento della prestazione sanitaria, in ossequio alle linee guida ed ai principi di buona pratica medica, è anzitutto scriminante per la responsabilità penale per colpa lieve, mentre sul fronte della responsabilità civile parrebbe assolvere la funzione di strumento di cui il giudice deve servirsi per la determinazione dell'entità del risarcimento del danno, nel caso di accertamento della responsabilità.

Il nuovo testo ha posto, tuttavia, un secondo quesito interpretativo, ovvero se il legislatore abbia voluto imporre una svolta nella definizione dei criteri di accertamento della responsabilità medica finora consolidati nel senso dell'applicazione delle regole concernenti la responsabilità contrattuale.

Il riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3, comma 1, della citata legge 189/2012<sup>131</sup> ha indotto a dubitare della possibilità di continuare

*riforma Balduzzi. Spunti per una riflessione sul futuro del Servizio Sanitario Nazionale*, in «Sanità Pubblica e Privata», 2013, 2, pp. 11-15.

<sup>129</sup> Sui meccanismi di *governance* delle aziende sanitarie e la problematicità dell'equilibrio tra liberalizzazione e pianificazione vedi anche R. Vaccani, *Riprogettare la sanità. Modelli di analisi e sviluppo*, Roma, Carocci Faber, 2012, nonché C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi e A. Tardiola, *La sanità in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2011.

<sup>130</sup> Questa locuzione è utilizzata per la prima volta dal legislatore del 2012, ed è comprensiva sia della responsabilità professionale medico-chirurgica sia della responsabilità professionale dell'operatore sanitario. In generale, la frase «responsabilità professionali» racchiude sia la responsabilità degli esercenti una libera professione sia quella di quei soggetti che, nell'adempimento delle proprie obbligazioni, sono tenuti all'osservanza della speciale diligenza c.d. «professionale» di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. Cfr. P. De Angelis, *Responsabilità medica e Linee guida: una convivenza difficile ma non impossibile*, nota a sentenza Cass. 35922/2012, cit.

<sup>131</sup> Si riporta il testo dell'art. 3, comma 1, così come da legge di conversione 189/2012:

ad applicare in modo generalizzato i criteri di accertamento della responsabilità contrattuale, fino a far ritenere che «il legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999<sup>132</sup>, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana»<sup>133</sup>.

Come efficacemente chiarisce il Tribunale di Arezzo<sup>134</sup>:

Tenuto conto che il primo periodo prevede l'esclusione della responsabilità penale per colpa lieve in favore dei sanitari che si attengano alle linee guida e alle buone pratiche accreditate, introducendo quella che parrebbe integrare un'esimente speciale, la norma del secondo periodo ha la funzione di chiarire che l'esclusione della responsabilità penale non fa venir meno l'obbligo di risarcire il danno [...]. Atteso che il richiamo all'art. 2043 c.c. è limitato all'individuazione di un obbligo, senza alcuna indicazione in merito ai criteri da applicare nell'accertamento della responsabilità risarcitoria, se non che deve tenersi debitamente conto del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche, non sembra che sussistano ragioni per ritenere che la novella legislativa incida direttamente sull'attuale costruzione della responsabilità medica per danni e che imponga un *revirement* giurisprudenziale nel senso del ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le conseguenze ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione [...]. Pare pertanto lecito poter concludere che l'art. 3, 1° comma, della legge 189/2012 non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria, che non sarebbe neppure funzionale ad una politica di abbattimento dei risarcimenti giacché la responsabilità solidale della struttura nel cui ambito operano i sanitari che verrebbero riassociati al regime aquiliano conserverebbe comunque natura contrattuale, in virtù del contratto di ospitalità o assistenza sanitaria che viene tacitamente concluso con l'accettazione del paziente. La novella

«1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

<sup>132</sup> Cfr. sentenza Cass. civ. 589/1999, cit.

<sup>133</sup> Cfr. Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 12, n. 1406, in «Giust. civ.», p. 711, con nota di Iannone.

<sup>134</sup> Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in «Riv. it. med. leg. e dir. san.», 2013, p. 1133, con nota di F. Sordi. Cfr. anche Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, che sancisce come l'attribuzione di colpa lieve non esima il sanitario dalla responsabilità civile. Infatti l'esimente penale non elide l'illecito civile, restando fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., che è clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La Corte ha rilevato infatti che, pur avendo la novellazione «destato non poche perplessità anche di ordine costituzionale, in relazione all'art. 77 Cost., comma 2, in quanto il testo originario del decreto legge non recava alcuna previsione di carattere penale e neppure circoscriveva il novero delle azioni risarcitorie esperibili da parte dei danneggiati», tuttavia «la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale».

si limita a fare salvo l'obbligo risarcitorio, e sancisce la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità, con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali.

La diligenza del medico non si esaurisce nella corretta esecuzione della prestazione sanitaria, ma si concretizza anche nella preventiva acquisizione del consenso informato. Fatte salve le implicazioni penalistiche accennate nel paragrafo 1, se il consenso non è ottenuto, possono sorgere vari tipi di responsabilità: precontrattuale *ex artt.* 1337 e 1338 c.c. (in quanto passaggio prodromico ad una volontà del paziente validamente formatasi)<sup>135</sup>, contrattuale *ex art.* 1375 c.c. (per violazione di un obbligo autonomo del medico e funzionale alla prestazione)<sup>136</sup>, ed extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c., per violazione del bene salute costituzionalmente garantito<sup>137</sup>.

Il contratto stipulato tra il medico e il paziente è, pertanto, un contratto consensuale a effetti obbligatori e caratterizzato dal possesso da parte del professionista dello *status* di iscritto all'Albo professionale di riferimento.

Dalla natura di obbligazioni di mezzi discendono conseguenze in tema di valutazione della colpa e onere della prova<sup>138</sup>. Lo stesso rapporto, di natura contrattuale, lega il paziente alla struttura sanitaria: infatti, come visto, l'accettazione in una struttura di cura comporta la stipula di un contratto<sup>139</sup>.

Inquadrata la responsabilità del medico dipendente come contrattuale, si valuterà la diligenza richiesta in base al comma 2 dell'art. 1176 c.c. La diligenza, intesa come impegno adeguato di energia e mezzi per il soddisfacimento dell'interesse del paziente-creditore, oltre ad individuare le modalità dell'esecuzione della prestazione, assume fondamentale rilievo quale criterio di valutazione della colpa.

<sup>135</sup> F. Rocchio, *Il dovere di informazione del medico tra responsabilità contrattuale e precontrattuale*, in «Giur. merito», 2005, 5, pp. 1038 ss.; Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2006, n. 22390, in «Ragiusan», 2008, pp. 291-216.

<sup>136</sup> Cfr. Cass. 364/1997, cit.

<sup>137</sup> Sentenza Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, in «Foro it.», I, 1990, pp. 2694 ss.

<sup>138</sup> Nelle obbligazioni di risultato, il debitore s'impegna a realizzare lo scopo finale avuto di mira dal creditore, scopo che entra a far parte del contenuto della prestazione. L'obbligazione è adempiuta, quindi, solo quando si sia realizzato l'evento previsto come conseguenza dell'attività debitoria; mentre non è adempiuta se, a prescindere dal grado di diligenza (anche superiore alla media) tenuto dal debitore, il risultato previsto non sia stato raggiunto. Nelle obbligazioni di mezzi, invece, il debitore s'impegna solo a svolgere l'attività necessaria e utile ai fini del raggiungimento del risultato, ma non si obbliga a raggiungerlo. Ai fini dell'adempimento, quindi, è richiesta al debitore solo la diligente osservanza del comportamento pattuito. Il caso classico di obbligazione di mezzi è proprio quella professionale, perché nella prestazione d'opera intellettuale (a differenza di quella materiale) l'esito dell'attività dipende non solo dalla tecnica del professionista, ma anche da fattori o circostanze che sfuggono al controllo del singolo.

<sup>139</sup> Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, in «Mass. giur. it.», 2006; Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, *ivi*, 2006.

## Bibliografia

- Bilancetti, M. e Bilancetti, F., *La responsabilità penale e civile del medico. Casistica aggiornata, approfondimenti giurisprudenziali, profili deontologici*, Padova, Cedam, 2013.
- Breda, R., *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, a cura di G. Comandé e G. Turchetti, Padova, Cedam, 2004, pp. 19-43.
- Busnelli, F., *Bioetica e diritto privato*, in *Bioetica e diritto privato, frammenti di un dizionario*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 1-37.
- Busnelli, F. e Patti, S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2013.
- Buzzi, F., *La medicina legale nella gestione del contenzioso per malpractice, da parte delle aziende sanitarie*, in [www.anmodo.org](http://www.anmodo.org).
- Capecchi, M., *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, Cedam, 2002.
- Caputo, M., «Filo d'Arianna» o «flauto magico»? *Linee guida e check list nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2012, 3, pp. 875-923.
- Carrara, F., *Opuscoli di diritto criminale*, 6<sup>a</sup> ed., III, Firenze, 1910.
- Castronovo, C., *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 147-240.
- *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006.
- Castronovo, D. e Ramponi, L., *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 933-1026.
- De Matteis, R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di F. Galgano, Padova, Cedam, 1995.
- *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, Cedam, 2007.
- De Vincenti, C., Finocchi Ghersi, R. e Tardiola, A., *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011.
- Dimasi, L., *La nuova sanità dopo la riforma Balduzzi. Spunti per una riflessione sul futuro del Servizio Sanitario Nazionale*, in «Sanità Pubblica e Privata», 2013, 2, pp. 11-15.
- Durante, V., *La salute come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. I, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 579-600.
- Eddy, M.D., *Designing a Practice Policy, Standards, Guidelines, and Options*, in «JAMA», 263, 1990, 22, pp. 3077-3084.
- Facci, G. *Il dovere di informazione del sanitario*, in «NGCC», II, 2006, 11, pp. 558-570.
- *Il dovere di informazione del sanitario (parte II)*, in «NGCC», II, 2006, 12, pp. 617-635.
- *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in «Resp. civ. e prev.», 2006, 1, pp. 41-55.
- Federspil, G. e Vettor, R., *I limiti della medicina: probabilità, errori e linee-guida*, in



- Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale. Atti del Convegno di studio tenutosi a Roma il 26 giugno 1999*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 97-114.
- Ferrando, G., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in «Politica del diritto», 2012, 1, pp. 3-29.
- Field, M.J. e Lohr, K.N., *Guidelines for Clinical Practice: From Development to Use*, Institute of Medicine, Washington, D.C., National Academy Press, 1992.
- Fineschi, V. e Zana, M., *La responsabilità professionale medica: l'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente*, in «Riv. it. med. leg.», 2002, 1, pp. 49-68.
- Fiori, A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 1999.
- Gamberini, A., *Le scriminanti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. II, Torino, Utet, 2ª ed., 1996.
- Gardella Tedeschi, B. e Graziadei, M., *Prevenire è meglio che curare: l'informazione al paziente, la responsabilità del medico e il governo del rischio clinico*, in *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Quaderni del Ceims, a cura di R. Balduzzi, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 399-440.
- Giunta, F. et al., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, Esi, 2011.
- Graziadei, M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. I, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 191-288.
- Guerra, G., *Consenso informato: tutela del diritto alla salute o della libertà di scelta?* in «Danno e resp.», 2005, 8-9, pp. 872-877.
- Iadecola, G., *Consenso del paziente e trattamento medico-chirurgico*, Padova, Liviana, 1989.
- *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, nota a Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2001, in «Cass. pen.», 2002, 6, pp. 2044-2051.
- Iudica, G., *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in «Riv. civ. e prev.», 2001, 1, pp. 3-12.
- Lorenzato, F., *Verso l'entropia della responsabilità medica?*, in «Danno e resp.», 2006, 1, pp. 81-88.
- Mantovani, F., *Esercizio del diritto (dir. penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 627-677.
- *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in «Riv. it. med. leg.», 2000, 9, pp. 9-26.
- *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2001.
- Marini, G., *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 361-402.
- Mazzamutto, S., *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in «Europa e diritto privato», 2000, 2, pp. 501-512.
- Mello, M., *Of Swords and Shields: The Role of Clinical Practice Guidelines in Medical Malpractice Litigation*, in «University of Pennsylvania Law Review», 149, 2001, 3, pp. 645-710.
- Palermo Fabris, E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, Cedam, 2000.
- Paradiso, M., *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in «Riv. dir. civ.», 2001, 3, pp. 325-352.

- Parodi, C. e Nizza, V., *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. V, Torino, Utet, 1996.
- Principalli, A., *La responsabilità del medico*, Napoli, Jovene, 1983.
- Riccio, A., *Consenso informato e dissenso tra diritto penale e diritto civile*, in «Contratto e impresa/Europa», 2009, 3, pp. 552-579.
- Riz, R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, Cedam, 1975.  
— *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, Cedam, 1979.
- Rocchio, F., *Il dovere di informazione del medico tra responsabilità contrattuale e pre-contrattuale*, in «Giur. merito», 2005, 5, pp. 1038-1051.
- Roiati, A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012.
- Rutten, F., Brower, W. e Niessen, L., *Practice Guidelines Based on Clinical and Economic Evidence: Indispensable Tools in Future Market Oriented Health Care*, in «European Journal of Health Economics», 6, 2005, 2, pp. 91-93.
- Stella, F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2000.
- Stillo, A., *Malpractice: il consenso informato*, in «I Contratti», 2001, 12, pp. 1173-1176.
- Terrosi Vagnoli, E., *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medicolegali*, in «Riv. it. med. leg.», 1999, 1, pp. 189-232.
- Tramontano, L., Rossi, S. e Bordon, R., *La nuova responsabilità civile. Causalità, responsabilità oggettiva e lavoro*, Torino, Utet, 2010.
- Vaccani, R., *Riprogettare la sanità. Modelli di analisi e sviluppo*, Roma, Carocci, 2012.
- Veronesi, P., *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 137-172.
- Viganò, F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2004, 1, pp. 141-192.



## Capitolo secondo

# L'assicurazione sanitaria dei professionisti e delle strutture sanitarie in Italia

### 1. *Il ruolo delle assicurazioni sanitarie nell'allocazione dei costi della gestione sanitaria*

Alla luce della giurisprudenza esaminata, ciò di cui si vuole dare atto in questo capitolo, è la relazione esistente tra una corretta gestione del rischio sia a livello di azienda che a livello di singoli comportamenti, ed i costi effettivi di gestione del sistema sanitario, con particolare attenzione alla spesa per le polizze assicurative del settore. Infatti, perché la scienza medica possa essere esercitata in maniera corretta ed efficace, sotto il profilo della tutela dei diritti dei pazienti, è necessario che gli errori che possono derivare dal suo esercizio siano risarciti attraverso un sistema assicurativo concorrenziale, che garantisca il risarcimento del danno a tutti coloro che hanno subito una lesione dei propri diritti, in tempi celeri e con certezza di parametri.

Per tali ragioni la corretta gestione delle *malpractice* in sanità da un lato, è funzionale al miglioramento dei processi sanitari e dunque all'assistenza nei confronti dell'utente, dall'altro si propone di ridurre i costi legati proprio a tale gestione del rischio. Infatti, meno costi generali significa maggiore possibilità di spesa nel campo della ricerca e dell'assistenza ai singoli.

Tra i principali costi derivanti da un errore/*malpractice* commesso da un professionista, un sanitario, o una struttura sanitaria, vi sono certamente quelli legati al risarcimento nei confronti dei pazienti che hanno subito un danno.

Se in passato l'atteggiamento dei giudici nei confronti dei medici era caratterizzato da un certo grado di tolleranza verso possibili errori, la situazione, come si è visto nel capitolo 1, è ormai cambiata<sup>1</sup>. Questo mutamento del quadro giurisprudenziale e normativo, ha avuto effetti anche sul comparto assicurativo. Negli ultimi tempi si è, infatti, assistito all'aumento di un atteggiamento sempre più intransigente da parte delle assicurazioni, che arri-

<sup>1</sup> Cfr. in particolare il capitolo 1, par. 4.

vano persino a rifiutare di stipulare polizze in grado di proteggere gli errori sanitari. Ciò è dovuto ad un incremento delle controversie che vedono coinvolti medici e strutture ospedaliere, con relativo aumento delle sentenze di condanna al risarcimento dei danni. Il dato più allarmante è rappresentato dal fatto che se il professionista o l'azienda sono impossibilitati a stipulare una polizza assicurativa per danni, il diritto del paziente ad un eventuale risarcimento verrà frustrato, di fatto facendo collassare il sistema di responsabilità e prevenzione<sup>2</sup>.

Le conseguenze del maggior numero di azioni legali nei confronti del personale medico e delle aziende sanitarie ha già portato all'ampliamento del fenomeno della c.d. «medicina difensiva»<sup>3</sup>. Tale fenomeno indica l'ipotesi in cui si assiste alla modifica del comportamento professionale dei medici – soprattutto di quelli specialistici – al fine di adottare misure dirette alla prevenzione di procedimenti giudiziari per *malpractice*. Essa può assumere carattere positivo o cautelativo, quando, ad esempio, il medico prescrive al paziente ogni esame possibile anche se inutile ma, può assumere, anche, carattere negativo, rappresentato dal tentativo di evitare di curare (ad esempio, escludendo alcuni pazienti «a rischio» da taluni trattamenti) i casi più complessi e i pazienti considerati a più alto rischio, che aumentano le probabilità di dover affrontare un contenzioso<sup>4</sup>. Una ricerca del Centro

<sup>2</sup> Se il professionista dovesse, infatti, rispondere del risarcimento degli eventuali danni causati dall'esercizio della professione, esclusivamente con il proprio patrimonio personale, la garanzia risarcitoria a favore dei pazienti risulterebbe notevolmente ridotta. Proprio per garantire l'effettività del diritto al risarcimento, la legge di conversione 148/2011 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, dal 13 agosto 2013 ha previsto l'obbligo della stipula di una polizza di RC professionale anche per i medici professionisti. In particolare l'art. 3, comma 5, lett. e) sancisce che «a tutela del cliente il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale».

<sup>3</sup> Secondo la definizione elaborata nel 1994 dall'OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress: «La medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa». Nel novembre 2010 è stata presentata la prima ricerca nazionale italiana sul fenomeno della medicina difensiva, realizzata dall'Ordine provinciale dei medici-chirurghi e degli odontoiatri di Roma. I dati raccolti indicano che il 78,2% dei medici ritiene di correre un maggiore rischio di procedimenti giudiziari rispetto al passato, il 68,9% pensa di avere tre probabilità su dieci di subirne. Complessivamente, ben il 65,4% ritiene di subire una pressione indebita nella pratica clinica quotidiana a causa della possibilità di tale evenienza. Gran parte dei medici ricorre dunque alla medicina difensiva a causa del clima attuale presso la pubblica opinione (65,8%), o a causa di eventuali iniziative della magistratura (57,9%), o per le esperienze di contenzioso di altri colleghi (48,4%), o ancora per la necessità di prevenire sanzioni comminate da strutture e servizi di appartenenza (43,1%), per il timore di una compromissione della carriera (27,8%), per paura di vedere la propria immagine professionale negativamente riportata dai media (17,8%).

<sup>4</sup> Cfr. Fondazione Istud, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della me-*

Studi «Federico Stella» del 2010, riporta che quasi il 78% dei medici italiani ha tenuto almeno un comportamento di medicina difensiva, dovuto al *timor fori*<sup>5</sup>. Questo fenomeno ha un impatto economico che corrisponde al 10,5% della spesa sanitaria totale; a questo si deve poi aggiungere un aumento della spesa non programmabile dovuta al peggioramento della fiducia del paziente nel sistema sanitario e nell'assistenza ricevuta<sup>6</sup>. Per fare fronte all'eventualità di un'azione di risarcimento, lo strumento tipico di tutela è, dunque, l'assicurazione professionale e della struttura sanitaria. Il sempre maggior ricorso, ormai divenuto obbligatorio, alla stipula di polizze assicurative professionali al fine di coprire i costi derivanti dall'errore medico, riconosciuti e quantificati dal giudice, è divenuto una variabile fondamentale nell'allocazione dei costi per la gestione delle *malpractice* mediche, che grava su tutto il sistema sanitario. Con l'introduzione dell'obbligatorietà dell'assicurazione professionale personale «per colpa grave», su cui *infra*, le singole aziende dovranno garantire la copertura assicurativa solo per colpa lieve provocata ai pazienti dai propri dipendenti, mentre graverà sui singoli professionisti la polizza assicurativa personale per danni provocati per colpe gravi. Esistono, infatti, due tipologie di polizze assicurative: quelle RC strutture sanitarie, in cui rientrano tutte le polizze che coprono la responsabilità civile medica della struttura sanitaria, sia essa pubblica che privata<sup>7</sup> e quelle RC professionale medici, in cui rientrano tutte le polizze che coprono la responsabilità civile professionale dei medici, a prescindere dalla loro appartenenza a una struttura sanitaria. Si ricorda che i costi dell'assicurazione personale ricadono interamente sui singoli professionisti e si rileva che specialmente per quelli più giovani tali costi incidono anche sulla scelta del settore di specializzazione. Benché, naturalmente, la professione medica sia in un certo qual senso una «vocazione» e certamente non si possa affermare che le preoccupazioni legate ad eventuali costi assicurativi incidano direttamente sul comportamento del medico, anche al di là dei fenomeni di medicina difensiva, deve però rilevarsi che attualmente i professionisti del settore sanitario sono sottoposti a notevole stress sia fisico (si pensi ai turni ospedalieri)

*dicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, Programma «Scienziati in Azienda», XII edizione, Stresa, 26 settembre 2011-16 luglio 2012, 1° Project Work, [www.fsk.it/eventi/documentieventi/2012-11-09c.pdf](http://www.fsk.it/eventi/documentieventi/2012-11-09c.pdf).

<sup>5</sup> Così G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato e G. Varrasco, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, ETS, 2001.

<sup>6</sup> Si veda l'analisi di L. Quaglino, *I costi dell'assicurazione sanitaria*, IBL Briefing Paper, in «I documenti di Quotidianosanità.it».

<sup>7</sup> I dati sono forniti dall'Ordine provinciale dei medici-chirurghi e degli odontoiatri di Roma da cui però sono escluse le strutture quali case di riposo, laboratori di analisi, centri diagnostici, università. Ordine provinciale di Roma dei medici chirurghi e degli odontoiatri, *Chi si difende da chi. E perché? I dati della prima ricerca nazionale della medicina difensiva*, Roma, 23 novembre 2010, [www.quotidianosanita.it/allegati/allegato9848861.pdf](http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato9848861.pdf).

sia psicologico (l'assistenza di persone sofferenti), che certamente ha dei riflessi negativi sulla relazione con il paziente. A ciò si aggiunga una pluralità di fattori, fra cui spicca lo stress ambientale, che influisce notevolmente sul comportamento del medico. È infatti, ragionevole affermare che la possibilità di lavorare in un ambiente di rispetto e fiducia per il personale sanitario equivalga a prevenire molti fenomeni di *malpractice*.

Secondo quanto emerge dai dati statistici<sup>8</sup>, nel 2001, il numero dei sinistri denunciati alle assicurazioni italiane nei confronti dei medici era di circa 11.000, mentre quelli contro le strutture sanitarie era pari a circa 22.000; nel 2010 il totale dei sinistri denunciati (contro medici e strutture sanitarie) è cresciuto percentualmente attestandosi a circa 34.000<sup>9</sup>.

Sempre secondo le stime, il totale dei danni provocati da *malpractice* medica è stato, nel 2010, di circa 260 milioni di euro e 500 milioni di euro risulta essere l'importo corrisposto dalle regioni per garantire le proprie strutture sanitarie<sup>10</sup>.

Secondo uno studio realizzato dell'Ordine dei medici di Roma<sup>11</sup>, inoltre, la medicina difensiva costa ogni anno al Servizio sanitario nazionale, tra i 12 e i 20 miliardi di euro e le specialità più colpite dalle denunce dei pazienti sono: ortopedia e traumatologia (15,1%), pronto soccorso (14,7%), chirurgia generale (9,6%), ostetricia e ginecologia (8,8%), medicina generale (4,3%), oculistica (3,5%) ed otorinolaringoiatria (2,9%). La quota maggiore di importi liquidati negli ospedali riguarda errori chirurgici (36%), diagnostici (25%), terapeutici (11%), di prevenzione (7%) e in procedure invasive (5%)<sup>12</sup>. Per quanto attiene all'esito delle denunce, nel 63% dei procedimenti viene riconosciuta la responsabilità del medico, mentre il 37% si conclude senza addebiti.

Questi dati si traducono in due conseguenze principali: da un lato l'abbandono, da parte dei medici, delle specializzazioni più a rischio, dall'altro l'aumento indiscriminato dei premi assicurativi.

I principali fattori di aumento della litigiosità del sistema sanitario de-

<sup>8</sup> Si veda in questo senso il *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012 e 2012/2013* in [www.ania.it](http://www.ania.it), così come mostra la tabella 2.

<sup>9</sup> Si deve però rilevare che secondo i dati forniti dalla *Rilevazione nazionale sulle iniziative per la sicurezza del paziente nelle strutture del SSN* (reperibile sul sito del Ministero della Salute [www.salute.gov](http://www.salute.gov)), il rapporto tra il numero di pratiche di indennizzo aperte e il numero di ricoveri, nel 2002, era di 14 pratiche di indennizzo attivate ogni 10.000 ricoveri. Dove le categorie di danno più frequenti riportate erano gli interventi chirurgici (39%), seguiti dagli errori di diagnosi (9%).

<sup>10</sup> Secondo quanto sostenuto dal sottosegretario al Welfare con delega alla Salute, Ferruccio Fazio, nel corso della presentazione dello studio realizzato dell'Ordine dei medici di Roma, la medicina difensiva costa ogni anno al Servizio sanitario nazionale tra i 12 e i 20 miliardi di euro (fonte: «SanitàNews», 27 gennaio 2009).

<sup>11</sup> Si veda nota 7.

<sup>12</sup> Fonte: P. Vinci, *Editoriale*, in «Giornale delle Assicurazioni», marzo 2010.

vono essere ricercati in diversi ambiti, primo fra tutti lo sdoganamento della scienza medica dall'ambito delle scienze riservate agli esperti (grazie in particolare alla diffusione delle notizie in web); certamente è poi da notare l'aumento del numero di società e professionisti specialisti del risarcimento, che di recente hanno incrementato il ricorso su larga scala, come testimoniato da incisive campagne pubblicitarie televisive, radiofoniche e su carta stampata; ma anche il trend giurisprudenziale di ampliamento delle fattispecie di danno e dei relativi importi di risarcimento<sup>13</sup>.

Proprio al fine di incidere sui costi del sistema, alcuni enti locali hanno deciso di centralizzare/organizzare la gestione degli eventuali danni di diverse strutture sanitarie, trasferendo al mercato assicurativo solo quelli di una certa entità o, addirittura, senza alcun trasferimento di rischio, dando così origine al fenomeno dell'auto-assicurazione<sup>14</sup>. Non da ultimo si deve rammentare che è stato introdotto da parte del legislatore, con il d.l. 138/11, c.d. «manovra economica bis»<sup>15</sup> e successivamente con il d.l. 1/2012 c.d. «decreto liberalizzazioni»<sup>16</sup>, l'obbligo per tutti i professionisti (compresi i medici), anche se non corredato da apposita sanzione, di stipulare un'assicurazione di responsabilità civile per danni a terzi e di rendere noti, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata e il relativo massimale. A tal proposito, con riferimento alla reperibilità delle coperture assicurative dei medici, si rileva un'ampia disponibilità di offerta per i medici ospedalieri e per i medici liberi professionisti esercenti una specializzazione non ad alto rischio; l'offerta tende invece a diminuire con riguardo ai medici liberi professionisti o per coloro che svolgono attività extramoenia di specialità maggiormente rischiose (es. chirurgia estetica, ortopedia, ginecologia).

Tutti questi fattori contribuiscono, di riflesso, all'aumento da un lato, del costo dei sinistri e conseguentemente ad un aumento dei premi assicurativi ma dall'altro, rendono anche poco vantaggioso per le compagnie assicurative il settore della responsabilità medica<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> F. Martini e A. Steffeno, *L'assicurazione nella responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Rimini, Maggioli, 2011.

<sup>14</sup> Si veda a tal proposito il par. 2.1.

<sup>15</sup> D.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148.

<sup>16</sup> D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>17</sup> Il costo sinistri è, infatti, la variabile che incide maggiormente (stimabile intorno al 75% prima delle imposte) sul costo del premio totale e risulta non direttamente controllabile dall'impresa di assicurazione, mentre le altre variabili (imposta sul premio, provvigioni, spese sanitarie, interessi su riserve e capitale, costo del capitale, tasse sul reddito dell'impresa) sono poco rilevanti o sono esogene o comunque facilmente prevedibili e poco volatili. Fonte: Ania, *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012 e 2012/2013*, cit.

## 2. I numeri dell'assicurazione medica in Italia

Per analizzare la grandezza del fenomeno assicurativo sanitario, nel nostro paese, è necessario analizzare i dati di settore. Anzitutto si riporta il monitoraggio Ania 1994/2011 relativo al numero dei sinistri protocollati dalle compagnie assicuratrici per ciascun anno.

Deve, tuttavia, premettersi che i dati forniti dall'Ania sono parzialmente incorretti. A titolo di esempio, tra i vari fattori di distorsione si segnala come, per prassi, le compagnie assicuratrici «aprano» una pratica di sinistro per ogni singolo fatto denunciato da o contro il soggetto assicurato. Da ciò consegue, ad esempio, che in caso di azione civile o penale per il medesimo fatto vengono segnalate tante aperture di sinistri quanti sono i soggetti eventualmente tenuti al pagamento. Pertanto da un lato non è possibile comparare questi dati con quelli provenienti dal Ministero della Giustizia rispetto alle cause iscritte e alla loro tipologia e dall'altro, questi numeri mostrano anche una diversa proiezione rispetto al volume totale dei premi stimabili<sup>18</sup> per le compagnie assicuratrici. Nonostante queste distorsioni i dati Ania rimangono i più significativi rispetto al panorama nazionale e pertanto meritano di essere presi in considerazione.

La tabella 1 mostra come la stima del numero di sinistri denunciati alle imprese di assicurazione italiane, relativi alle strutture sanitarie sia stata nel 2010 pari a 21.353 (circa i due terzi di quelli complessivamente denunciati per il totale settore della RC sanitaria) e sostanzialmente in linea rispetto all'anno precedente (-0,6%). In particolare, nel 2009 erano però aumentate le denunce relative ai singoli medici (oltre 12.500), dopo una contrazione registrata nel 2008; una forte crescita (+21%) ha interessato nel 2009, anche le denunce riguardanti le strutture sanitarie (+10,0% nel 2008), superando la soglia di 21.500 casi. In totale la stima del numero di sinistri denunciati alle imprese di assicurazione italiane nel 2009, è stato pari a oltre 34.035, ovvero ben il 15% in più rispetto all'anno precedente, dati poi confermati nel 2010, mentre si rileva una leggera contrazione nel 2011 con 31.409 sinistri protocollati. Malgrado la contrazione, questo numero rimane tra i più elevati dell'ultimo decennio. In particolare l'Ania segnala che a diminuire maggiormente sono stati i sinistri relativi alle strutture sanitarie (-8,1%), si reputa che questo sia dovuto alla crescente attenzione posta dalle stesse aziende sanitarie nell'analisi e nel monitoraggio dei rischi sanitari, al fine di prevenire o limitare i risarcimenti dovuti a *malpractice* medica (con la precisazione che questi dati sono stimati dall'Ania rispetto all'intero mercato con

<sup>18</sup> Ciò significa che se in una medesima azione viene richiesto un risarcimento di 100 facente capo a 3 soggetti diversi, per l'assicurazione si apriranno 3 sinistri tutti con richiesta 100. Spiegando in parte perché i valori calcolati dalle assicurazioni partono da cifre molto elevate.



TAB. 1. Numero sinistri denunciati 1994-2011

Anno di protocollazione	RC strutture sanitarie	RC professionale medici	Totale RC medica
1994	6.345	3.222	9.567
1995	11.411	5.892	17.303
1996	13.028	4.028	17.057
1997	18.672	4.829	23.501
1998	21.678	6.036	27.714
1999	23.261	9.073	32.334
2000	23.249	10.078	33.327
2001	21.911	11.238	33.149
2002	19.028	11.443	30.471
2003	16.566	10.874	27.440
2004	16.356	11.988	28.344
2005	16.343	12.290	28.633
2006	16.424	11.959	28.383
2007	16.128	13.415	29.543
2008	17.746	11.851	29.597
2009	21.476	12.559	34.035
2010	21.353	12.329	33.682
2011	19.627	11.782	31.409

*Nota:* La tabella mostra il numero dei sinistri denunciati alle compagnie assicurative dal 1994 al 2011, suddivisi tra quelli denunciati nel ramo RC strutture sanitarie (prima colonna), nel ramo RC medici (seconda colonna); per il totale della RC sanitaria (terza colonna).

*Fonte:* Ania, *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012 e 2012/2013*, cit. Il 2011 è l'ultimo anno preso in considerazione.

riferimento alle imprese che hanno partecipato alla rilevazione nel 2011 pari a circa il 41% dell'intero settore RC). Al contrario, il trend di aumento, degli ultimi sedici anni, è stato determinato anche dal fatto che l'evoluzione del concetto di responsabilità medica, ha determinato un incremento delle sentenze che riconoscono danni subiti dai pazienti per prestazioni erogate anche molti anni prima (prescrizione decennale).

A fronte del numero crescente dei sinistri denunciati, le compagnie segnalano anche un aumento costante del costo della liquidazione per singolo sinistro.

Secondo i dati riportati, la stima per il totale dei premi assicurativi delle strutture sanitarie dell'esercizio 2011 è pari a 290 milioni di euro<sup>19</sup>, che rappresentano il 58% del totale premi del settore della RC sanitaria (il restante 42%, ossia circa 210 milioni, è relativo a polizze stipulate dagli esercenti la professione sanitaria). Va notato che la statistica non comprende i premi raccolti dalle imprese europee operanti in Italia in regime di libertà di prestazione, alcune delle quali attive nel settore.

<sup>19</sup> Come si nota, queste cifre sono leggermente differenti rispetto a quelle fornite dal Ministero, cfr. nota 10 di questo capitolo, avvalorando quanto già detto circa l'affidabilità dei dati stessi.

TAB. 2. Evoluzione costo medio sinistri 1994-2011, in euro

Anno di protocol- lazione	Al 31 dic. 2002	Al 31 dic. 2004	Al 31 dic. 2005	Al 31 dic. 2006	Al 31 dic. 2007	Al 31 dic. 2008	Al 31 dic. 2009	Al 31 dic. 2010	Al 31 dic. 2011
1994	16.410	30.212	28.898	29.833	28.421	28.904	29.012	28.023	27.983
1995	14.418	21.464	21.406	22.976	22.488	22.687	22.676	22.190	21.887
1996	16.961	23.253	22.000	21.789	21.622	23.819	23.493	23.028	23.091
1997	25.331	31.082	29.594	29.214	28.961	32.948	31.940	31.950	31.768
1998	17.939	24.517	22.474	30.152	29.966	34.271	33.924	33.184	33.049
1999	22.820	28.144	28.556	32.063	32.571	37.281	36.511	36.584	36.157
2000	22.254	32.298	33.887	37.600	37.634	39.968	40.605	40.134	38.929
2001	21.843	31.675	33.152	36.757	35.974	40.042	40.159	37.457	45.865
2002	20.157	33.026	35.298	39.903	38.490	42.732	43.196	42.371	46.835
2003	30.306	34.379	39.475	39.080	44.521	47.241	46.169	50.577	
2004	22.706	29.755	36.545	38.349	44.083	43.304	43.653	49.951	
2005	26.670	33.174	35.471	42.383	42.245	41.277	46.330		
2006	30.659	33.408	41.476	42.019	41.779	50.330			
2007	26.670	38.266	38.816	39.537	47.798				
2008	29.505	34.067	39.427	49.581					
2009	25.083	33.225	43.852						
2010	27.689	38.538							
2011	30.789								

*Nota:* La tabella mostra l'evoluzione del costo medio dei risarcimenti, in relazione al trascorrere del tempo. La colonna di sinistra (ordinate) indica l'anno di protocollazione del sinistro, mentre la riga di intestazione (ascisse) indica gli anni trascorsi prima della liquidazione. I valori che si trovano nelle intersezioni indicano il costo della liquidazione di ciascun sinistro, per ciascun anno.

*Fonte:* Ania, *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012 e 2012/2013*, cit.

Si segnala che rispetto all'anno precedente si registra una contrazione complessiva dei premi di circa mezzo punto percentuale, alla quale ha tuttavia contribuito essenzialmente il calo (pari a circa il 6,1%) registrato, come detto, delle azioni promosse contro le strutture sanitarie, spiegabile con una maggior ritenzione del rischio tramite franchigie più elevate o con decisioni di auto-assicurazione da parte delle aziende stesse, come si dirà in seguito.

Tutti questi fattori hanno contribuito a determinare risultati estremamente negativi per i conti tecnici del settore e, quindi, valori particolarmente elevati del rapporto sinistri a premi<sup>20</sup>. In termini assicurativi, infatti, il crescente numero di sinistri denunciati e risarciti, connesso ai lunghissimi tempi di liquidazione dei risarcimenti a causa della durata dei contenziosi

<sup>20</sup> Bastano pochi numeri per mettere a fuoco il problema: crescono del 4,6% annuo i premi assicurativi che le aziende pagano alle compagnie, in conseguenza di un altrettanto marcato aumento delle richieste di risarcimento, ma calano del 75% i danni liquidati. Altissimo l'incremento dei premi assicurativi versati: tra il 2006 e il 2011 è stato del 23% e medio annuo del 4,6% e si è passati da 288 milioni di euro complessivamente versati nel 2006 a 354 milioni del 2011. Il premio medio annuo assicurativo, pagato dalle aziende sanitarie a livello nazionale, è aumentato da 2 milioni di euro nel 2006 a 2,7 nel 2011, con un incremento del 35%. Altissimo anche l'incremento delle richieste di risarcimento, che sono aumentate del 24%. Dati Ania, *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012 e 2012/2013*, cit.



giudiziari che nascono in merito al riconoscimento della responsabilità e la quantificazione del danno subito, causano l'aumento dell'entità dei risarcimenti nel corso del tempo.

Tale crescita è dovuta a fattori diversi: dalla rivalutazione economica, al mutamento dei coefficienti di calcolo per le lesioni, ai mutamenti giurisprudenziali, ecc., i quali, di fatto, però incidono sulla possibilità di individuare criteri scientifici e certi rispetto agli esiti dei procedimenti giudiziari, fattori che costringono le assicurazioni ad aumentare il coefficiente di rischio sul quale si basano i conteggi di previsione per il calcolo dei premi assicurativi. Questa è anche una delle ragioni per cui molte compagnie straniere non entrano nel nostro mercato in questo settore, non potendo fronteggiare le distorsioni del sistema. Le imprese rimaste, negli anni hanno pertanto avuto la necessità di rivedere al rialzo le stime degli importi riservati, con un conseguente deterioramento dei conti tecnici per i sinistri già accaduti in anni precedenti.

Peraltro, questo aspetto, non deve essere considerato un'anomalia del mercato italiano; in tutti i principali paesi industrializzati risulta, infatti, che le stime iniziali dei danni che implicano delle lesioni fisiche, registrano necessariamente degli aumenti nel tempo, proprio perché la giurisprudenza riconosce, con il passare del tempo, importi via via più elevati, con un tasso di crescita che supera di molto il normale indice di inflazione generale del costo della vita<sup>21</sup>.

Proprio sotto questo profilo è interessante notare che le assicurazioni italiane lamentano la lunghezza dei processi di RC sanitaria come un fattore di squilibrio del mercato assicurativo, eppure i dati sulla mediazione obbligatoria dimostrano che sono sempre le assicurazioni a non presentarsi al tavolo della mediazione. Ci si domanda quindi perché le compagnie tengano un tale atteggiamento, dal momento che lo strumento è volto proprio ad accelerare la definizione del risarcimento dovuto, cosa che dovrebbe incidere nettamente sulla possibilità di contenere i risarcimenti e soprattutto garantire che non vi sia una crescita del valore nel tempo<sup>22</sup>.

Dal punto di vista economico, il risarcimento dei danni ai terzi, a seguito di prestazioni sanitarie, ha acquisito crescente importanza proprio negli ultimi quindici anni. Fino alla prima metà degli anni Novanta, infatti, le richieste di risarcimento avanzate dai pazienti per danni da *malpractice* erano numericamente poco rilevanti ed ancora meno rilevante era la quantificazione economica del danno subito. Nei casi di richiesta di risarcimento per danni non risultava facile dimostrare il nesso di causalità tra danno e pre-

<sup>21</sup> Cfr. tra gli altri L. Tassone, *Evoluzione del rischio di responsabilità civile e suoi riflessi sull'assicurazione degli operatori sanitari*, in «Dir. econ. assic.», 1995, pp. 853-871; R. Breda, *Prospettive di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n. 108 del 6 giugno 2001*, in «Danno e resp.», 2003, 4, pp. 431-434.

<sup>22</sup> Si rimanda per un commento al capitolo 4, par. 2.

stazione sanitaria e i lunghi tempi della giustizia rendevano poi ancora più irta la strada per ottenere un risarcimento che, se riconosciuto, veniva solitamente quantificato in somme non particolarmente elevate. In questo clima, il rischio di provocare danni ai terzi veniva trasferito dalle aziende sanitarie all'esterno, tramite la stipula di contratti di assicurazione del tipo RCTO (Responsabilità civile terzi e operai/dipendenti), anche perché ai pochi risarcimenti facevano riscontro bassi premi assicurativi. Dalla seconda metà degli anni Novanta, tuttavia, è cresciuto significativamente il numero delle richieste di risarcimento per danni e si è avuto, come descritto, un cambiamento nell'orientamento delle istituzioni giudiziarie nella quantificazione dei danni.

Questo mutato clima nei confronti della responsabilità sanitaria ha avuto effetti come anticipato anche sul comparto assicurativo. Tuttavia, le problematiche legate a questo settore sono state oggetto di studi solo negli anni più recenti. Infatti, solo nel 2008 si è arrivati ad un punto di svolta, grazie ad una ricerca dedicata al settore assicurativo in ambito sanitario, che è sfociata nella redazione di un lavoro intitolato *Meccanismi allocativi per il rischio sanitario nelle aziende sanitarie pubbliche italiane*<sup>23</sup>. Lo studio ha preso in esame 308 gare di appalto per le coperture assicurative delle aziende sanitarie nel periodo 2003-2006, evidenziando come all'inizio del periodo di rilevazione la maggior parte di queste gare sia andata totalmente deserta da parte delle imprese, che nemmeno hanno presentato le loro offerte<sup>24</sup>. Nel periodo 2004-2005 le gare hanno invece visto ricominciare una certa presenza di compagnie e addirittura alcune di queste sono risultate «affollate».

Un primo dato che emerge da questo studio è che gli attuali contratti assicurativi offrono coperture davvero limitate, con scoperti di entità crescente e, soprattutto, forniscono la garanzia per periodi assai limitati e senza alcun impegno per eventi denunciati dopo la cessazione del rapporto, anche se verificatisi nel corso della sua durata. È noto, infatti, come nel panorama assicurativo si siano cercate tecniche volte a fronteggiare proprio i casi in cui le conseguenze dannose del sinistro si manifestano dopo il suo accadimento.

La garanzia, a seconda dell'opzione scelta, può quindi esplicitarsi in riferimento ai danni verificatisi nel periodo di validità del contratto; ovvero in riferimento alle comunicazioni delle pretese risarcitorie del danneggiato, re-

<sup>23</sup> Il lavoro firmato da L. Buzzacchi e C. Gracis, entrambi dell'Università Bocconi e di Amaris e che è stato parzialmente finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca, è disponibile in «Mecosan-Italian Quarterly of Health Care Management, Economics and Policy», XVII, aprile-giugno 2008, 66, pp. 103-122.

<sup>24</sup> La media annua degli assicuratori operanti a favore della sanità pubblica non è stata superiore a 5 nell'ultimo decennio. Hanno avuto una presenza costante i Lloyd's, con una quota di mercato superiore al 60%, il gruppo Generali e Unipol, mentre si sono alternati nel tempo e con politiche commerciali talvolta episodiche Carige, Cattolica, Faro, Fondiaria Sai, Reale Mutua e Zurich. Fonte: «Consumatori, diritti e mercato», 2009, 1, Focus.

cuperando così in garanzia anche a fatti accaduti prima della decorrenza del periodo di efficacia stabilito nel contratto.

Questa necessità sembra essere legata a due fattori che caratterizzano il mondo della responsabilità sanitaria, da un lato, infatti, deve rilevarsi che il già citato fenomeno delle cosiddette denunce tardive, favorito dall'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che pone la responsabilità professionale medica delle strutture del SSN nel campo della responsabilità contrattuale, per la quale è previsto un termine di dieci anni per la prescrizione, comporta che un gran numero di casi viene denunciato molto tempo dopo il verificarsi della prestazione sanitaria ritenuta (a torto o a ragione) errata. Dall'altro deve prendersi atto della introduzione, nei contratti assicurativi, della clausola cosiddetta *claims made*, secondo la quale, a differenza di quanto accadeva prima, la copertura assicurativa cessa col cessare del contratto di assicurazione e non copre quindi eventi che, pur essendosi verificati durante il periodo di copertura, sono stati denunciati dopo la interruzione del rapporto assicurativo<sup>25</sup>.

L'utilizzo di questa clausola di derivazione anglosassone presenta profili di una certa consistenza, proprio nell'ambito della responsabilità di tipo sanitario, perché la formulazione della clausola può evidenziare problematiche di tutela per l'assicurato<sup>26</sup>. Ma la clausola rimane di per sé lecita, come stabilito anche dalla Cassazione<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> In tal senso vedi A.D. Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, Egea, 1993, pp. 306 ss.; vedi anche E. Shilling, *Dell'accettazione del claims made sul mercato continentale europeo dell'assicurazione r.c.*, in «Seminario sulle clausole *claims made*» svoltosi a Colonia il 27-28 novembre 1985.

<sup>26</sup> Con la clausola *claims made* (letteralmente «a richiesta fatta»), assicuratore e assicurato pervengono ad una definizione convenzionale di sinistro rilevante ai fini dell'art. 1917, comma 1 c.c., che è fatta coincidere con la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal terzo e non più, dunque, col comportamento del danneggiante-assicurato generativo della responsabilità. Con l'applicazione di una simile opzione, il rischio assunto dall'assicuratore risulta più circoscritto nel tempo, con conseguente vantaggio sotto il profilo dei costi di polizza. Per converso, però, occorre segnalare che polizze strutturate sulle *claims made* nascondono pericolose insidie per l'assicurato, in quanto egli rischia di vedersi recapitare la richiesta di risarcimento in un'epoca in cui non gode più della copertura assicurativa. Il professionista, dunque, deve curare con particolare attenzione il rapporto assicurativo, garantendone la continuità attraverso regolari rinnovi annuali, accertandosi inoltre che, in sede di rinnovo, non venga fatta avanzare la c.d. *retroactive date*, ossia la data iniziale della copertura assicurativa. In caso di cessazione del rapporto assicurativo, poi, si rende necessaria la stipula di apposite polizze integrative c.d. *tail-coverage*, precipuamente rivolte a coprire i periodi successivi alla fine del rapporto contrattuale.

<sup>27</sup> Sentenza Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624, che ha ritenuto pienamente legittima la clausola *claims made*, «atta a limitare la copertura assicurativa ai sinistri denunciati nel corso della vigenza contrattuale», ritenendo che essa «non rientri nella fattispecie tipizzata dal legislatore, ma integra un contratto atipico pienamente lecito...». In altri termini, la clausola in oggetto introduce una deroga alla nozione di sinistro dettata dall'art. 1917, comma 1, c.c. che è pienamente lecita in quanto non si tratta di una norma cogente. Una simile deroga, però, vale a modificare la struttura del contratto, a tal punto da doversi parlare di una figura

Le clausole di tipo *claims made* sono finalizzate infatti a coprire la responsabilità civile per le richieste di risarcimento che giungano dopo la perfezione del contratto, indipendentemente dal momento in cui si sia verificato il fatto o l'evento dannoso.

La *claims made* introduce un criterio di determinazione della garanzia nel tempo, distinto da quello identificato come *loss occurrence* (la polizza copre i danni conseguenti ad errori provocati nel periodo di validità del contratto), adottato dalla maggior parte dei paesi europei<sup>28</sup>, ovvero essa decorre per il futuro rispetto al momento della richiesta di risarcimento e non dal momento dell'accadimento del fatto. Un argomento che si pone decisamente a vantaggio della *claims made* è, dunque, l'estensione della copertura assicurativa agli eventi accaduti prima della decorrenza della garanzia stessa. Lo svantaggio più evidente della clausola in esame consiste, invece, nel fatto che si attua una esclusione di copertura per gli eventi di danno per cui si sia fatta una richiesta dopo il periodo di validità della garanzia.

In tal modo, l'assicurato, per garantirsi un'adeguata copertura assicurativa, sarà costretto a continuare ad assicurarsi anche dopo la cessazione dell'attività da lui precedentemente svolta e per cui aveva stipulato l'assicurazione.

Secondo i dati che sono stati resi noti nel gennaio 2006 dal sottosegretario del Ministero della Salute, nei dieci anni precedenti, le denunce sono aumentate del 148% ed il costo medio dei sinistri è cresciuto del 67%<sup>29</sup>. Ciò

contrattuale atipica, benché lecita in quanto rivolta alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela (art. 1322 c.c.). La modifica, peraltro, che si risolve in una vera e propria limitazione della responsabilità a carico dell'assicuratore predisponente, determina la natura vessatoria della clausola, «... sicché per la sua efficacia è necessaria la specifica sottoscrizione da parte dell'assicurato». Tale sentenza è stata, fin da subito, oggetto di critiche e contestazioni. Si è più volte ritenuto che tali clausole siano sicuramente più favorevoli all'assicurato, soprattutto perché vincolano l'efficacia della copertura ad un dato obbiettivo – la richiesta di risarcimento – eliminando la possibilità di contestare la validità temporale della copertura rispetto al sinistro. Così sentenza Trib. Milano n. 3527/10. Tuttavia si riconferma l'orientamento della Corte di cassazione in Corte d'Appello Roma, sez. III, 18 gennaio 2012, n. 312.

<sup>28</sup> Al momento il sistema *loss occurrence* è adottato in Germania e in Portogallo, mentre Spagna, Gran Bretagna e Francia adottano il sistema *claims made*. Segnatamente, in Francia dopo la promulgazione della *Loi Kouchner* avvenuta il 4 marzo 2002, si è introdotto il sistema dell'obbligatorietà della RC medica attribuendo quindi al danneggiato, in caso di sinistro, azione diretta nei confronti dell'assicuratore: in tale eventualità la clausola *claims made* non sarebbe però opponibile al danneggiato, avendo la medesima valenza di eccezione contrattuale.

<sup>29</sup> Non è infatti soltanto aumentata la domanda delle prestazioni sanitarie, ma è anche cresciuto il livello delle aspettative in ordine alle prestazioni attese: il totale dei contenziosi in area medica, contro Asl e singoli professionisti, è infatti cresciuto, dal 1994 al 2007, del 200%, arrivando quasi a toccare la soglia dei 30 mila, ma il dato potrebbe essere sottostimato secondo Manzato (direttore sinistri Ania) così come esposto nella relazione al Convegno organizzato da Fondazione Previassme, *La conciliazione, un'alleanza rinnovata tra medico e cittadino*, Roma, 13 maggio 2010.

rende evidente la necessità per gli assicurati di continuare a sottoscrivere polizze assicurative ma evidenzia altrettanto, il decremento del vantaggio economico per le compagnie assicuratrici.

Si deve poi rilevare che, data la scarsità di dati disponibili rispetto ai sinistri forniti dalle aziende sanitarie, queste hanno impostato le gare per il brokeraggio assicurativo, fornendo acriticamente i dati statistici richiesti e ottenuti (quando previsto dalle norme contrattuali) dall'assicuratore precedente.

Questa prassi, di fatto, ha aperto la via a una nuova forma di asimmetria informativa, questa volta prodotta dall'assicuratore giunto a scadenza contrattuale, il quale può fornire all'azienda, propria cliente, dei dati sovrastimati sul contenzioso aperto, in modo da indurre i concorrenti a sovrastimare a loro volta i sinistri attesi.

Tutto questo ha comportato diverse e importanti criticità. Innanzitutto, come già evidenziato, le compagnie di assicurazione stanno abbandonando questo settore di mercato, fenomeno assolutamente allarmante perché testimonia come il sistema che ruota attorno alle richieste di risarcimento per colpa medica sia talmente «confuso» e in rapida evoluzione da rappresentare, per le imprese di assicurazione, un rischio non tarabile, non determinabile e quindi non assumibile.

Tra il 1999 e il 2001, infatti, i nuovi contratti delle strutture pubbliche sono stati modificati con l'introduzione di alcuni correttivi quali, per esempio, le franchigie, che inizialmente sono state spalmate su tutto il periodo assicurato (nel senso che l'azienda sanitaria si fa carico di una parte dei risarcimenti corrisposti nel periodo pattuito, subentrando dunque l'azione risarcitoria della compagnia solo per gli importi eccedenti), mentre oggi, ad ulteriore testimonianza di come si sia aggravata la situazione, franchigie decisamente consistenti (solitamente pari a 50.000 euro, in taluni casi anche 80.000) vengono applicate su ciascun sinistro, lasciando oltretutto alle aziende sanitarie l'onere di gestire direttamente gli eventi il cui costo rientra in questi importi.

Infine, mentre quasi tutti i contratti precedenti rinunciavano al diritto di rivalsa per dolo o colpa grave nei confronti dei professionisti ritenuti responsabili, con i nuovi contratti questa sorta di benefit non è più presente, il che ha contribuito a dare inizio ad un'azione progressivamente sistematica di rivalse da parte delle amministrazioni sanitarie nei confronti dei sanitari ritenuti responsabili.

I dati di settore, sempre forniti dall'Ania, riferiscono a questo proposito, l'assenza di remuneratività dell'assicurazione di responsabilità civile per le polizze sottoscritte a partire dalla metà degli anni Novanta. A fronte, infatti, di un evidente regime di responsabilità contrattuale e di un incremento degli importi medi risarcitori, connesso ai profondi mutamenti occorsi nelle sensibilità giuridiche con riferimento alla quantificazione e liquidazione del

danno alla persona, il rischio assicurato dalle compagnie è variato molto più rapidamente negli ultimi quindici anni di quanto non abbiano fatto premi e condizioni contrattuali. Valga a titolo d'esempio anche l'aumento, decretato nel 2009, delle tabelle per il calcolo degli indennizzi effettuata dal Tribunale di Milano (con aumenti fino al 30%) che, come noto, sono state dichiarate quali parametro di riferimento, per il calcolo della liquidazione del danno dalla sentenza n. 12408/2011 della Cassazione, che ha affermato, appunto, la necessità di misurare l'adeguatezza del risarcimento del danno alla persona attraverso il confronto con le tabelle milanesi<sup>30</sup>. Si stima che da oltre un decennio le compagnie del settore si trovano costrette ad operare in perdita, calcolata intorno ai 250-300 milioni annui (che include solo il costo sinistri generato da responsabilità mediche accertate). Per giunta, le (poche) compagnie che ancora si prestano a erogare questo servizio, lo fanno proponendo un incremento esponenziale dei premi e contestualmente riducendo le garanzie<sup>31</sup>.

Come si rileva inoltre nei dati Ania riportati in tabella 3, i premi incassati nel 2004 in ambito di assicurazione RC sanitaria si sono rivelati largamente insufficienti a coprire i costi dei sinistri (comprensivi degli accantonamenti per i sinistri pendenti), tendenza questa diffusa per tutte le annualità prese in esame e chiaramente ancor più evidente in relazione alla vetustà del danno<sup>32</sup>.

I tempi della liquidazione del danno rivelano peraltro un ulteriore elemento di criticità: come è possibile constatare dai dati riportati nella tabella 4, le compagnie assicuratrici, mediamente, impiegano circa tre anni per chiudere il 52% dei sinistri, mentre ne occorrono più di quindici per definirne circa il 97%, dal momento che nel 2010 risultano liquidati meno del 97% dei sinistri accaduti nel 1994<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Sentenza Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408. La decisione è stata recepita dallo stesso Consiglio di Stato nel parere reso l'8 novembre 2011 che ne ha ritenuto il contenuto condivisibile e coerente, tanto da indurre il dibattito a ipotizzare un recepimento nella Tabella unica nazionale delle quantificazioni elaborate dal Tribunale di Milano. In ogni caso deve segnalarsi che non tutti i giudici di merito si sono uniformati all'indicazione della Suprema Corte. I giudici del Tribunale di Roma hanno espressamente dichiarato di voler continuare ad adottare le tabelle già in uso presso la curia romana, nella versione annualmente aggiornata. A motivazione di tale scelta si legge, tra le tante, nella sentenza Trib. Roma n. 210/2012, la scelta di favorire il danneggiato applicando, se più favorevoli nella liquidazione, le tabelle del Tribunale di Roma. Ciò contribuisce, come intuibile, a creare ulteriori difformità nel sistema in assenza di una tabella di riferimento.

<sup>31</sup> Cfr. A. Antonucci, *L'assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, Cacucci, 2000; A. Polotti di Zumaglia, *La copertura assicurativa in campo medico*, in «Dir. econ. assic.», 2001, 2, pp. 363-387.

<sup>32</sup> Cfr. M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>33</sup> Secondo il *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012*, cit., il tasso annuo di crescita dei premi complessivi negli ultimi 10 anni (2000-2010) si attesta al 7,8% (rispettivamente 6,2% per le strutture sanitarie e 10,5% per i professionisti). A ciò contribuisce la lunghezza dei



TAB. 3. Rapporto percentuale sinistri premi 1994-2011

Anno di protocol- lazione	Al 31 dic. 2002	Al 31 dic. 2004	Al 31 dic. 2005	Al 31 dic. 2006	Al 31 dic. 2007	Al 31 dic. 2008	Al 31 dic. 2009	Al 31 dic. 2010	Al 31 dic. 2011
1994	199	251	241	251	238	240	241	237	236
1995	182	212	216	206	202	201	201	203	200
1996	187	198	195	191	187	199	198	195	189
1997	223	320	300	293	286	336	323	323	311
1998	168	340	313	288	284	341	331	323	312
1999	179	262	266	249	246	330	321	321	308
2000	151	216	219	208	206	233	217	214	203
2001	154	218	218	200	192	215	204	187	251
2002	149	232	229	199	192	207	199	275	287
2003	196	199	171	162	173	177	215	223	
2004	145	170	154	150	144	140	162	174	
2005	173	162	155	133	131	118	123		
2006	158	157	150	141	128	142			
2007	140	130	123	109	117				
2008	111	147	138	148					
2009	153	155	169						
2010	153	177							
2011	147								

*Nota:* La tabella mostra la variazione percentuale per anno (colonna di sinistra), del costo dei risarcimenti, di RC medica totale, per le compagnie d'assicurazione, in rapporto al trascorrere del tempo necessario per la sua liquidazione suddivisa per anni (colonne di destra).

*Fonte:* Ania, *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012 e 2012/2013*, cit.

Per quanto riguarda il rapporto sinistri a premi, la media per le varie generazioni nel 2010 era pari al 175%, mentre per la generazione di sinistri protocollati nel 2010 corrispondeva al 159%. In particolare, all'aumentare del numero di sinistri e delle informazioni relative a questi, si osserva come le generazioni di sinistri protocollati dal 1994 al 2003 registrassero un rapporto sinistri a premi elevatissimo, che è arrivato a toccare punte pari al 469% nel 1998. Questo spiega il motivo per cui la media per le varie generazioni è maggiore di quella del 2010. Il trend di aumento si interrompe dal 2004, pur restando insostenibile.

La riduzione dei livelli del rapporto sinistri a premi è riconducibile al miglioramento della capacità di stima e previsione dei trend in atto delle im-

processi civili di accertamento e liquidazione. Ad esempio, per i sinistri protocollati nel 1994, dopo 8 anni di sviluppo (ossia nel 2002), le imprese di assicurazione avevano stimato mediamente di pagare circa 16.400 euro, mentre a distanza di 10-12 anni la valutazione si era quasi raddoppiata e aveva raggiunto quello che sembra essere oggi il costo medio «ultimo» dei sinistri di quella generazione (circa 28.000 euro). Tale andamento si osserva (talvolta con tempi più rapidi) per tutte le generazioni di sinistri: ad esempio per l'anno di protocollazione 2004 il costo medio dei sinistri si è raddoppiato in soli 4 anni, passando da 22.700 euro nell'anno di denuncia a oltre 44.000 euro nel 2008. Sono gli andamenti in forte crescita del costo dei risarcimenti, congiuntamente con il numero crescente delle denunce che le imprese registrano di anno in anno, a determinare risultati estremamente negativi per i conti tecnici del settore e, quindi, valori particolarmente elevati del rapporto sinistri a premi.

TAB. 4. *Incidenza importo sinistri liquidati 1994-2011*

Anno	% Numero dei sinistri liquidati	% Numero dei sinistri riservati	% Importo dei sinistri liquidati	% Importo dei sinistri riservati
1994	97,7	2,3	92,9	7,1
1995	97,8	2,2	94,7	5,3
1996	97,1	2,9	94,7	5,3
1997	96,5	3,5	91,7	8,3
1998	95,9	4,1	91,6	8,4
1999	94,3	5,7	89,6	10,4
2000	91,2	8,8	86,8	13,2
2001	89,5	10,5	82,8	17,2
2002	86,2	13,8	75,8	24,2
2003	82,4	17,6	74,7	25,3
2004	78,7	21,3	66,5	33,5
2005	73,7	26,3	60,4	39,6
2006	69,0	31,0	54,1	45,9
2007	59,8	40,2	46,6	53,4
2008	52,8	47,2	38,6	61,4
2009	39,7	60,3	28,8	71,2
2010	24,6	75,4	14,2	85,8
2011	9,8	90,2	2,3 9	7,7

*Nota:* La tabella mostra in base all'anno di protocollazione del sinistro (colonna di sinistra), la percentuale (sul totale) di quelli liquidati nel medesimo anno (2<sup>a</sup> colonna); la percentuale (sul totale) di quelli riservati, ovvero ancora da liquidare (3<sup>a</sup> colonna); la percentuale (sul totale) dell'importo monetario già liquidato nell'anno (4<sup>a</sup> colonna) e la percentuale (sul totale) degli importi ancora da liquidare (5<sup>a</sup> colonna).

*Fonte:* Ania, *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012 e 2012/2013*, cit.

prese, sebbene rimanga problematica la stima dei costi medi, che nella maggior parte dei casi vengono sottostimati, anche a causa dei frequenti cambiamenti al rialzo della giurisprudenza in materia di entità del danno da risarcire.

### 2.1. *Il fenomeno dell'auto-assicurazione sanitaria*

Lo scenario sin qui delineato, ha spinto alcune regioni italiane a ripensare, in questi ultimi anni, al modello di gestione del rischio delle richieste di risarcimento avanzate dai terzi per i danni conseguenti a prestazioni sanitarie da essi ricevute, al fine di limitare la spesa delle proprie strutture sanitarie<sup>34</sup>. Si deve pertanto dare atto di quali sono le principali strategie adot-

<sup>34</sup> Sul punto si ricordano gli effetti devastanti derivanti dal fallimento della Faro Assicurazioni Spa (a cui si sono affidate moltissime aziende ospedaliere italiane e anche il Fondo regionale piemontese): un caso che evidenzia la scarsa attenzione alla qualità, stabilità e solvibilità, operato in questo caso dai numerosi organi deputati al controllo. E ancora, non può essere taciuto quanto occorso in occasione della gara assicurativa della regione Veneto per la realizzazione di una convenzione unica per tutta la sanità regionale in cui la Guardia di finanza ha determinato il blocco della procedura contestando (per quanto emergente dai me-



tate a livello regionale in materia assicurativa<sup>35</sup>, tenendo presente che esse hanno natura diversa, a sottolineare ancora una volta le difficoltà e la confusione che regnano nel settore. Lo sviluppo di sistemi regionali auto-assicurativi nel campo della responsabilità sanitaria muove tanto dall'esigenza economica di gestire la sinistrosità e la quota premi assicurativi pagati dalle aziende sanitarie sia da quella di ottenere un monitoraggio del sistema in grado di permettere una coerente valutazione dell'eventuale esborso economico in caso di risarcimento diretto a fronte dei premi assicurativi liquidati.

Scorrendo velocemente tra le esperienze regionali deve rilevarsi che: tra il 2005 e il 2007 la regione Piemonte ha scelto di dotarsi di una polizza RCTO regionale con una franchigia di 500 mila euro per sinistro, finanziata da un fondo speciale del bilancio regionale per i danni in franchigia. Dal 2008 poi, l'azienda sanitaria Le Molinette è stata delegata dalla regione alla gestione del proprio programma assicurativo. Nel 2011 è, infine, stata prevista l'introduzione di una franchigia per sinistro pari a 1 milione di euro per gli eventi di particolare gravità<sup>36</sup>. La gestione dei sinistri ricompresi nella franchigia è poi stata affidata ad una società esterna. Uno degli esempi di applicazione del Fondo regionale per risarcimento dei danni causati da colpa medica grave, ha riguardato nel 2013 proprio l'ospedale Le Molinette. Il caso è interessante soprattutto perché è arrivato fino alla Corte dei Conti, la quale ha dichiarato che il medico condannato con sentenza, per colpa grave, al risarcimento dei danni subiti dal paziente (liquidato attraverso il Fondo regionale), crea un danno all'erario dal momento che la copertura del Fondo regionale è sostenuta da finanziamenti di natura pubblica.

Il danno erariale deve pertanto essere risarcito da chi lo ha provocato<sup>37</sup>. È evidente come questa decisione incida notevolmente, ancora una volta, sul problema dell'assicurazione dei professionisti, i quali lamentano che il nuovo sistema assicurativo regionale anziché favorire la diminuzione del ricorso alla medicina difensiva, rischia di incentivarlo, visto che i medici eventualmente condannati per colpa grave, dovranno ulteriormente risarcire, tramite l'assicurazione privata, anche il danno causato all'erario regionale, con indubbi riflessi sull'aumento delle polizze personali e quindi sul comportamento stesso dei medici. Questo caso apre inoltre profili risarcitori nuovi in capo

dia) che la compagnia straniera assegnataria risulterebbe in qualche modo collegata con la criminalità organizzata campana. Ormai la quasi totalità delle gare svolte dagli enti operanti nel settore sanitario vengono assegnate a imprese di assicurazione straniere con (piccole) rappresentanze in Italia.

<sup>35</sup> La fonte è sempre il *Rapporto Assicurazioni in Italia 2011/2012*, cit.

<sup>36</sup> L.r. Piemonte n. 18/2007 e d.g.r. n. 3-2494 del 3 agosto 2011.

<sup>37</sup> La Corte dei Conti ha contestato ad un medico e un'infermiera delle Molinette la «colpa grave» della mancata assistenza, dopo che l'ospedale – in sede civile – aveva risarcito 17 mila e 548 euro per l'accaduto. Essi sono stati condannati a pagare 5.000 euro a testa a risarcimento del danno erariale per la regione. Fonte La.stampa.it, Torino, Cronaca, 4 settembre 2013.

ai singoli professionisti della sanità, rischiando di alimentare una polemica sui fondi assicurativi regionali che, al contrario, vorrebbero garantire equità nella gestione delle richieste di risarcimento danni ai pazienti<sup>38</sup>.

Anche il Friuli-Venezia Giulia dal 2005 ha costituito un Fondo regionale per la copertura dei danni in franchigia, acquistando sempre una polizza RCTO con franchigia per sinistro di 500 mila euro. Tuttavia, la gestione degli eventi inferiore alla franchigia rimane gestita da uno specifico ufficio regionale<sup>39</sup>.

In Lombardia, al contrario, fino al 2012 ogni singola azienda ha gestito autonomamente la propria strategia assicurativa, mentre la regione ha solo coadiuvato le strutture mediante un programma regionale di raccolta dati sui sinistri e l'emanazione di speciali linee guida sulle polizze RCTO. Nel giugno del 2012, tuttavia, è stata avviata una procedura aperta da parte della Centrale regionale acquisti per la conclusione di un accordo quadro per l'acquisto di polizze RCTO per dodici aziende sanitarie regionali<sup>40</sup>. L'attività è collegata alle tipologie di polizze RCTO aziendali e in ogni azienda sono stati costituiti dei Comitati di valutazione sinistri.

In Toscana, il pagamento dei risarcimenti per danni, avviene mediante uno specifico Fondo regionale (finanziato dal Fondo regionale sanitario). Nel periodo 2010-2011 le richieste sono state gestite dal Comitato gestione sinistri (CGS) aziendale coadiuvato dal Comitato gestione sinistri di area vasta (*second opinion*). Dal 2012, ad integrazione di quanto precedentemente previsto, per le richieste di risarcimento superiori a 500 mila euro le aziende possono chiedere un parere consultivo non vincolante al Comitato regionale gestione sinistri (CRGS)<sup>41</sup>.

In Sicilia dalla metà del 2011 i programmi assicurativi sono gestiti da un unico broker selezionato dalla regione, al fine di dare unitarietà al sistema ed è stato istituito un Comitato sinistri in ogni azienda sanitaria<sup>42</sup>.

Ancora, in Liguria dal 2012 è stato istituito un fondo *ad hoc* che garantisce la copertura dei danni ai pazienti. Tale fondo è stato calcolato sulla base della media dei risarcimenti effettuati negli ultimi anni ed ammonta a circa 2,4 milioni di euro, mentre la gestione dei sinistri è affidata ad una società esterna<sup>43</sup>. La scelta effettuata dalla regione Liguria di centralizzare la gestione degli eventuali danni di diverse strutture sanitarie, trasferendo al mer-

<sup>38</sup> Su questi temi si è focalizzato anche il recente lavoro pubblicato dalla Agenas (Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali) intitolato *Indagine sui modelli regionali di gestione sinistri e polizze*, in «I quaderni. Supplemento alla rivista Monitor», Roma, ottobre 2013.

<sup>39</sup> D.g.r. n. 353 del 21 dicembre 2004.

<sup>40</sup> Cfr. nota regionale n. 44309 del 29 settembre 2008 e nota regionale n. 35435 del 27 luglio 2008.

<sup>41</sup> D.g.r. n. 1203 del 21 dicembre 2009; d.g.r. n. 1203 del 21 dicembre 2009, Allegato; d.g.r. n. 1234 del 27 dicembre 2011.

<sup>42</sup> Decreto assessore alla Salute regione Sicilia del 18 dicembre 2011.

<sup>43</sup> L.r. Liguria n. 28/2011 pubblicata in BU Liguria, 2 novembre 2011, n. 19.

cato assicurativo solo quelli di una certa entità, è stata disposta con legge regionale 28 ottobre 2011, n. 28. Con essa è stata, infatti, promossa la predisposizione di un fondo speciale attraverso il quale realizzare un programma assicurativo di gestione diretta del rischio. Il fondo provvede al risarcimento dei danni fino ad un importo massimo di 350 mila euro per evento (senza franchigia) e la regione si avvale di coperture assicurative per i risarcimenti eccedenti tale soglia<sup>44</sup>.

Per quanto riguarda l'Emilia-Romagna si deve segnalare il progetto di legge «Autoassicurazione per rischi di responsabilità civile delle aziende ed enti del servizio sanitario regionale, e sistema di conciliazione»<sup>45</sup>, convertito in legge<sup>46</sup>, nella cui relazione di apertura si dichiarano le motivazioni di tale scelta specificando la necessità di intervento sia per motivi legati alla mancanza di assicurazioni affidabili disponibili ad offrire servizi a prezzi sostenibili per il mondo sanitario, sia per orientamenti politici emergenti<sup>47</sup>. La legge approvata a novembre 2012, prevede che dal 1° gennaio 2013, per un periodo di sperimentazione della durata di un anno, in sei aziende sanitarie dell'Emilia-Romagna la copertura dei rischi derivanti da responsabilità civile del personale non sarà più affidata ad una società assicuratrice terza, come avvenuto fino ad allora, ma sarà cogestita dalle stesse aziende sanitarie assieme all'assessorato regionale alle Politiche per la salute. Fino a 100 mila euro la gestione sarà direttamente in capo alle singole aziende sanitarie, tra i 100 mila e 1 milione e 500 mila euro i risarcimenti saranno cogestiti da regione e aziende sanitarie, per i sinistri più gravi, per i quali il risarcimento è superiore a 1 milione e 500 mila euro è previsto il mantenimento di una unica polizza assicurativa regionale.

A questi dati devono aggiungersi quelli forniti dalle stime prodotte dalla Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali<sup>48</sup>. Delle 169 aziende sanitarie,

<sup>44</sup> L.r. n. 28/2011, cit.

<sup>45</sup> D.g.r. n. 1349/2012, progetto di legge regionale: «Norme per la copertura dei rischi derivanti da responsabilità civile negli enti del Servizio sanitario regionale», in Saluter.it, portale Salute Emilia-Romagna. Pubblicato nel supplemento speciale del BU della regione Emilia-Romagna, n. 133 del 4 maggio 2012.

<sup>46</sup> L.r. Emilia-Romagna n. 13/2012, in BU, n. 233 dell'8 novembre 2012.

<sup>47</sup> M. Brusoni, L. Cosmi e E. Trincherò, *Prospettive regionali per la gestione del rischio clinico: una prima indagine esplorativa*, in *L'aziendalizzazione della sanità in Italia. Rapporto OASI 2006*, a cura di E. Anessi Pessina e E. Cantù, Milano, Egea, 2006, pp. 379-415.

<sup>48</sup> La Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali è stata istituita con deliberazione della Camera dei deputati del 5 novembre 2008, con il compito di indagare sulle cause e sulle responsabilità degli errori sanitari nelle strutture pubbliche e private e sulle cause di ordine normativo, amministrativo, gestionale, finanziario, organizzativo, funzionale ovvero attinenti al sistema di monitoraggio e controllo che, nelle regioni interessate dal d.l. 20 marzo 2007, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 maggio 2007, n. 64, hanno contribuito alla formazione di disavanzi sanitari non sanabili autonomamente dalle regioni medesime, anche al fine di accertare le

ospedaliera, universitarie e IRCCS che hanno risposto all'indagine, 35 di esse (pari al 20,7%) si affidano ai fondi regionali per la copertura assicurativa, mentre 122 aziende (il 72,2%) si affidano alle compagnie assicurative<sup>49</sup>. Le strutture che si avvalgono del Fondo regionale sono concentrate in sole 4 regioni: la Toscana con 16 aziende sanitarie (il 45,7% del complesso dei centri che usufruiscono del Fondo regionale), il Friuli-Venezia Giulia con 9 centri (pari al 25,7%), la Liguria anch'essa con 9 aziende (25,7%), la Basilicata con un'azienda sanitaria (2,9%). Tranne la Basilicata, in cui vi è un'azienda che adotta il Fondo regionale e un'altra che si avvale dell'assicurazione, nelle altre 3 regioni (Toscana, Liguria e Friuli-Venezia Giulia) tutte le aziende che hanno risposto all'indagine utilizzano lo stesso regime assicurativo (Fondo regionale). Al centro, in virtù della presenza della Toscana, per ogni 10 aziende che hanno un'assicurazione ve ne sono più di 8 che hanno scelto il Fondo regionale. Questo rapporto scende a 5,3% per il nord-est, a 1,9% per il nord-ovest e a 0,3% per il sud e le isole in cui, come accennato, viene utilizzato il Fondo regionale solo da un'azienda sanitaria della Basilicata. A livello nazionale si hanno circa 3 aziende sanitarie che si avvalgono del Fondo regionale a fronte di 10 strutture che utilizzano una copertura assicurativa autonoma.

Dai dati raccolti si evince che una copertura assicurativa globale, gestita direttamente dalle regioni e non dalle singole ASL, rappresenta, per chi l'ha attivata, un importante fattore di riduzione di spesa. Inoltre, si rileva che con riferimento alle aziende che si auto-assicurano, il settore è sostanzialmente in mano a un numero ristretto di compagnie, dominato dalla AM Trust Europe (con cui, nel 2011-2012, ben il 46% delle aziende sanitarie ha stipulato una polizza).

Diffondere l'utilizzo del Fondo regionale nella maggior parte se non a tutte le ASL, realizzando in tal modo una corrispondente copertura quasi totale per la colpa grave – spiega il presidente Antonio Palagiano (presidente della Commissione parlamentare della Camera di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali) – determinerebbe una notevole riduzione della spesa

relative responsabilità. La Commissione, costituitasi con l'elezione dell'Ufficio di Presidenza nella seduta del 1° aprile 2009, ha successivamente terminato la sua attività a seguito della conclusione anticipata della XVI legislatura, il 22 gennaio 2013.

<sup>49</sup> Non hanno risposto alla domanda 12 aziende, pari al 7,1% della totalità. Non vi sono risposte dal Veneto, dalla Sardegna e dalla Provincia autonoma di Bolzano, quindi la risposta in termini statistici risulta rappresentativa a livello nazionale, ma non a livello territoriale (area di appartenenza) e regionale, in quanto si sarebbe dovuto avere una buona numerosità sia in termini di regioni nelle aree che di aziende nelle regioni. Il nord-ovest è presente con 58 questionari (pari al 34,3% del totale) di cui 48 provenienti dalla Lombardia, il sud e le isole con 47 (16 e 14 rispettivamente dalla Campania e dalla Sicilia) pari al 27,8%, mentre dalle regioni del centro sono pervenuti 37 questionari (il 21,9% del totale) di cui 15 dal Lazio e 16 dalla Toscana.

pubblica, senza toccare il livello quali-quantitativo dell'offerta sanitaria. Ciò comporterebbe, come seconda ma non meno importante conseguenza, una maggiore tranquillità di azione per i medici. Il medico che sente di poter operare, senza rischiare il default finanziario, ridurrebbe il ricorso alla medicina «difensiva», un capitolo di spesa in continuo aumento che costa allo Stato. Mettere fine a quel comportamento che costringe il medico a prescrivere esami spesso inutili, se non dannosi, per tutelarsi da una possibile causa per danni, è un passo fondamentale per ridurre la spesa sanitaria nel nostro paese<sup>50</sup>.

Un interessante studio sviluppato dalla Agenas è stato pubblicato su questi temi e contiene un aggiornamento del monitoraggio per l'anno 2013. Esso rileva in particolare che tutte le regioni italiane stanno implementando un sistema di catalogazione delle richieste di risarcimento attraverso un monitoraggio della gestione sinistri. Le esperienze si caratterizzano tuttavia per una scarsa omogeneità di sistema. Dal 2009, ad esempio, il sistema della regione Piemonte rileva le caratteristiche quali-quantitative e le dimensioni di esposizione economica delle aziende sanitarie (statistica dei sinistri) per i rischi sanitari di responsabilità civile verso terzi e operatori di lavoro, dove la definizione di sinistro fa riferimento alla richiesta di risarcimento pervenuta all'assicurato durante il periodo di efficacia dell'assicurazione. Al contrario, la regione Emilia-Romagna permette la registrazione delle informazioni relative a qualsiasi tipologia di sinistro, cause civili o penali, richieste di risarcimento e denunce, consentendo l'associazione a ogni richiesta dei contenuti gestiti nella scheda di segnalazione e lavorati dai *risk manager* di ciascuna azienda sanitaria, trattando inoltre, le informazioni atte a consentire un'efficace gestione delle polizze assicurative stipulate dalle aziende sanitarie, comprensive dei dati relativi alle somme poste a riserva sia dall'azienda sia dalle compagnie di assicurazione<sup>51</sup>.

Benché il fenomeno delle auto-assicurazioni sia molto recente e i dati in proposito non ancora elaborati, sembra che esso possa contribuire a un significativo risparmio di spesa rispetto ai costi delle polizze aziendali, con maggiori somme da investire nella ricerca e nello sviluppo, comportando, nel contempo, un miglioramento del rapporto tra medico e paziente. Infatti, attraverso tale sistema di gestione delle richieste di risarcimento per *malpractice*, direttamente da parte dell'azienda e della regione, si contribuisce ad un avvicinamento delle istituzioni al cittadino, in quanto sarebbero esse stesse a «mettere la faccia» di fronte ai pazienti, durante tutto il processo di risarcimento del danno. Ciò comporterebbe un avvicinamento degli attori, non trincerati dietro le assicurazioni ed i meccanismi premiali ad esse connessi,

<sup>50</sup> Intervista al presidente della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali Antonio Palagiano, rilasciata al giornale «Quotidianosanità», reperibile al sito [www.quotidianosanità.it](http://www.quotidianosanità.it).

<sup>51</sup> Così, ancora lo studio dell'Agenas, *Indagine sui modelli regionali di gestione sinistri e polizze*, cit., e particolarmente pp. 43 e 44.

favorendo il dialogo e costruendo una relazione di fiducia<sup>52</sup>. Oltre ciò sembra che questo tipo di strategie possa contribuire ad una generale riduzione della spesa per le aziende sanitarie in termini di premi assicurativi. Infatti, le aziende e le regioni dovranno conoscere esattamente i conti tecnici del settore per garantire le effettive necessità capitali e far fronte alle richieste di risarcimento, conseguentemente esse dovranno monitorare attentamente i dati rispetto alla gestione del rischio delle proprie realtà. La raccolta di queste informazioni su larga scala, potrà contribuire, se condotta secondo parametri comparabili, alla creazione di database aziendali, regionali e poi nazionali, garantendo la possibilità di controllare gli andamenti e intraprendere azioni migliorative. Sotto il profilo economico questa conoscenza si tradurrà nella gestione degli sprechi e in una migliore gestione delle risorse, con significativi risparmi; la possibilità di contenere questi costi dovrebbe inoltre garantire maggiori risorse da investire nel miglioramento della qualità dei servizi offerti, nella ricerca e nella celere soluzione delle controversie per risarcimento del danno, ricomponendo la fiducia dei cittadini nelle istituzioni sanitarie. Inoltre, è possibile ipotizzare che le aziende e le regioni, ben informate circa il costo della gestione del proprio rischio sanitario, possano divenire attori con significativo potere contrattuale nei confronti delle stesse compagnie assicurative. Da ultimo, si ritiene che l'elaborazione di ampi studi, proprio sul rischio sanitario, possa avere un enorme impatto sulla qualità generale del Servizio sanitario nazionale offerto, garantendo informazioni veritiere al cittadino e soprattutto comparando le diverse offerte sul territorio nazionale. Ciò favorirebbe l'adozione di *good practices* a livello locale, regionale e nazionale, con beneficio sulla riduzione dei costi<sup>53</sup>. Il numero elevatissimo di fattori che incidono sul rischio di un'azienda sanitaria, per essere governato deve essere prima conosciuto e per ottenere tale conoscenza è indispensabile avviare studi di monitoraggio per singoli settori, al fine di ottenere dati comparabili, secondo criteri determinati. L'occasione persa, dalla recente riforma sulla responsabilità sanitaria, di introdurre unità di *risk management* per ogni azienda sanitaria nazionale, così *infra*, ritarda nuovamente la mappatura del sistema italiano. Tuttavia, probabilmente era necessaria una più attenta riflessione sul tema, al fine di emanare una legislazione esauriente e puntuale. Da un punto di vista costituzionale è evidente come strategie di questo tipo mirino, infatti, a costituire meccanismi

<sup>52</sup> Questo elemento potrebbe incidere anche sul numero futuro di presenze al tavolo della mediazione, ora che essa è nuovamente condizione di procedibilità dell'azione di risarcimento, laddove fossero le stesse regioni o singole aziende sanitarie a confrontarsi con il cittadino, dato l'evidente interesse ad una soluzione bonaria della richiesta anche sotto il profilo del ripristino della fiducia nella struttura e del sistema, che certamente è esigenza meno sentita da parte delle assicurazioni. Su questa problematica si rimanda ancora al capitolo 4.

<sup>53</sup> Si rileva che per ottimizzare ancor più questo sistema i dati dovrebbero essere disponibili online.



più solidali nell'articolazione dell'intero sistema sanitario. È indubbio che l'auto-assicurazione delle regioni e delle aziende, per la responsabilità sanitaria e medica, sostiene una visione protezionistica del diritto alla salute globalmente inteso. L'offerta di servizi sanitari, infatti, risulterebbe anche sotto questo profilo socialmente condivisa, dato che le risorse per questo tipo di assicurazioni avrebbero sempre natura pubblica regionale. Ciò comporterebbe una maggiore consapevolezza circa il fatto che il sistema sanitario è a favore e a spese di tutti, e pertanto deve essere gestito attraverso politiche solidaristiche che garantiscano condizioni di liquidazione meno inclini a fluttuazioni di mercato e meno legate ai conti tecnici del settore assicurativo, nel rispetto dei diritti dei pazienti.

### 3. *Responsabilità medica e assicurazioni, alla luce della riforma sulla responsabilità sanitaria*

I dati sin qui riportati disegnano il quadro attuale del volume delle azioni per responsabilità medica, nonché i riflessi che questa ha sui profili dei costi assicurativi sia del personale medico/sanitario che delle stesse aziende sanitarie.

Come si è sostenuto nel capitolo 1<sup>54</sup>, la recente giurisprudenza in tema di responsabilità civile del medico, e della struttura sanitaria, ha mutato il criterio di imputazione della colpa, favorendo negli anni l'aumento del numero di sentenze di riconoscimento del danno a carico di professionisti e strutture sanitarie.

Alla luce di ciò, gli importi dei risarcimenti hanno cominciato ad aumentare, come dimostrato e così il ricorso alla medicina difensiva e l'abbandono di specifiche specialità ad alto rischio, con conseguente aumento dei costi del sistema sanità. Questo ha comportato anche un allontanamento delle compagnie assicuratrici dal segmento delle RC sanitarie, in quanto poco vantaggiose economicamente, con conseguente diminuzione dei concorrenti di mercato e quindi di offerta competitiva. La scarsità di operatori nell'ambito delle RC sanitarie in Italia ha un effetto riflesso anche sulla capacità del settore di ricercare e monitorare i dati statistici del proprio comparto. Si tornerà più avanti su questo punto, qui è sufficiente ricordare che in assenza di grandi studi di settore compiuti da parte di organismi indipendenti, i dati in merito a quantità e tassi di denunce non sono affidabili e questo, ancora una volta, si traduce in un aumento dei costi delle polizze, dato che le controparti non hanno dati sufficienti per una contrattazione equilibrata<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. il capitolo 1, par. 4.

<sup>55</sup> Gli economisti parlano in questi casi di «asimmetria informativa». La letteratura con-



Sulla questione è intervenuto recentemente anche il più volte citato decreto 158/2012 e successiva legge di conversione. Difatti l'art. 3, comma 2, lett. a) b) e c) della legge di conversione dispone l'emanazione di un decreto per agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie<sup>56</sup>.

Il decreto, che doveva essere emanato entro il 30 giugno 2013 (poi prorogato al 2014)<sup>57</sup>, dovrà prevedere da un lato l'istituzione di procedure e di requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei contratti assicurativi e dall'altro l'istituzione di un apposito fondo, per definite categorie di rischi professionali, ovvero quelle maggiormente colpite ed esposte agli obblighi risarci-

cernente i rapporti tra economia di mercato ed informazione è molto ampia, basti qui citare a titolo esemplificativo alcuni dei contributi più rilevanti quali G.J. Stigler, *The Economics of Information*, in «The Journal of Political Economy», 69, 1961, pp. 213-225; cfr. poi i contributi seminali sull'economia dell'informazione di J. Stiglitz quali J. Stiglitz e M. Rothschild, *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: The Economics of Markets with Imperfect Information*, in «The Quarterly Journal of Economics», 90, 1976, 4, pp. 629-649, che analizza i rapporti tra informazione imperfetta e mercato assicurativo; J. Stiglitz e A. Weiss, *Credit Rationing Inmarket with Imperfect Information*, in «The American Economic Review», 71, 1981, 3, p. 393, che contiene un'analisi dell'informazione imperfetta nel mercato dei mutui erogati dalle banche; cfr. anche il suo contributo riassuntivo e chiarificatore sulla letteratura concernente l'economia dell'informazione: J. Stiglitz, *The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics*, in «Quarterly Journal of Economics», 115, 2000, 4, pp. 1441-1478, dove, ripercorrendo le innovazioni che lo studio dell'informazione ha apportato alla scienza economica, efficacemente puntualizza le più importanti conclusioni cui tale letteratura è pervenuta, ossia che l'informazione è imperfetta, che ottenere l'informazione può essere costoso, che sul mercato sono presenti rilevanti asimmetrie informative e che la magnitudine di tali asimmetrie è determinata dall'azione degli individui e delle imprese.

<sup>56</sup> Si veda l'art. 3, comma 2, lett. a) che dispone di determinare i casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta, in misura definita in sede di contrattazione collettiva, e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4% del premio stesso, con provvedimento adottato dal ministro dello Sviluppo economico, di concerto con il ministro della Salute e il ministro dell'Economia e delle Finanze, sentite (la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché) le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie.

<sup>57</sup> Prorogato inizialmente al 13 agosto 2013, con legge di conversione, con modificazioni, del d.l. 28 giugno 2012, n. 89, del 2012. E poi di nuovo prorogato al 15 agosto 2014, con legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. L'art. 44 modifica il comma 5.1 dell'art. 3 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, e recita «5.1. Limitatamente agli esercenti le professioni sanitarie, gli obblighi di cui al comma 5, lett. e), si applicano decorsi 2 anni dalla data di entrata in vigore del decreto del presidente della Repubblica di cui all'alinea del medesimo comma 5», 2 anni a partire dal 13 agosto 2012. Questa proroga è stata accolta in modo favorevole dal mondo sanitario perché si precisa che è necessaria un'ampia riflessione per individuare, per i professionisti interessati, i criteri e le caratteristiche della polizza obbligatoria.

tori nei confronti dei danneggiati, al fine di garantire una idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie che ne facciano espressa richiesta. Questo fondo dovrebbe essere finanziato, in parte, dal contributo dei professionisti, in misura da stabilirsi in sede di contrattazione collettiva ed, in parte, da un contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione, in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio. È stato invece cancellato l'obbligo di assicurazione per responsabilità civile per le strutture sanitarie pubbliche e private, mentre si prevede che il danno biologico sia risarcito sulla base delle tabelle previste dalla legge 209/2005 (Codice delle assicurazioni), su cui *infra*.

L'istituzione del fondo appare uno dei punti di maggiore interesse del provvedimento, posto che l'emanando decreto determinerà il soggetto gestore e le sue competenze, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Molti punti restano da definire, ma l'intento è evidentemente quello di creare un sistema di protezione in considerazione della oggettiva difficoltà, se non impossibilità, per alcune categorie di professionisti, di reperire sul mercato compagnie disposte a garantire alcune attività considerate particolarmente rischiose.

Non viene chiarito il meccanismo per cui opererà il Fondo nella coesistenza, pure possibile, con la singola garanzia operante in favore del professionista. Altro punto da chiarire è se contribuiranno in proporzione anche le strutture sanitarie, come sembrerebbe logico visto che il volume dei premi delle polizze personali risulterebbe inadeguato alla funzione demandata, il che però comporterà un inevitabile carico indiretto per il SSN.

Il decreto inoltre dovrà dettare i requisiti minimi ed uniformi per garantire l'idoneità dei contratti assicurativi per la responsabilità professionale sanitaria, al fine di agevolare l'accesso alla copertura per gli esercenti le professioni interessate. Tra queste condizioni di idoneità è già stata espressamente contemplata la previsione di aumento o diminuzione del premio assicurativo in relazione al verificarsi o meno di sinistri ed il fatto che la dedotta della polizza sia subordinata alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario accertata con sentenza definitiva (cosiddetto sistema *bonus/malus*)<sup>58</sup>.

Tuttavia queste due condizioni dovranno essere valorizzate al meglio. Infatti il criterio della variazione del premio in base alla virtuosità o meno del sanitario/azienda sanitaria andrà opportunamente calibrato tenendo in considerazione un lasso di tempo adeguato, per poter determinare la sinistrosità di un soggetto e/o di una struttura sanitaria, dato che la manifestazione dei possibili danni è fenomeno che può emergere anche a distanza di anni. Si deve inoltre considerare la possibilità che un sistema pensato come *bonus/*

<sup>58</sup> Secondo le stime sul fronte polizze per il medico si parla di un esborso medio di 14 mila euro annui per l'attività privata con un massimale di 1,5 milioni. Una cifra eccessivamente alta che verrà applicata a tutti a prescindere dal guadagno del professionista.

malus possa in qualche modo favorire i fenomeni di medicina difensiva, che con la legge in esame si intende invece contrastare.

Anche il secondo criterio preso in considerazione è piuttosto critico, dato che la pronuncia di una sentenza definitiva richiede tempi molto lunghi e non compatibili con la possibilità di valutare la sinistrosità di un evento<sup>59</sup>.

Da ultimo ci si vuole brevemente soffermare sul comma 3 dell'art. 3 del decreto, il quale dispone che:

il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto art. 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo.

Questo è, infatti, un altro profilo di grande impatto, principalmente economico, del provvedimento. La previsione è stata confermata nonostante le molte opinioni dissenzianti, che vedevano nella estensione al settore sanitario dell'applicazione delle tabelle previste dal Codice delle assicurazioni private (ovvero i criteri di risarcimento per l'RC auto) una involuzione, o comunque uno strumento risarcitorio non adeguato<sup>60</sup>.

Deve probabilmente ritenersi che, allineandosi con gli attuali provvedimenti legislativi finalizzati a rilanciare l'economia, la norma abbia inteso calmierare oltre al mercato delle prestazioni professionali<sup>61</sup> anche il risarcimento del danno conseguente al loro «cattivo» esercizio.

<sup>59</sup> Secondo quanto scritto in una lettera indirizzata al ministro il 18 luglio 2013, e per conoscenza al presidente della Fnomceo e a tutti i presidenti degli Ordini provinciali, dal presidente dell'Ordine dei medici di Roma, è emersa la necessità di un rinvio della scadenza inizialmente prevista al 13 agosto 2013, «per evitare che la stragrande maggioranza dei medici italiani si trovasse poi nell'impossibilità di adempiere l'obbligo di legge e, al contempo, a dover prestare la propria opera in condizioni d'incertezza e nel timore di dover sopportare gravi conseguenze economiche per eventuali errori professionali». Al governo – spiega l'Ordine dei medici di Roma – «abbiamo chiesto una soluzione equilibrata per quanto riguarda l'obbligo assicurativo. In particolare, di imporre per legge alle aziende sanitarie e ospedaliere, pubbliche e private, di garantire la copertura ai medici che in esse operano e di risarcire il danno anche qualora le stesse ricorrano allo strumento della cosiddetta auto-assicurazione, così da evitare che il paziente possa rivalersi direttamente sul medico». Inoltre, all'attenzione del ministro Lorenzin è stata sottoposta la richiesta di predisporre «un apposito nomenclatore del danno medico, con tetti congrui, non speculativi o irrealistici, per le singole voci». Strumento che «va affiancato da un Fondo di compensazione per quei risarcimenti che superino i limiti contemplati dalla polizza stipulata». Per il presidente «è altresì indispensabile che le compagnie assicuratrici garantiscano la copertura fino a eventuale e definitivo riconoscimento di colpa, con il contestuale divieto di recedere dal contratto in conseguenza anche di un solo errore da parte del medico».

<sup>60</sup> Tra i primi commenti cfr. M. Marinaro, *Responsabilità medico-sanitaria e mediazione delle controversie: dal diritto alla salute al diritto alla giustizia*, Roma, Aracne, 2012; M. Hazan e D. Zorzit, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>61</sup> Abolizione delle tariffe professionali obbligatorie e individuazione di quelle per la liqui-

La *ratio* della scelta del mezzo utilizzato per raggiungere tale obiettivo si presta a duplice interpretazione. Una finalizzata ad evitare che si possano creare discriminazioni nel risarcimento del danno conseguenti all'origine dello stesso e, più in generale, nell'auspicio di una prossima regolamentazione uniforme. L'altra, volta ad assimilare il danno da circolazione stradale a quello derivante dalla responsabilità sanitaria e medica, e sempre con la prospettiva di calmierare l'entità dei risarcimenti in considerazione delle disposizioni di legge sulla obbligatorietà dell'assicurazione dei professionisti, tenendo in considerazione come in entrambe le ipotesi le liquidazioni verranno effettuate dalle compagnie assicurative. Tuttavia, sembra che l'applicazione al danno biologico conseguente all'attività sanitaria, delle tabelle previste dal Codice delle assicurazioni possa avere delle ricadute molteplici, tra le quali soprattutto una maggiore standardizzazione dei risarcimenti, che dovrebbe sottendere medesimi criteri di liquidazione su tutto il territorio nazionale. Si deve rammentare che l'art. 139 del Codice delle assicurazioni è relativo alle c.d. micropermanenti, mentre l'art. 138, relativo alla quantificazione del danno biologico sulle lesioni di non lieve entità, è stato attuato solo ad inizio agosto 2013<sup>62</sup>. A ciò deve aggiungersi che con la sentenza n. 12408/2011, la Cassazione ha affermato la necessità di misurare l'adequazione del risarcimento del danno alla persona attraverso il confronto con le tabelle relative alle micropermanenti, tuttavia ha sottolineato che ad ogni modo esse rappresentano un modello non esportabile al di fuori dell'ambito dell'RCA<sup>63</sup>. Nondimeno anche in relazione alla tabella per le lesioni

dazione giudiziale recentemente approvate con d.m. 140 del 20 luglio 2012. Fra le più importanti leggi adottate per ridurre il debito pubblico si vedano il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (legge di stabilità 2012) e legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148; d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. manovra salva Italia) che abroga tariffe e rinvia a Testo Unico da emanare entro il 31 dicembre 2012.

<sup>62</sup> Cfr. Tabella unica nazionale del danno biologico (testo approvato dal Consiglio dei ministri nella riunione del 3 agosto 2011); nuova tabella delle menomazioni all'integrità psicofisica comprese fra dieci e cento punti di invalidità e del valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto, comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso. Tale intervento completa il quadro normativo, già avviato con il precedente d.m. 3 luglio 2003 in tema di micro permanenti, allo scopo di uniformare i coefficienti di calcolo del danno biologico su tutto il territorio nazionale, superando le difformità conseguenti alla presenza di tabelle elaborate dai vari tribunali in tema di risarcimento danni da sinistri stradali. Tale provvedimento consente di stabilire in maniera univoca, a livello nazionale, i valori economici e medico-legali per la liquidazione del danno in sede assicurativa RC auto. La Tabella unica in questione, come precisato nella relazione illustrativa al decreto, si riferisce solo al danno biologico «standard», in quanto gli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni consentono di aumentare l'importo risultante dall'applicazione della Tabella fino al 30% e al 20%, rispettivamente per le macrolesioni e le microlesioni, laddove la menomazione accertata condizioni pesantemente determinati aspetti della persona.

<sup>63</sup> Il riferimento è a Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, in «Resp. civ. e prev.», 2011, p. 939, con commenti di M. Hazan, G. Ponzanelli, *Le tabelle milanesi e la supplenza giudiziale*, pp. 2025 ss., oltre al commento di P. Ziviz, *Danno non patrimoniale da lesione della salute*, in

micropermanenti, benché annualmente aggiornata, resta aperto il dibattito, in giurisprudenza, sia sulle voci di danno comprese nella tabella (problematica peraltro comune anche alla liquidazione del danno per le macrolesioni, regolate dalle tabelle dei tribunali, prima del decreto attuativo), sia sul criterio recentemente introdotto dall'art. 32 del d.l. 1/2012<sup>64</sup>, che esclude, di fatto, la risarcibilità di lesioni e danni ove non obiettivamente riscontrabili (secondo il criterio clinico/visivo e strumentale).

A tale proposito devono segnalarsi due ordinanze di remissione alla Corte costituzionale del Tribunale di Tivoli e di Brindisi, oltre alla rimessione del giudice di pace di Torino<sup>65</sup>, le quali sono contraddistinte da una omogeneità di impostazioni: da una parte, l'insofferenza, verso qualsiasi limitazione al risarcimento in sede legislativa, per i danni derivanti da *malpractice* medica; dall'altra, una mancata valutazione da parte del legislatore delle caratteristiche specifiche del sistema della responsabilità derivante dalla circolazione auto che sempre più appare come un settore a parte nell'ampio universo della responsabilità civile. In particolare, la Corte costituzionale dovrà stabilire se il diritto all'integrale riparazione del danno alla persona abbia, o meno, natura costituzionale. In altre occasioni la Corte lo ha escluso il che potrebbe comportare che il legislatore possa, anche, legittimamente limitare il risarcimento da *malpractice* medica, potendo consentire, però, che quanto riconosciuto sia comunque un risarcimento ridotto e non un indennizzo simbolico. La Corte dovrebbe anche indicare quale sia la misura concreta del risarcimento ridotto, rispetto agli altri settori della responsabilità civile e se tale riduzione possa essere ritenuta o meno lesiva del principio

«NGCC», I, 2011, pp. 1058 ss., e al commento di C. Sganga, *Una nuova equità? Le tabelle di Milano e la Cassazione tra jus dicere e jus dare*, in «NGCC», 2011, 11, pp. 1058-1069. Tuttavia nulla escluderebbe che, una volta emanate le tabelle relative alle macrolesioni, si possa addivenire ad un'applicazione delle stesse a fronte di tutti i tipi di illecito. La forza espansiva delle tabelle di legge, fino ad oggi respinta in ragione della peculiarità della RC assicurata, potrebbe infatti essere affermata in nome del principio di eguaglianza di trattamento nei confronti di tutte le vittime di lesione alla salute. Una deriva del genere sembrerebbe, del resto, inevitabile proprio a fronte delle indicazioni in materia di vittime di colpa sanitaria contenute del decreto Balduzzi. Nonché il commento di D. Spera, *Danno alla persona (di lieve entità): art. 32, commi 3-ter e 3-quater, della legge 27/2012: problematiche interpretative*, in «Danno e persona», 2013, 2, pp. 216-228.

<sup>64</sup> E precisamente le modifiche introdotte dall'art. 32 del d.l. 1/2012, comma 3-ter, che dispone: «Al comma 2 dell'art. 139 del Codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente».

<sup>65</sup> G.d.P. Torino, ordinanza del 21 ottobre 2011; ordinanza del Tribunale di Brindisi (sez. distaccata Ostuni) del 3 aprile 2012 e ordinanza del Tribunale di Tivoli del 26 giugno 2012, anche rimessa alla Corte di giustizia, causa C-371/12 in GU C 295 del 29 settembre 2012, pp. 24-25, per violazione, in particolare, degli artt. 2 e 12 della direttiva 2009/103, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Tivoli (Italia) il 3 agosto 2012, *Enrico Petillo e Carlo Petillo c. Unipo*.

di uguaglianza. Se una riduzione del risarcimento sarà ritenuta costituzionalmente accettabile le perplessità verteranno, come d'altra parte già era accaduto con la celebre sentenza c.d. *La Pergola* del 1985<sup>66</sup>, in tema di limitazioni al risarcimento, sulla misura concreta della stessa.

Tra i vari dubbi sollevati, dall'ormai noto art. 3 del decreto 158/2012, vi è appunto quello circa il fatto che esso determina una sensibile riduzione dei risarcimenti in caso di lesioni micro e macro permanenti, prescrivendone la liquidazione sulla base delle tabelle previste agli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni<sup>67</sup>. La questione di costituzionalità relativa alla disciplina assicurativa della quantificazione del danno biologico è ridiventata più attuale che mai dopo che, nel 2011, la Cassazione ha affermato la necessità di misurare l'adeguatezza del risarcimento del danno alla persona attraverso il confronto (allora) con le tabelle milanesi<sup>68</sup>: tenendo presente che in materia di sinistri stradali si applicano tabelle normative i cui valori appaiono significativamente inferiori rispetto a quei parametri. Una prima considerazione intorno alle tabelle normative, relative alla valutazione del danno biologico, attualmente applicate con riguardo all'art. 139 del Codice delle assicurazioni per le micropermanenti e, da agosto 2013, anche all'art. 138 e alle lesioni macropermanenti, appare legata alla circostanza che le stesse sono state formulate in un settore ove opera lo strumento dell'assicurazione obbligatoria: il che potrebbe, secondo taluni interpreti, giustificare la decurtazione del risarcimento dovuto alle vittime. In verità, bisogna osservare come la RCA non possa che essere governata da regole armonizzate con quelle previste per il sistema aquiliano nel suo complesso. Il vincolo rappresentato dall'obbligatorietà dell'assicurazione non determina, infatti, la sottrazione di tale figura all'alveo aquiliano, e non può essere tale da snaturare la funzione dalla stessa assolta; esso vale semplicemente a garantire, in un settore che mostra un'elevata incidenza di danni, l'effettiva protezione risarcitoria delle vittime. Diversamente da quanto accade per il sistema infortunistico, che si presta a vedere applicate regole differenti ai fini del calcolo del danno biologico in ragione della differente finalità perseguita, con il risarcimento del danno si rimane entro il perimetro aquiliano<sup>69</sup>. Le medesime argomenta-

<sup>66</sup> Sentenza Corte cost., 25 giugno 1985, n. 190, c.d. *La Pergola*.

<sup>67</sup> Cfr. d.l. 209/2005.

<sup>68</sup> Ciò era dovuto al fatto che mancava, fino allo scorso agosto, il decreto attuativo dell'art. 138 del Codice delle assicurazioni e che dovevano quindi essere prese a parametro, per il calcolo della liquidazione del danno biologico, le tabelle elaborate dai tribunali, in specie quello di Milano.

<sup>69</sup> Come nota efficacemente Patrizia Ziviz: «le discrasie tra tabelle normative e giurisprudenziali sono note, in quanto le prime: a) si rifanno a una sistemazione concettuale del danno alla persona fondata su una distinzione delle varie componenti del pregiudizio non patrimoniale; b) prevedono, sul piano della quantificazione, un significativo scostamento rispetto ai valori applicati dalle tabelle milanesi, nella loro veste di indicatori dei valori da ritenere



zioni, del resto, dovrebbero applicarsi per il caso di danno provocato dall'esercente di una professione sanitaria, il cui risarcimento non dovrebbe mai avere carattere indennitario, posta la rilevanza del bene oggetto di tutela, ovvero la salute dei cittadini<sup>70</sup>.

Oltre ai dubbi di costituzionalità, come si è detto, altri dubbi permangono sul fatto che, a differenza delle RC auto, l'obbligo assicurativo in ambito sanitario non è bilaterale, essendo stato posto a carico del solo eser-

espressione di equità; c) individuano dei limiti invalicabili con riguardo all'esercizio della discrezionalità del giudice, con un tetto del 20% per le micropermanenti e del 30% per le invalidità superiori. Proprio intorno a tali profili problematici sono, pertanto, venute ad incardinarsi le argomentazioni richiamate dalle recenti ordinanze (cfr. nota 65 del presente capitolo) con le quali è stata riproposta la questione di costituzionalità dell'art. 139 del Codice delle assicurazioni: ad essere considerato illegittimo appare, fondamentalmente, il trattamento peggiore riservato alle vittime di microinvalidità provocate da sinistri stradali, alla luce del confronto con il risarcimento assicurato alle vittime di analoghe lesioni attraverso l'applicazione delle tabelle milanesi. [...] Per quanto riguarda il contenimento delle liquidazioni cui si addiende attraverso le tabelle assicurative, rispetto ai risultati ottenuti tramite l'applicazione delle tabelle milanesi, va rilevato come – a suo tempo – la ridotta quantificazione del punto, per la valutazione del danno biologico derivante da lesioni di lieve entità, era stata giustificata sulla base di considerazioni di vario genere: da un lato, si metteva in evidenza la scarsa incidenza delle micropermanenti sulla vita del danneggiato; dall'altro lato, sono stati richiamati gli effetti positivi di un'operazione del genere a favore del sistema assicurativo, il quale si sarebbe trovato ad avere maggiori risorse per fronteggiare le macrolesioni e avrebbe potuto ridurre adeguatamente i premi assicurativi. Ora, al di là del fatto, la scelta di contenimento è ben lungi dall'aver prodotto un effetto positivo di quest'ultimo tipo, si tratta di osservare che le motivazioni appena illustrate vengono a cadere nel momento in cui la prospettiva appare quella di un contenimento del valore del punto anche per quanto riguarda le tabelle normative relative alle invalidità dal 10 al 100%: così come perorato – nel 2011 – all'interno dello schema del disegno di legge attuativo dell'art. 138 del Codice delle assicurazioni da ultimo approvato in data 9 ottobre 2013. A fronte di un taglio generalizzato del punto – all'interno di tutte le tabelle normative, tale ridotta quantificazione potrebbe, allora, essere giustificata esclusivamente in ragione della specificità della responsabilità per la circolazione di veicoli, quale settore in cui vige l'obbligatorietà dell'assicurazione: argomentazione, questa, cui in effetti si è rifatta la Cassazione – nella sentenza n. 12408/2011, fondando l'adozione, in tale ambito, di valori del punto ridotti sulla generica necessità di non incrementare i premi assicurativi». Così P. Ziviz, *Nonostante i dubbi di costituzionalità le tabelle normative estendono il raggio d'azione*, in «P&D.it», 2012, pp. 2025-2038.

<sup>70</sup> Si rileva a tale proposito che, a fronte di un'applicazione generalizzata delle tabelle normative, per il danno derivante da lesione alla salute, resterebbe comunque all'interprete la possibilità di sollevare in termini più generali la questione di costituzionalità. Si tratta, infatti, di rivolgere lo sguardo al sistema selettivo applicato in materia di danni non patrimoniali visto nel suo complesso. Dal momento che tale sistema risulta fondato su una regola unitaria, volta a garantire il riscontro di ogni pregiudizio tale da compromettere valori costituzionalmente garantiti, si tratta di osservare che – laddove la disciplina di quantificazione per i danni derivanti dalla lesione dell'integrità psico-fisica si traduca in una gabbia selettiva ulteriore rispetto a quella prevista dall'art. 2059 c.c. – viene ad emergere un'inammissibile diversità di trattamento, lesiva dell'art. 3 Cost., in ordine a tali pregiudizi ove confrontati con i danni non patrimoniali derivanti dalla lesione di interessi diversi dall'integrità psico-fisica, per la liquidazione dei quali non vige alcun tipo di limitazione normativa.



cente la professione sanitaria, mentre non è coercitivo nei confronti delle compagnie assicurative ai fini di assicurare i professionisti<sup>71</sup>.

Il tema della responsabilità civile sanitaria e della sua assicurabilità è certamente complesso ma è anche un tema sempre più importante per i suoi riflessi sulla sicurezza dei malati e sul buon funzionamento del sistema sanitario<sup>72</sup>. Per queste ragioni si ritiene che la strutturazione di un efficace sistema assicurativo in ambito RC sanitarie dovrebbe comportare benefici molteplici. Da un lato, infatti, esso garantirebbe il diritto al risarcimento dei pazienti e conseguentemente il loro diritto ad una buona cura, dall'altro però assicurerebbe anche una più efficace allocazione dei costi legati alla *malpractice* e alla gestione del rischio sanitario. Nondimeno un sistema assicurativo vantaggioso, dal punto di vista delle compagnie assicuratrici in termini economici, si tradurrebbe in maggiori sicurezze per i sanitari con conseguenti benefici anche per ridurre il fenomeno della medicina difensiva e soprattutto dell'abbandono delle specialità a rischio e quindi con benefici effetti sulla tutela della salute dei pazienti.

#### 4. *Il problema dei dati statistici*

A conclusione della breve descrizione sin qui offerta delle modalità con cui il sistema normativo e giudiziale della responsabilità medica per danni causati ai terzi, influenza l'atteggiarsi delle compagnie assicurative nei confronti delle assicurazioni sanitarie e i riflessi di tale approccio sui costi effettivi di tutto il sistema sanitario ed in definitiva sulla tutela della salute dei cittadini, deve porsi attenzione al problema, già introdotto, della mancanza di sistemi di monitoraggio chiari ed univoci rispetto ai numeri ed i costi dell'assicurazione medica in Italia<sup>73</sup>.

E difatti lo scenario attuale mostra un'assenza di dati ufficiali e dettagliati, relativamente alla tipologia e alla dimensione dei rischi assicurabili, per le aziende sanitarie.

Le principali fonti pubbliche di dati sono rappresentate dai rapporti Ania i quali, benché dettagliati, rimangono fonti «di parte», in quanto stilate dall'ente che rappresenta le compagnie assicuratrici sul territorio italiano e che trae tali dati direttamente dai propri soci: le imprese associate all'Ania sono 166 e le assistite 3, per un totale di 169 imprese, pari a circa il 90%

<sup>71</sup> Per alcune prime considerazioni sulla riforma introdotta dalla legge Balduzzi, cfr. F. Martini e U. Genovese, *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Rimini, Maggioli, 2012.

<sup>72</sup> Cfr. *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, a cura di G. Comandè e G. Turchetti, Padova, Cedam, 2004.

<sup>73</sup> In questo senso si veda ancora *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio ed assicurazione*, a cura di G. Comandè e G. Turchetti, cit.

del mercato assicurativo in termini di premi, con l'esclusione anche delle imprese non nazionali che tuttavia operano sul nostro territorio. Questo ovviamente determina un monitoraggio che non risulta essere davvero completo. Inoltre le fonti dei dati Ania sono delle stesse compagnie assicurative di settore, con evidenti problemi circa l'affidabilità e la parzialità dei dati raccolti, se si tiene conto che, come già rilevato, le stesse compagnie hanno difficoltà ad ottenere dati attendibili e spesso si avvalgono di tecniche di proiezione statistiche per l'analisi di tali dati. L'unica altra analisi pubblicata sui sinistri afferenti alla responsabilità civile delle strutture sanitarie italiane è quella condotta da Marsh Spa, primario broker assicurativo italiano, relativa al proprio portafoglio clienti di strutture sanitarie pubbliche in Italia<sup>74</sup>. Tuttavia, anche in questo caso, si tratta di una ricerca privata svolta su una serie limitata di compagnie e che conseguentemente non copre tutte le fattispecie né tutto il territorio.

Il Ministero della Salute ha poi pubblicato nel 2013 un rapporto sugli eventi sentinella, Simes<sup>75</sup>, ossia quegli eventi avversi, particolarmente gravi, potenzialmente evitabili, che possono comportare morte o grave danno al paziente. Nel periodo considerato (settembre 2005-dicembre 2011) sono pervenute 1.723 segnalazioni, di cui 1.442 valide ai fini della produzione della reportistica. La «morte o grave danno per caduta di paziente», con 321 segnalazioni, rappresenta l'evento più frequentemente segnalato, con una percentuale di casi pari al 22,3% rispetto al totale degli eventi sentinella. La seconda categoria per numerosità di segnalazioni (226 eventi, corrispondenti al 15,67% del totale) è rappresentata dall'evento «suicidio o tentato suicidio di paziente in ospedale». Infine «ogni altro evento avverso che causa morte o grave danno al paziente» rappresenta la terza categoria segnalata con 207 segnalazioni pari al 14,36%.

Il tasso di mortalità tra tutti gli eventi segnalati è del 36,8%. Nel 14,4%

<sup>74</sup> I due report *Medmal Claims* di Marsh prendono in esame 95 strutture ospedaliere sanitarie pubbliche e 52 private accreditate e non nell'arco di 8 anni (2004/2011). Marsh & McLennan, 3° *Edition Medical Claims Analysis of Marsh Clients Public Hospital*, citato in R. Manzato, *Responsabilità sanitaria e assicurazioni: alcune criticità e possibili soluzioni*, relazione al Convegno *Legge Balduzzi: cosa cambia nella valutazione della colpa*, Ania, Milano, 12 dicembre 2012, [www.cnps.it/documenti/manzato\\_relazione.pdf](http://www.cnps.it/documenti/manzato_relazione.pdf).

<sup>75</sup> Adottato con decreto dell'11 dicembre 2009. Cfr. inoltre Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, Dipartimento della qualità, Direzione generale della programmazione sanitaria, dei livelli di assistenza e dei principi etici di sistema, Ufficio III, Osservatorio nazionale sugli eventi sentinella, Protocollo per il monitoraggio degli eventi sentinella, luglio 2009. Tale sistema, denominato Simes, operando attraverso la piattaforma del Nuovo sistema informativo sanitario (NSIs), consente a tutte le aziende, le regioni e le province autonome di segnalare gli eventi occorsi, le cause e i fattori contribuenti individuati e le azioni predisposte al fine di ridurre la probabilità di accadimento dell'evento stesso. In tal senso, è parte fondante del sistema la riservatezza dei dati acquisiti che vengono raccolti e resi anonimi ed utilizzati specificatamente ai fini del miglioramento della sicurezza e della qualità nell'organizzazione dei servizi sanitari.

dei casi è stato riscontrato un trauma maggiore conseguente alla caduta di paziente e nel 10,3% è stato necessario un reintervento chirurgico. Il 38,4% degli eventi sono accaduti nel reparto di degenza, mentre il 19,6% si è verificato in sala operatoria e le discipline maggiormente interessate sono medicina generale, ostetricia e ginecologia, chirurgia generale, psichiatria, ortopedia e traumatologia.

Riguardo al numero di segnalazioni il Ministero evidenzia un sostanziale equilibrio per gli anni 2010 e 2011 (407 segnalazioni nel 2010 e 370 nel 2011) mentre, si osserva un aumento rispetto al 2009 (280 segnalazioni), che tuttavia potrebbe dipendere proprio dalla emanazione del decreto che istituisce il Sistema informativo per il monitoraggio degli eventi sentinella.

Nonostante i buoni risultati raggiunti, si rileva che, tuttavia, la sottosegnalazione rimane un problema rilevante, evidenziando che le motivazioni culturali e organizzative alla base del fenomeno sono ancora forti e diffuse. Il rapporto sottolinea anche l'estrema variabilità del numero e tipologia delle segnalazioni tra le diverse regioni così come tra le diverse strutture sanitarie; in molti casi si registra la totale assenza di segnalazione, mentre alcune realtà sanitarie, si caratterizzano per una attenzione mirata solo a specifici eventi sentinella (es. suicidio, cadute, atti di violenza a danno di operatore, ecc.). Gli eventi non ascrivibili alle categorie predefinite risultano pari al 14,36%, con il miglioramento di un punto percentuale rispetto al precedente rapporto in cui «altro» rappresentava il 15,4%, ma tuttavia rimane ancora un dato significativamente elevato. Il 68,93% degli eventi sono stati analizzati attraverso le metodologie indicate nel protocollo, con un miglioramento del 9,73% rispetto al precedente rapporto. Nel 62,76% dei casi è stato individuato un piano di azione per prevenire il ripetersi dell'evento, mentre nel precedente rapporto di monitoraggio tale percentuale era del 55,1%.

In continuità con il rapporto precedente c'è una elevata frequenza, tra i fattori contribuenti, della mancanza, inadeguatezza ed inosservanza di linee guida, raccomandazioni, protocolli assistenziali, procedure, da cui deriva l'esigenza di rendere disponibile sul proprio sito web una sezione dedicata, dove possono essere reperite le raccomandazioni già elaborate sulla base delle criticità emerse e delle esperienze internazionali<sup>76</sup>.

Inoltre, si deve segnalare che l'indagine condotta dalla Commissione di inchiesta parlamentare già citata, indica chiaramente la necessità urgente di completare in tutte le regioni e presso tutte le strutture il Simes, che avrebbe dovuto essere perfezionato entro il 2011, ma che è ancora in gran parte incompiuto. Sotto questo profilo il recente studio Agenas, già citato<sup>77</sup>,

<sup>76</sup> Sulla rilevanza dei protocolli e linee guida si veda il capitolo 1, par. 2.1.

<sup>77</sup> Per i miglioramenti conseguiti nell'anno 2012 deve farsi ancora riferimento allo studio dell'Agenas, *Indagine sui modelli regionali di gestione sinistri e polizze*, cit.

rileva che alcuni miglioramenti da parte delle PA e delle regioni, in relazione all'emanazione di provvedimenti attuativi di sistemi di rilevazione delle denunce per sinistri vi sono stati, anche se ancora 7 regioni non presentano tali tipi di provvedimenti ed almeno 12 di esse non hanno sistemi di raccolta dati regionali.

Certamente questa mancanza di monitoraggio su scala sia regionale, che nazionale, comporta una impossibilità, sia per gli operatori del settore sia per i tecnici, di avere un quadro chiaro delle dimensioni del fenomeno delle *malpractice* e della RC sanitaria in Italia.

L'anello di congiunzione tra le esigenze di attivare adeguate politiche di *risk management* nella sanità e degli assicuratori di selezionare e premiare gli assicurati più efficienti, differenziando i costi assicurativi, potrebbe consistere proprio nella condivisione tra i due attori dei dati raccolti nel processo di mappatura dei rischi.

Una volta consolidata tale attività si otterrebbero, infatti, rilevanti benefici; le aziende sanitarie svilupperebbero modelli di analisi delle attività che metterebbero in luce anche processi inefficaci e carenze strutturali delle attività ospedaliere mentre gli assicuratori avrebbero dei parametri di valutazione delle imprese del settore diversi dal puro dato economico generale delle sinistrosità, con il vantaggio di poter premiare gli assicurati più strutturati con tassi di premio più competitivi e mantenere rapporti più stabili nel tempo.

Al momento attuale, tuttavia, non è disponibile una ricerca completa e precisa di tutti i dati collegabili al mondo delle *malpractice* e delle RC sanitarie. L'introduzione delle novità legislative di cui si è discusso potrebbe però sollecitare una nuova stagione di mappatura dei rischi e dei costi assicurativi connessi, soprattutto alla luce del nuovo obbligo di assicurazione per tutti i professionisti dell'ambito medico. Infatti, questo nuovo assetto normativo dovrebbe stimolare tutti gli attori del settore a una maggiore raccolta di dati circa gli eventi avversi, il risarcimento dei danni, ecc., nell'ottica di una maggiore governabilità del mercato assicurativo soprattutto alla luce del fatto che oggi il comparto RC sanitarie mostra un forte allontanamento delle compagnie assicurative da questo settore, con tutti i problemi ad esso connesso, già evidenziati.

Attesa la necessità di prevenire con le più adeguate tutele le lesioni di un bene di rilievo costituzionale quale quello della salute, pare giustificato attuare il corretto monitoraggio del rischio clinico. Infatti, l'amministrazione dell'ente dovrebbe essere chiamata a predisporre meccanismi di controllo dei rischi per i pazienti, configurando un preciso obbligo giuridico di attivarsi con la previsione, in caso di violazione, di sanzioni almeno nell'ambito del diritto punitivo amministrativo. Attualmente però, manca nel SSN un sistema di monitoraggio di gestione del rischio clinico e manca la previsione normativa dell'obbligo, in capo alle aziende ospedaliere, di istituire unità di

gestione del rischio clinico, per individuare i rischi, eventi avversi e fonti di responsabilità, dopo che una simile previsione è stata stralciata dal testo del d.lgs. 158/2012, in sede di conversione.

Solo l'individuazione di un sistema obbligatorio ed organizzato permetterà di evitare la reiterazione degli errori e anche di individuare le fonti di responsabilità, distinguendo un doppio binario di responsabilità: il sanitario, se sbaglia per propria colpa professionale (negligenza, imperizia, imprudenza); gli amministratori delle strutture per deficit organizzativo.

In caso di carenze strutturali, organizzative, mancato approntamento del sistema di monitoraggio del rischio e mancata segnalazione degli eventi avversi, occorre prevedere una responsabilità autonoma in capo ai legali rappresentanti delle strutture (o loro preposti), con precisi obblighi e sanzioni. Solo un sistema sanitario che contempra diversi profili di responsabilità, che includa un vero e proprio sistema (nazionale/regionale/locale) di gestione del rischio clinico e preveda obblighi e sanzioni in caso di inadempimento, consentirà più ampie garanzie di sicurezza per i pazienti, restituirà la tranquillità di lavoro per i medici, ripristinerà il rapporto fiduciario medico paziente e ridurrà il contenzioso<sup>78</sup>.

Il sistema dovrebbe anche assicurare il coordinamento delle Unità di rischio clinico a livello aziendale con agenzie di raccordo a livello regionale e un Osservatorio nazionale presso il Ministero della Salute. Così al monitoraggio dei rischi e degli eventi avversi nelle strutture sanitarie potrà seguire la raccolta e la fruizione dei dati a livello regionale e nazionale consentendo di emettere direttive e raccomandazioni al fine di ottenere modelli più omogenei e più efficienti di erogazioni delle cure nelle realtà locali, evitando il più possibile penalizzanti disparità di trattamento dei pazienti, relativamente a livelli di qualità delle cure e sicurezza delle prestazioni erogate e assicurando la piena collaborazione con le società scientifiche per emettere raccomandazioni ed elevare lo standard della prevenzione dei rischi e della corretta prestazione<sup>79</sup>.

Purtroppo la legge di conversione del d.lgs. 158/2012, come si è già detto, ha eliminato ogni possibilità di introdurre una reale riforma su tutti questi aspetti escludendo, di fatto, l'obbligatorietà della creazione di unità di *risk management*<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Cfr. i documenti di «Quotidianosanità.it», Dossier Documentazione legislativa, Studi e ricerche, Interventi e relazioni, in [www.quotidianosanità.it](http://www.quotidianosanità.it).

<sup>79</sup> Previsione già inserita all'art. 3-bis del d.lgs. 158/2012 e poi stralciata, si veda la nota seguente.

<sup>80</sup> L'art. 3-bis della legge di conversione del d.lgs. 158/2012 prevede infatti che: «Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi. Il

Si deve rilevare che, la pecca maggiore di questa disposizione consiste proprio nel non rendere obbligatorie le unità di *risk management* all'interno delle aziende sanitarie, difatti possibilità enormi potrebbero derivare dallo sviluppo di database con le informazioni sanitarie su pazienti e trattamenti: migliorare l'efficienza e la sicurezza, rimettere le persone al centro della cura, promuovere innovazione e sviluppo, nonché far risparmiare le istituzioni.

Per comprendere il livello qualitativo dei sistemi sanitari e delle loro performance bisogna, infatti, avere l'abilità non solo di monitorare la salute di ogni paziente nel tempo – come cambia a seconda dei trattamenti,

Ministero della Salute e le regioni monitorano, a livello nazionale e a livello regionale, i dati relativi al rischio clinico». Al contrario il testo previgente disponeva un più ampio complesso di monitoraggio dei rischi aziendali prevedendo: Unità di *risk management*, Osservatori per il monitoraggio dei contenziosi e istituzione dell'Osservatorio nazionale per il monitoraggio del rischio clinico.

«1. Le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, gli ospedali classificati di cui all'art. 1, comma 6, della legge 12 febbraio 1968, n. 132 e le strutture di ricovero private accreditate individuano, all'interno della propria organizzazione o con il ricorso a soggetti esterni dotati di specifica competenza in materia, un'unità di *risk management* alla quale compete:

a) individuare, anche in contraddittorio con gli organi di prevenzione interni quali indicati dalle vigenti disposizioni in materia di tutela della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro, le situazioni e le prestazioni sanitarie potenzialmente rischiose, anche sotto il profilo di carenze strutturali e dell'organizzazione del lavoro, indicando le soluzioni da adottare per il loro superamento;

b) interagire con i soggetti coinvolti e con l'assicuratore ogni qualvolta si verifichi un fatto che comporti l'attivazione della copertura assicurativa obbligatoria;

c) prestare consulenza in materia assicurativa, di analisi del rischio e di adozione di presidi o procedure per il suo superamento.

2. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono attribuire ulteriori competenze all'unità di *risk management* di cui al comma 1.

3. Al fine di attuare le pratiche di monitoraggio e controllo dei contenziosi in materia di responsabilità professionale, le regioni e le province autonome possono istituire:

a) all'interno delle strutture sanitarie, unità operative semplici o dipartimentali di *risk management* che includano competenze di medicina legale, medicina del lavoro e ingegneria clinica;

b) osservatori regionali dei contenziosi e degli errori nelle pratiche sanitarie con adeguate rappresentanze delle associazioni dei pazienti.

4. A decorrere dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, presso il Ministero della Salute è istituito, nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, l'Osservatorio nazionale per il monitoraggio del rischio clinico, di seguito denominato "Osservatorio". L'Osservatorio è presieduto dal ministro della Salute o da un suo delegato e svolge le proprie attività in collaborazione con le regioni e con le province autonome di Trento e di Bolzano. L'Osservatorio ha il compito di monitorare, a livello nazionale, i dati relativi al rischio clinico derivanti dalle attività di cui ai commi 1 e 3, con particolare riferimento ai costi sociali ed economici, e di redigere annualmente una relazione sull'attività svolta dai suddetti soggetti, finalizzata alla predisposizione di dati omogenei di riferimento e di parametri di valutazione del rischio clinico, nonché alla valutazione sull'andamento del rischio clinico a livello regionale e nazionale».



quando migliora o peggiora – ma anche quella di capire in che modo i risultati sono distribuiti tra i diversi gruppi all'interno della popolazione<sup>81</sup>.

Questo lavoro ha bisogno di pochi prerequisiti ma importantissimi. Prima di tutto dipende dalla capacità di raccogliere e catalogare i dati dei singoli pazienti per l'intera popolazione, o quantomeno per un suo campione rappresentativo. In secondo luogo, si basa sull'abilità di seguire i pazienti lungo tutto il percorso diagnostico e di cura, in modo da acquisire dati sia sulle reazioni ai farmaci che su eventuali errori dei medici o nel passaggio da uno specialista all'altro, o – nel caso il paziente muoia – se ci sia stato un trattamento inefficace e perché. In altre parole c'è bisogno che i diversi database siano completi e collegati tra loro, solo in questo modo i dati possono essere usati per migliorare effettivamente la cura e la sicurezza dei pazienti nonché per sviluppare linee guida sempre più appropriate ed utilizzare le risorse in maniera migliore. Il problema di cui si discute non riguarda solamente il nostro paese ma si ripropone anche a livello internazionale. Uno dei fattori maggiormente problematici, nella raccolta e catalogazione dei dati sanitari è, infatti, rappresentato dalla tutela della privacy dei pazienti. Secondo i dati dell'Osce alcune nazioni sono riuscite a permettere l'uso di dati sanitari a questo scopo, in altre, alcune leggi – seppure con le migliori intenzioni ovvero quelle di evitare il cattivo uso di queste informazioni – pur di preservare la privacy dei pazienti, hanno di fatto ridotto il potenziale dei dati a disposizione.

La conseguenza di ciò è una grande differenza nei risultati scientifici delle diverse nazioni, ma anche nell'abilità di monitorare e migliorare l'assistenza e le cure. La metà delle nazioni che fanno parte dell'Osce ha, infatti, già da anni programmi regolari di monitoraggio della qualità del sistema sanitario, mentre l'altra metà, tra cui l'Italia, sta cominciando solo ora a usare i dati relativi alle cartelle elettroniche o dai centri di cura.

In particolare, le differenze tra i paesi sono relative ad alcuni casi «limite»: quelli in cui bisogna effettuare un'eccezione alla condizione del consenso del paziente all'uso dei dati, ad esempio nelle occasioni in cui avere un consenso è impossibile o molto costoso; quelli in cui bisogna condividere con altre nazioni i dati dei pazienti; o ancora i progetti che necessitano largo accesso ai dati. Il consenso informato è diventato infatti il pilastro per proteggere i pazienti nel caso di ricerche cliniche, prevedendo la possibilità di indicare chiaramente a ogni partecipante a quale scopo verranno usati i suoi dati, il che risulta agevole solo nel caso in cui lo studio in questione sia

<sup>81</sup> Si deve tener presente che la catalogazione dei dati deve tenere conto di alcune problematiche, prima tra tutte quella di tutelare la privacy dei pazienti stessi. Il sottile equilibrio tra la garanzia dell'anonimità dei dati sensibili e quello della libertà di accesso ai dati è oggetto dell'ultima pubblicazione dell'Osce, dal titolo *Strengthening Health Information Infrastructure For Health Care Quality Governance*, la cui versione preliminare è disponibile online in [www.osce.org](http://www.osce.org).



piuttosto specifico, ad esempio un *trial* o un'indagine, mentre rimane una clausola di blocco laddove le ricerche non abbiano un focus ed un target così specifici<sup>82</sup>.

Un problema ancor più ampio sussiste, ad esempio, quando si vogliono sviluppare studi internazionali, che mettono a confronto la qualità dei sistemi sanitari e delle cure nei diversi paesi. «In questi casi, infatti, è importante ridurre le differenze nei modi con cui si difende la privacy dei pazienti», spiegano dall'Osce.

Sebbene la direttiva europea che protegge i dati sensibili dei pazienti<sup>83</sup> dia una struttura di lavoro comune, la libertà data ai paesi europei su come e quando applicare, limitare o estendere le regole sulla questione, è piuttosto ampia. Così diverse nazioni europee – tra cui anche l'Italia – hanno deciso che l'approvazione all'uso dei dati sia gestita in maniera piuttosto restrittiva da un'autorità esterna di garanzia della privacy, e che l'approvazione all'uso senza consenso sia data solo in casi particolari. Ciò, ad esempio, può rendere complicata l'istituzione di Registri nazionali delle malattie, che invece sono uno strumento utilissimo nell'assistenza. In molti altri paesi, come Francia, Svezia, Danimarca, Finlandia e Gran Bretagna, le leggi sono meno restrittive, ed esistono casi (comunque rigorosamente regolamentati) in cui è più semplice ottenere dati sensibili senza il consenso informato del paziente, a fini di monitoraggio.

In particolare, nel nostro paese, la tutela dei dati personali dei pazienti è affidata a un'autorità indipendente, il Garante della privacy<sup>84</sup>. Le informazioni sulla salute dei pazienti sono per la legge sulla tutela della privacy «dati sensibili», cioè informazioni particolarmente riservate e da trattare con la massima cautela. In particolare nelle relazioni cliniche diffuse per motivi di studio e negli articoli scientifici, i medici devono escludere il pericolo che possano essere identificati i pazienti che ne sono oggetto.

Alla tutela dei dati sulla salute il Codice della privacy attribuisce, infatti, particolare importanza stabilendo precise regole per il loro trattamento<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Questo perché mentre in un *trial* o in un'indagine specifica l'ambito di investigazione è perfettamente indicato già nella fase iniziale della ricerca, secondo una precisa sequenza di azioni predefinite, che quindi possono essere divulgate fin da subito al paziente che partecipa (es. screening mammario); nei casi di ricerche più generiche è più difficile che vi sia fin dall'inizio una tale programmazione e non perché la ricerca sia «mal gestita» ma perché per sua natura non può essere predeterminata (es. ricerche sperimentali su malattie quali Alzheimer e Parkinson).

<sup>83</sup> Direttiva 95/46/CE, sulla protezione dei dati personali.

<sup>84</sup> Il testo unico privacy, d.lgs 30 giugno 2003, n. 196 (che sostituisce la legge 675/96) innova la normativa precedente, in vigore oramai da diversi anni, è consultabile al link: [www.garanteprivacy.it/garante/navig/jsp/index.jsp](http://www.garanteprivacy.it/garante/navig/jsp/index.jsp).

<sup>85</sup> Tra gli atti più significativi del Garante della privacy, in materia di collezionamento e monitoraggio dei dati dei pazienti, a fini di catalogazione, si vedano le linee guida in tema di referti online, le linee guida in tema di fascicolo sanitario elettronico e l'autorizzazione n. 2/2011 al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale. Tra gli in-

I principi sui quali deve fondarsi il trattamento dei dati sanitari dei cittadini, in ogni momento in cui vengano a contatto con il SSN sono: la tutela della dignità che deve sempre essere garantita soprattutto per le fasce deboli (disabili, minori, anziani) e pazienti sottoposti a trattamenti medici invasivi. La riservatezza nei colloqui tra personale sanitario e paziente al fine di evitare che le informazioni sulla salute del paziente possano essere conosciute da terze persone (prescrizione di medicine, o rilascio di certificati, consegna analisi, cartelle cliniche, prescrizioni). Le distanze di cortesia, che devono essere predisposte per le operazioni amministrative allo sportello (prenotazioni) o al momento dell'acquisizione di informazioni sullo stato di salute.

Inoltre, le strutture sanitarie possono dare informazioni sulla presenza dei degenti nei reparti, ma solo a terzi legittimati (familiari, conoscenti, personale volontario) e previo consenso informato del paziente, se cosciente e capace. Le strutture sanitarie per dare informazioni sullo stato di salute a parenti o comunque persone diverse dal paziente hanno bisogno, infatti, di avere uno specifico consenso del paziente<sup>86</sup>.

Ancora, soggetti terzi che hanno accesso alle strutture sanitarie (es. associazioni di volontariato), per poter conoscere informazioni sulle persone in relazione a prestazioni e cure devono rispettare tutte le regole e le garanzie previste dalle strutture sanitarie per il proprio personale, come ad esempio vincoli di riservatezza, possibilità e modalità di approccio ai degenti.

terventi antecedenti si segnalano l'autorizzazione del Garante n. 2/2011 al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, in particolare, il punto 1.2 che autorizza il trattamento di dati personali idonei a rivelare lo stato di salute per scopi di ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute dell'interessato, di terzi o della collettività in campo medico, biomedico o epidemiologico, rinviando a quanto disposto dagli artt. 106, 107 e 110 del Codice in ordine alla necessità di acquisire il consenso delle persone interessate. Reperibile sul sito Internet dell'Autorità [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), doc. web n. 1822577, pubblicata in GU n. 162 del 14 luglio 2011. In materia di tutela dei dati personali si ricordano le disposizioni del Codice di deontologia e buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici applicabili anche ai trattamenti di dati effettuati per scopi di ricerca medica, biomedica o epidemiologica non connessi con attività di tutela della salute svolte da esercenti professioni sanitarie od organismi sanitari, ovvero con attività comparabili in termini di significatività ricaduta personalizzata sull'interessato (artt. 11 e 2, comma 2 del Provv. n. 2 del 16 giugno 2004, in GU n. 190 del 14 agosto 2004, allegato A.4 al Codice e reperibile sul sito Internet dell'Autorità, doc. web n. 1556635); nonché la deliberazione del 15 dicembre 2011, con la quale il Garante ha avviato una procedura di consultazione pubblica su un documento, adottato in pari data, recante lo schema di «autorizzazione al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute per studi osservazionali retrospettivi» e pubblicato, unitamente alla medesima deliberazione, sul sito web dell'Autorità e sulla GU n. 2 del 3 gennaio 2012.

<sup>86</sup> Ancora, i referti diagnostici, i risultati delle analisi e i certificati rilasciati dai laboratori di analisi o dagli altri organismi sanitari possono essere ritirati anche da persone diverse dai diretti interessati purché munite di delega scritta e con consegna in busta chiusa. I pazienti, in attesa di una prestazione o di documentazione (es. analisi cliniche), non devono poi essere chiamati per nome. Risulta utile per svolgere l'attività di chiamata del paziente attribuire un codice numerico al momento della prenotazione o dell'accettazione. Non possono essere visibili al pubblico le liste di pazienti in attesa di intervento e i documenti sulle condizioni cliniche del paziente, ad esempio le cartelle infermieristiche poste vicino al letto di degenza.

Oltre queste cautele, per quanto attiene al trattamento dei dati personali<sup>87</sup>, idonei a rivelare lo stato di salute degli interessati, anche in assenza del loro consenso informato, per scopi di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico, questo deve avvenire nel rispetto dei limiti e delle condizioni indicate nell'autorizzazione del Garante della privacy, che deve in linea di principio essere richiesta volta per volta, con provvedimenti di carattere generale, relativi a determinate categorie di titolari o di trattamenti (art. 40 del Codice).

Gli studi più sensibili sono quelli che mirano sia a valutare la sicurezza e l'efficacia dei farmaci e di dispositivi medici nella pratica clinica ma anche a verificarne l'appropriatezza prescrittiva o ad indagare le relazioni tra i fattori di rischio e la salute umana, oppure sono quelli che vertono su eventi sanitari di tipo diagnostico, terapeutico o preventivo, ovvero sull'utilizzazione di strutture socio-sanitarie. Nell'ambito di tali studi, i dati oggetto di trattamento devono essere registrati nella documentazione clinica (o nella documentazione inerente i precedenti studi in cui sono stati raccolti) conservata presso i centri di cura partecipanti in conformità alla legge, oppure sono ricavati da campioni biologici asportati e conservati negli archivi di anatomia patologica dei medesimi centri o prelevati nell'ambito di precedenti progetti di ricerca<sup>88</sup>.

Per facilitare la raccolta di questi dati il Garante ha rilasciato un'autorizzazione generale, ai sensi dell'art. 40 del Codice, relativa ai trattamenti di dati idonei a rivelare lo stato di salute per scopi di ricerca scientifica, effettuati anche in assenza del consenso degli interessati, preordinati alla conduzione di studi, non aventi significativa ricaduta personalizzata sull'interessato. L'autorizzazione di carattere generale risulta uno strumento idoneo per prescrivere misure uniformi a garanzia degli interessati e rende superflua la richiesta di singoli provvedimenti di autorizzazione da parte di numerosi titolari del trattamento semplificando in tale modo, in maniera significativa, gli adempimenti degli obblighi relativi ai trattamenti di dati per la conduzione di ricerche mediche, biomediche o epidemiologiche<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Nell'ambito dell'informativa che deve essere resa all'interessato, occorre distinguere chiaramente, con riferimento all'indicazione degli elementi di cui all'art. 13 del Codice della privacy, i trattamenti effettuati per scopi di ricerca scientifica da quelli preordinati alla tutela della salute, evidenziando in particolare la volontarietà della partecipazione alla ricerca, in modo da consentire all'interessato di manifestare consapevolmente un consenso libero e specifico rispetto ai differenti scopi perseguiti (artt. 13, 23, 78, comma 5 e 105, comma 2, del Codice).

<sup>88</sup> Sul tema più specifico della raccolta dei dati a fini di ricerca scientifica si deve menzionare da ultimo l'Autorizzazione generale al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica del 1° marzo 2012 (pubblicato sulla GU n. 72 del 26 marzo 2012), Registro dei provvedimenti n. 85 del 1° marzo 2012.

<sup>89</sup> Anche la raccolta e la conservazione di campioni biologici, così come il trattamento dei dati che ne derivano, devono essere effettuati in conformità ai principi fondamentali di pro-

Al di fuori dell'Unione europea la situazione è altrettanto spezzettata, talvolta anche all'interno degli stessi Stati: è il caso, ad esempio, di tutti gli Stati federali (Stati Uniti e Canada *in primis*), nei quali la legislazione è formata da una complessa rete di norme a livelli diversi, nazionale, statale, provinciale, locale.

In ogni caso, specifica l'Osce, il quadro internazionale dei prossimi cinque anni risulta piuttosto promettente, sia in termini di numero di nazioni che intendono implementare un piano di registrazione elettronica dei pazienti, sia in termini di numero di paesi che riterranno tali dati utili al monitoraggio della qualità dei sistemi sanitari, sia in termini di numero di casi in cui si riuscirà a mettere in connessione database diversi già esistenti. In questo modo si riuscirà a generare evidenze che potrebbero portare al miglioramento della qualità della vita della popolazione in generale, della cura e dell'assistenza<sup>90</sup>.

Alla luce di quanto evidenziato in questo capitolo si vuole rilevare ancora una volta l'importanza che il comparto assicurativo ha, in relazione alla tutela effettiva del diritto alla salute, particolarmente sotto il profilo della sostenibilità del sistema di risarcimento dei danni, eventualmente causati ai pazienti e del monitoraggio dei dati sanitari. Questi temi hanno un forte impatto proprio sull'effettività e qualità delle cure, perché maggiori costi, implicano minori risorse disponibili. Proprio per riequilibrare l'allocazione delle risorse destinate alla sanità, in tutto il mondo si stanno sperimentando nuove tecniche di gestione dei conflitti nelle aziende sanitarie, che puntano su approcci più relazionali tesi a porre al centro del rapporto medico-paziente l'ascolto e lo scambio di informazioni. Tra i fenomeni più interessanti in questo senso deve segnalarsi l'utilizzo delle tecniche di mediazione proprio in ambito sanitario. Esse vengono sperimentate con diversi approcci ed in vari settori, ma tutte si propongono di disincentivare il ricorso alla giustizia ordinaria nella risoluzione delle liti sanitarie, cercando soluzioni di compromesso che meglio tutelino gli interessi delle parti coinvolte.

tezione e di sicurezza dei dati (cfr. Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (92) 3, relativa ai test genetici e allo screening genetico per scopi di natura sanitaria; Documento di lavoro sui dati genetici del Gruppo art. 29 della direttiva 95/46/CE, WP 91/2004). L'utilizzo di campioni biologici nell'ambito di ricerche scientifiche che comportano l'estrapolazione di dati genetici deve essere effettuato nel rispetto dei limiti e delle condizioni contenute nella specifica autorizzazione generale del Garante al trattamento dei dati genetici, rilasciata il 24 giugno 2011 ai sensi dell'art. 90 del Codice (in GU 11 luglio 2011, n. 159 e reperibile sul sito internet dell'Autorità, doc. web n. 1822650).

<sup>90</sup> Studio Osce, *Se la privacy diventa un problema per i sistemi sanitari*, aprile 2013, in [www.osce.org](http://www.osce.org).

## Bibliografia

- Antonucci, A., *L'assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, Cacucci, 2000.
- Bichi, R., *Legge n. 189/2012: Applicabilità delle tabelle ex art. 139 d.lgs. 209/2005 ai procedimenti pendenti relativi alla responsabilità professionale sanitaria*, in «Resp. civ. e prev.», 2014, 1, pp. 328-333.
- 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, pp. 431-434.
- Brusoni, M., Cosmi, L. e Trincherò, E., *Prospettive regionali per la gestione del rischio clinico: una prima indagine esplorativa*, in *Laziendalizzazione della sanità in Italia, Rapporto OASI 2006*, a cura di E. Anessi Pessina e E. Cantù, Milano, Egea, 2006, pp. 379-415.
- Buzzacchi, L. e Gracis, C., *Meccanismi allocativi per il rischio sanitario nelle aziende sanitarie pubbliche italiane*, in «Mecosan-Italian Quarterly of Health Care Management, Economics and Policy», XVII, aprile-giugno 2008, 66, pp. 103-122.
- Candian, A.D., *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, Egea, 1993.
- Comandè, G. e Turchetti, G., *La responsabilità sanitaria tra valutazione del rischio e assicurazione*, Studio a cura della Scuola Superiore di Pisa Sant'Anna, 2001.
- *La responsabilità sanitaria: valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, Cedam, 2004.
- Di Rocco, M., *L'introduzione della mediazione nei settori assicurativo e della responsabilità medica*, in «Corr. trib.», 2011, 10, pp. 812-820.
- Hazan, M. e Zorzit, D., *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2012.
- Marinero, M., *Responsabilità medico-sanitaria e mediazione delle controversie: dal diritto alla salute al diritto alla giustizia*, Roma, Aracne, 2012.
- Martini, F. e Steffeno, A., *L'assicurazione nella responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Rimini, Maggioli, 2011.
- Ponzanelli, G., *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*, in «Danno e resp.», 2011, 8-9, pp. 956-958.
- *L'applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in «NGCC», 2012, 3, pp. 145-150.
- Riva, I., *In tema di responsabilità civile medica e contratto di assicurazione contro i rischi professionali*, in «Assicurazioni», 2012, 3, pp. 577-586.
- Sella, M., *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, Giuffrè, 2009.
- Sganga, C., *Una nuova equità? Le tabelle di Milano e la Cassazione tra jus dicere e jus dare*, in «NGCC», 2011, 11, pp. 1058-1069.
- Shilling, E., *Dell'accettazione del claims made sul mercato continentale europeo dell'assicurazione r.c.*, in «Seminario sulle clausole claims made» svoltosi a Colonia il 27-28 novembre 1985.
- Stiglitz, J. e Weiss, A., *The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics*, in «Quarterly Journal of Economics», 115, 2000, 4, pp. 1441-1478.
- Tassone, L., *Evoluzione del rischio di responsabilità civile e suoi riflessi sull'assicurazione degli operatori sanitari*, in «Dir. econ. assic.», 1995, pp. 853-871.
- Vinci, P., *Editoriale*, in «Giornale delle Assicurazioni», marzo 2010.
- Ziviz, P., *Danno non patrimoniale da lesione della salute*, in «Resp. civ. e prev.», 2011, 10, pp. 2025-2038.

Parte seconda

## La mediazione in sanità

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino



## Capitolo terzo

# Il diritto dell'Unione europea e quello di alcuni Stati membri

### 1. *Introduzione*

Sulla scia dei fattori presi in esame nei primi capitoli di questo studio, la seconda parte mira ad inquadrare le esperienze della mediazione dei conflitti nel più ampio quadro europeo e nazionale delle tematiche legate alla mediazione, sia essa considerata quale tecnica ADR ovvero quale strumento conciliativo, al fine di verificare il ruolo di questi strumenti nella tutela del diritto alla salute. Pertanto, in questo capitolo si analizzano le esperienze maturate in seno all'Unione europea e ad alcuni suoi Stati membri, mentre nel quarto capitolo ci si sofferma sulle novità introdotte nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore dello strumento delle mediazioni civile e commerciale. Alla luce di questo panorama, nell'ultimo capitolo, si riportano i risultati della ricerca svolta sul campo, in riferimento ai progetti di mediazione dei conflitti piemontesi ed emiliano-romagnoli.

Come premessa deve anzitutto rilevarsi la distinzione terminologica esistente tra ADR, intesa in accezione anglosassone, e mediazione intesa in accezione continentale. Le prime, infatti, indicano una tecnica di soluzione del conflitto che si basa sulla negoziazione della lite, per mezzo dell'assistenza di un terzo neutrale, il quale ha come compito quello di favorire l'efficacia della discussione per addivenire ad una soluzione di compromesso, che si esplica in un atto negoziale che regola i diritti delle parti. La ADR o *mediation*<sup>1</sup> così intesa, è un tipico istituto del sistema giuridico americano che si affianca alle procedure giudiziali ma che non ha alcun rapporto di pregiudizialità e/o di procedibilità rispetto a queste, poiché mira ad una soluzione contrattuale di compromesso (se si vuole più simile al nostro concetto di arbitrato) senza, tuttavia, presupporre l'insorgere di una futura lite giudiziale,

<sup>1</sup> La dicitura *mediation* si usa spesso come sinonimo di ADR; si deve però tenere presente che in effetti la *mediation* è solo una delle ADR esistenti. Cfr. a tal proposito il prossimo paragrafo.

alla quale rimane del tutto estranea<sup>2</sup>. Al contrario, l'accezione conciliativa del termine si rinviene anche nelle esperienze europee<sup>3</sup>, ove viene intesa non quale procedimento volto alla definitiva statuizione sui diritti delle parti interessate, bensì quale strumento di riconciliazione, specie in ambiti particolarmente sensibili della vita del singolo, come ad esempio nella mediazione familiare o nella mediazione culturale<sup>4</sup>. Pertanto nel corso di questo studio quando si utilizza il termine ADR ci si riferisce alla *mediation* intesa come sistema di risoluzione alternativo delle controversie che statuisce su diritti, mentre il termine mediazione si riferisce all'accezione più conciliativa, che spesso viene tradotto in italiano con, appunto, conciliazione<sup>5</sup>. Molto spesso la differenza tra le due accezioni non è netta.

<sup>2</sup> G.D. Dalton, X.F. Samaropoulos e A.C. Dalton, *Effect of Physician Strategies for Coping with the US Medical Malpractice Crisis on Healthcare Delivery and Patient Access to Healthcare*, in «Public Health», 122, 2008, pp. 1051 ss.; D. Kessler e N. Summerton, *Effects of the Medical Liability System in Australia, the U.K. and U.S.A.*, in «The Lancet», 386, 2006, pp. 240 ss.; M. Smith, *Capping the Cap. Alternate Solutions for Rising Medical Malpractice Insurance Premiums, Patient Safety and Alternative Dispute Resolution*, in [www.amsa.org/hp/MedMal\\_AlternateSolutions.pdf](http://www.amsa.org/hp/MedMal_AlternateSolutions.pdf), dove si specifica che in Nuova Zelanda gli indennizzi da responsabilità professionale sanitaria sono erogati dalla *Accident Compensation Corporation* (ACC). In connessione con la ACC opera la *Health Disability Commissioner*, una vera e propria commissione conciliativa, che offre una serie di rimedi non monetari dopo aver approfondito la vicenda secondo una procedura di mediazione in cui sia l'assistito che il sanitario svolgono un ruolo attivo e partecipa; così anche M. Bismark e F. Dauer, *Motivations for Medico-Legal Action Lessons from New Zealand*, in «Journal of Legal Medicine», 27, 2006, pp. 55 ss. Pochi i dati disponibili per gli USA, ma le strutture che hanno introdotto un sistema indennitario *no-fault* hanno avuto dei costi simili a quelli avuti da strutture analoghe che hanno conservato la via risarcitoria del *tort system*, così M. Smith, *Capping the Cap Alternate Solutions*, cit.

<sup>3</sup> Il tentativo di conciliazione, fu introdotto nel nostro ordinamento per la prima volta nel 1990 attraverso l'art. 183 del codice di procedura civile (attuale art. 185, comma 1), conciliazione presso le Camere di commercio, in materia di controversie riguardanti contratti turistici. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, era inoltre già prevista una conciliazione volontaria *ex art. 185 c.p.c.* con la comparizione delle parti *ex art. 320 c.p.c.*; una conciliazione davanti al giudice di pace *ex art. 322* e una conciliazione davanti al G.d.P. in sede non contenziosa *ex art. 198 c.p.c.*; nonché con la conciliazione delegata ad un consulente tecnico *ex art. 696-bis c.p.c.* Sotto il profilo della conciliazione obbligatoria era già prevista la conciliazione in controversie di lavoro *ex d.lgs. 80/1998* e *ex d.lgs. 165/2001*; la conciliazione per le controversie di lavoro pubblico e *ex d.lgs. 124/2004*; la conciliazione di lavoro e previdenza sociale; nonché la conciliazione nella separazione e divorzio; la conciliazione nelle liti della subfornitura delle attività produttive; la conciliazione nelle liti sulla concorrenza e la regolamentazione dei servizi di pubblica utilità; i patti di famiglia e da ultimo la conciliazione riguardo a controversie tra utenti e un soggetto autorizzato a fornire prodotti radiotelevisivi o di comunicazioni. Si ricordano inoltre la conciliazione presso Consob riguardo a liti sui contratti sottoscritti tra risparmiatori e investitori e la conciliazione presso le Camere di commercio a liti sui contratti di affiliazione commerciale.

<sup>4</sup> Si veda per una disamina puntuale il primo rapporto pubblicato da LDF dal titolo *La salute come diritto fondamentale: una ricerca sui migranti a Torino*, Bologna, Il Mulino, 2014.

<sup>5</sup> Sul tema si veda G.M. Foddai, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in «Fam. pers. succ.», 2011, 1, pp. 43-49, nonché S. Viotti, *Brevi spunti per una configurazione unitaria delle ADR*, in «Giust. civ.», 2013, 11-12, pp. 825-840.

## 2. Le «Alternative Dispute Resolution» e l'Unione europea

Nel ricostruire una breve ricognizione rispetto allo sviluppo delle ADR e della mediazione nell'ordinamento dell'Unione europea, deve premettersi che il quadro delle competenze in ambito sanitario è piuttosto variegato e frammentario. Ad una generale incompetenza dell'Ue in materia si sommano, infatti, competenze concorrenti che impattano anche su questo settore, dato che, in particolare, le competenze di gestione ed organizzazione dei sistemi sanitari nazionali rimangono esclusive degli Stati membri.

Sul fronte che qui interessa, ovvero la risoluzione delle controversie sanitarie attraverso strumenti di mediazione, il discorso non è agevole. Come è noto, nell'*acquis communautaire*, il diritto alla salute è garantito e tutelato dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. La Carta, così come altri strumenti internazionali, guarda al diritto alla salute, non solo quale diritto ad un elevato livello di prestazioni sanitarie<sup>6</sup> ma, ancor prima, quale diritto di autodeterminazione che si esercita mediante il consenso. Infatti, come visto nel paragrafo 1 del capitolo 1, il diritto alla salute è diritto di autodeterminarsi nel corpo, attraverso scelte consapevoli, diritto che per essere goduto implica il riconoscimento di altri principi fondamentali, ovvero la dignità, l'eguaglianza e l'autonomia delle persone. Proprio per queste ragioni, l'impegno dell'Ue in materia sanitaria mira innanzitutto a limitare, in particolare, l'asimmetria che esiste tra i pazienti ed i professionisti, partendo dall'idea che:

le prestazioni di cure non sono come le altre prestazioni di servizi, esse producono effetti sull'integrità fisica e psichica del beneficiario e sull'equilibrio psicologico di quest'ultimo. Inoltre, il paziente vi ricorre per far fronte ad un'esigenza effettiva di ristabilire la propria salute o, se del caso, di salvaguardare la sua stessa vita. Data l'importanza degli interessi in gioco, il paziente, nel momento in cui decide di ricorrere o meno, alla prestazione di cure, non dispone della medesima libertà di scelta di cui dispone normalmente con riguardo agli altri servizi. Quando ricorre alla prestazione di cure, il paziente non soddisfa un desiderio ma fa fronte ad una necessità. In secondo luogo, la prestazione di cure sanitarie costituisce uno di quegli ambiti in cui si raggiunge il livello massimo di «asimmetria dell'informazione» tra il prestatore dei servizi e il beneficiario della prestazione [...]. Ciò significa che il prestatore dispone, nel proprio settore di attività, di un livello di competenza nettamente superiore a quello del beneficiario, sicché quest'ultimo non è in grado di valutare effettivamente la qualità del servizio che acquista. Di conseguenza, alla luce di tale asimmetria nel livello di competenza e tenuto conto dell'importanza che la decisione di ricorrere o meno a prestazioni sanitarie, riveste per il paziente, il rapporto di fiducia tra il paziente ed un professionista della salute si presenta di carat-

<sup>6</sup> Così l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ma anche l'art. 1 della Convenzione di Oviedo, nonché la Dichiarazione dei pazienti, del 1994, o Dichiarazione di Amsterdam dell'OMS sull'uniforme sviluppo dei diritti del malato in Europa.

tere essenziale. In altri termini, il paziente deve poter essere certo che, allorché lo specialista cui si è rivolto gli consiglia o gli raccomanda di sottoporsi ad un trattamento, tale consiglio o tale raccomandazione siano motivate unicamente da esigenze di tutela della salute<sup>7</sup>.

Le parole dell'avvocato generale ben evidenziano la relazione che intercorre tra medico e paziente, sottolineando come, proprio in virtù dell'affidamento del cittadino al professionista, deve essere garantito che l'esercizio della scienza medica avvenga con il più alto spirito di professionalità e coscienza. Proprio per garantire che tra professionista ed utente si instauri un rapporto paritetico, a livello di informazioni, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali indica nel consenso informato uno dei principi fondamentali della bioetica e del biodiritto. Il consenso informato di cui parla la Carta va al di là del mero documento che deve essere sottoscritto da parte del paziente, molto spesso nella pratica strumentalizzato e mal interpretato, ma, come abbiamo visto<sup>8</sup>, si riferisce piuttosto al dialogo che deve intercorrere tra medico e paziente affinché la scelta rispetto ai trattamenti cui sottoporsi possa avvenire in un ambiente empatico che favorisca la salute globale dei soggetti. La Carta inoltre garantisce che ogni individuo abbia il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche, ma sempre secondo le condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. A ciò si aggiunge la previsione che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione, essa deve sempre garantire un livello elevato di protezione della salute umana<sup>9</sup>. Tale tipo di tutela si esplica, principalmente, attraverso l'attività di prevenzione e informazione dei cittadini europei, le campagne di sensibilizzazione sul fumo, l'alcol, la droga, ecc. Inoltre, l'Unione europea ha sviluppato una corposa normativa in materia

<sup>7</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Bot rese nella sentenza della Corte di giustizia, C-154/93, *Abdullah Tawil-Albertini contro Ministro per gli Affari Sociali*, del 9 febbraio 1994. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Conseil d'État*, Francia, in «Raccolta della Giurisprudenza», 1994, p. I-00451.

<sup>8</sup> Cfr. il capitolo 1.

<sup>9</sup> Così l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Secondo la Corte di giustizia (così in causa C-400/96 del 17 settembre 1998 e in causa C-100/96 dell'11 marzo 1999) con riguardo a prodotti dell'industria chimica quali farmaci ad uso umano e veterinario, nonché prodotti fitosanitari, la conformità del prodotto alle caratteristiche imposte dalle direttive comunitarie assicura un'adeguata tutela della salute e permette che il prodotto transiti liberamente all'interno dell'Ue. In particolare, la Corte dichiara che qualora l'autorità competente di uno Stato membro abbia accertato che un prodotto fitosanitario importato da uno Stato dello spazio economico europeo in cui fruisce già di un'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata conformemente alla direttiva del Consiglio 15 luglio 1991, n. 91/414/CEE, relativa all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari, tale prodotto deve poter fruire dell'autorizzazione all'immissione in commercio già concessa nello Stato membro d'importazione a meno che non vi ostino esigenze di tutela della salute delle persone e degli animali nonché di tutela ambientale.

di tutela alimentare, che non solo riguarda la sicurezza degli alimenti (etichettatura dei prodotti/provenienze geografiche/controlli sulla filiera produttiva, ecc.)<sup>10</sup>, ma si concentra anche sul piano dell'educazione alimentare, fattore che di per sé ha un enorme impatto sulla salute complessiva della popolazione.

L'insieme delle azioni dell'Unione europea a favore del mantenimento di un livello elevato della salute si incarnano nel secondo programma di azione per la salute (2008-2013). Rispetto ai temi di cui qui si discute il programma di azione mira alla creazione di un sistema globale di raccolta, analisi e valutazione dei dati e della conoscenze per consigliare e distribuire l'informazione in materia di salute a tutti i livelli della società, al grande pubblico, alle autorità e ai professionisti. L'obiettivo principale è quello di basare la politica sanitaria sulle migliori pratiche, fondate su dati scientifici comprovati e affidabili<sup>11</sup>. Benché l'impegno dell'Unione in materia sanitaria sia senza dubbio ampio, come attestano le politiche incentrate sulla prevenzione delle malattie (la promozione di uno stile di vita più sano e un invecchiamento attivo) e condotte in stretto collegamento con le autorità sanitarie dei paesi membri, il fatto che queste ultime rimangano ancora pienamente responsabili della gestione del sistema sanitario nel proprio territorio comporta l'impossibilità di sviluppare un piano sanitario globale a livello europeo.

Posto che l'indagine di questo studio riguarda le problematiche connesse all'ascolto in ambito sanitario, anche quale mezzo di deflazione del contenzioso relazionale all'interno delle strutture, è interessante verificare se l'Ue sostenga questo tipo di approccio. In particolare le tecniche di ascolto e relazione si incarnano in quella che viene definita mediazione trasformativa, ovvero una procedura che si prefigge di appianare i conflitti relazionali attraverso il dialogo tra le parti e il riconoscimento del valore dell'altro<sup>12</sup>.

Per ciò che attiene alle esperienze di mediazione trasformativa nell'ambito delle azioni rivolte alla tutela della salute, non si rinvengono politiche dirette in merito. Tuttavia, lo strumento della mediazione trasformativa è conosciuto ed utilizzato in alcuni ambiti della legislazione comunitaria, soprattutto in quelli familiare e socio-assistenziale. Ad esempio le figure dei cosiddetti mediatori culturali sono fortemente incoraggiate in materia di accordi tra genitori che abbiano ad oggetto la cura dei figli<sup>13</sup>, nonché in materia di

<sup>10</sup> Infatti lo scopo delle direttive 90/425/CE e 89/662/CEE è di consentire alla Commissione di intervenire rapidamente per evitare la diffusione di una malattia tra gli animali o un danno alla salute umana.

<sup>11</sup> Decisione n. 1350/2007/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 ottobre 2007 che stabilisce un secondo programma di azione dell'Unione in materia di salute (2008-2013).

<sup>12</sup> Cfr. il capitolo 5, in particolare par. 1.

<sup>13</sup> Vedi Regolamento (CE) 2201/2003 del 27 novembre 2003, pubblicato sulla GU n. L 338 del 23 dicembre 2003, pp. 0001-0029, che abroga il Regolamento (CE) 1347/2000, relativo

immigrazione, accoglienza e integrazione dei cittadini dei paesi terzi, e nelle politiche di tutela dei Rom e Sinti<sup>14</sup>.

Nonostante queste indicazioni favorevoli, rispetto agli strumenti di mediazione trasformativa, è sul piano della mediazione più propriamente ADR che si sono mossi i principali interventi dell'Unione. Infatti, l'attuazione di strumenti di *mediation* da parte dell'Unione europea ha trovato il proprio terreno d'elezione in materia di tutela dei consumatori, al fine di offrire loro un efficace strumento di garanzia dei propri interessi. Così, dalla fine degli anni Novanta, sono state emanate una serie di direttive per incoraggiare gli Stati membri a creare sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, nel quadro della tutela dei consumatori<sup>15</sup>. La scelta di introdurre strumenti

alla competenza, al riconoscimento e alla esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. L'art. 55, rubricato «Cooperazione nell'ambito di cause specifiche alla responsabilità genitoriale», stabilisce che «le autorità centrali, su richiesta di un'autorità centrale di un altro Stato membro o del titolare della responsabilità genitoriale, cooperano nell'ambito di cause specifiche per realizzare gli obiettivi del presente Regolamento. A tal fine esse provvedono, direttamente o tramite le autorità pubbliche o altri organismi, compatibilmente con l'ordinamento di tale Stato membro in materia di protezione dei dati personali: [...] e) a facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e ad agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera».

<sup>14</sup> A questo proposito deve segnalarsi la Raccomandazione 1557/2002 del Consiglio d'Europa e la conseguente Risoluzione del Parlamento europeo del 28 aprile 2005, le quali, tuttavia, non incidono sulla drammatica realtà vissuta da Sinti e da Rom in Italia ed altri paesi europei.

<sup>15</sup> Gli atti che prevedono sistemi di conciliazione degli interessi dei consumatori sono molto numerosi; si segnalano in particolare: direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»); direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»); direttiva 2008/122/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio; direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori (recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio). Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori [SEC (2008) 2544] [SEC (2008) 2545] [SEC (2008) 2547]. Regolamento (CE) 11 febbraio 2004, n. 261 e d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 69, Disposizioni sanzionatorie per la violazione del Regolamento (CE) n. 261/2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso



di mediazione in questo ambito riposa su due ordini di ragioni: da un lato, si ritiene che questi strumenti, essendo più snelli e semplici rispetto ai classici rimedi giudiziali, favoriscano nella pratica la tutela del consumatore in tutto il mercato unico, dall'altro, essi garantiscono un modello di risoluzione delle controversie «standard» su tutto il territorio dell'Unione, che quindi è applicabile al di là degli ostacoli linguistici o di procedura tipici di ogni Stato membro, creando un rimedio omogeneo esperibile da tutti i consumatori europei. Un terzo fattore dovrebbe poi ricercarsi nella «capacità espansiva» del settore consumatori, per cui laddove i consumatori familiarizzano l'utilizzo di questi sistemi essi acquisteranno notorietà, consolidando negli Europei la fiducia in questo tipo di procedure<sup>16</sup>.

Nel 2002 la Commissione ha così proceduto ad elaborare un *Libro verde* sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in ogni settore del diritto civile e commerciale<sup>17</sup>, formulando i principi che devono ispirare la mediazione nell'Ue. Essi vengono individuati nell'indipendenza, imparzialità e diversità<sup>18</sup> dei mediatori, al fine di evitare conflitti di interessi; nella competenza dei professionisti incaricati, che devono possedere la capacità, la formazione e l'esperienza specifiche necessarie per esercitarne la funzione, l'efficacia e la rapidità della procedura; l'equità tra le parti in termini di informazione, procedura e di contraddittorio; la libertà e il carattere extra-giudiziali della mediazione, che deve essere facoltativa, fondata sulla libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, poiché deve lasciare loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi a un tribunale, nonché la garanzia che le decisioni che scaturiscono dalla procedura di mediazione possono essere vincolanti solo se le parti ne sono state preventivamente informate e hanno dato il loro esplicito consenso. Infine, la trasparenza dell'intero iter che consiste, oltre alla messa a disposizione delle

di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, Regolamento (CE) n. 1371/2007 del 23 ottobre 2007. Più di recente, la direttiva servizi, direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva Bolkestein), impone ai fornitori di servizi, che sono parte di un sistema ADR, di dare ai consumatori informazioni riguardo i procedimenti ADR esperibili in caso di danno. Il 18 gennaio 2011 la Commissione ha pubblicato un *consultation paper* sul tema degli ADR; per un commento a questo si veda V. Vigoriti, *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*, in «Contratto e impresa/Europa», 2011, 1, pp. 81 ss.

<sup>16</sup> La Commissione si è concentrata, inizialmente, nel promuovere il ricorso alle metodologie ADR per dirimere le controversie in materia di consumo, facendo forza sull'argomento che, sul piano economico, ciò poteva rappresentare l'unico modo per dirimere simili liti, dove il costo del contenzioso giudiziario è solitamente maggiore o comunque non proporzionale rispetto al valore della controversia stessa, quando quest'ultima vede contrapposto un professionista o un'impresa ad un singolo consumatore.

<sup>17</sup> *Libro verde «Relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale»*, Bruxelles, 19 aprile 2002 COM(2002), 196 definitivo, in [www.eur-lex.eu](http://www.eur-lex.eu).

<sup>18</sup> Per diversità deve intendersi il fatto che il numero dei mediatori partecipanti alla mediazione deve essere di almeno tre nei colloqui tra le parti, al fine di garantire imparzialità e certezza della procedura.



informazioni generali anche nell'obbligo, per ogni soggetto agente in qualità di mediatore di pubblicare una relazione annuale sull'attività prestata. Tali principi sono stati definitivamente sanciti dal Codice europeo di condotta per mediatori, formulato nel 2004<sup>19</sup>, che di fatto incarna il modello dell'istituto della mediazione così come concepito in sede di Unione.

Nell'ottobre 2008, la Commissione europea ha quindi pubblicato uno studio sull'uso delle ADR nell'Unione europea<sup>20</sup>, che fornisce una panoramica dei modelli adottati e del loro funzionamento, ne individua le lacune e valuta la conformità dei sistemi esistenti alle raccomandazioni adottate dalla Commissione nel 1998 e nel 2001<sup>21</sup>.

### 2.1. *Le direttive in materia di mediazione e le controversie sanitarie*

Nonostante l'impegno dell'Ue nell'ambito della tutela dei consumatori è stato solo con l'emanazione della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008<sup>22</sup> che i procedimenti di mediazione sono entrati a far parte dell'esperienza giuridica quotidiana degli Stati membri.

Benché la direttiva abbia come ambito di applicazione le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, gli Stati membri hanno la libertà di applicare le relative disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni, in quanto il suo scopo è quello di «garantire un miglior accesso alla giustizia». A seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa, tutti gli Stati membri hanno predisposto meccanismi ed organismi di mediazione per la risoluzione di un'ampia tipologia di controversie, latamente rientranti nella materia civile e commerciale. L'attuazione della direttiva da parte degli Stati membri ha così incrementato l'utilizzo di questo strumento in tutta l'Ue, tanto che nel 2010 la Commissione europea, pubblicando l'Agenda digitale europea ha incluso, tra le azioni volte a istituire un mercato unico digitale, il lancio di una strategia europea per il miglioramento dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) anche mediante l'istituzione di sistemi online (ODR, *online dispute resolution* ovvero sistemi

<sup>19</sup> Consultabile sul web all'indirizzo: [www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_it.pdf](http://www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_it.pdf). Per un elenco delle organizzazioni che hanno sottoscritto il Codice, tra le quali alcune italiane, si veda [www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_list\\_org\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_list_org_en.pdf).

<sup>20</sup> Bruxelles, 29 novembre 2011, SEC (2011) 1409, definitivo, cit.

<sup>21</sup> Cfr. Raccomandazione n. 98/257/CE, che disciplina le forme alternative di risoluzione delle controversie che propongono (ad esempio attraverso raccomandazioni) o impongono (ad esempio mediante decisioni vincolanti) una soluzione per risolvere una controversia; e la Raccomandazione 2001/310/CE che disciplina una forma di risoluzione delle controversie più consensuale, nella quale un terzo tenta di risolvere il conflitto mettendo insieme le parti, al fine di convincerle a trovare una soluzione di comune accordo.

<sup>22</sup> 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.

online di risoluzione delle controversie)<sup>23</sup>. Tuttavia, si deve sottolineare che, nonostante gli sforzi compiuti, il livello di sviluppo dell'ADR nei vari Stati membri e dei vari tipi di organismi ADR esistenti è tuttora molto disomogeneo. Difatti, secondo i dati forniti dal Report finale della Commissione, pubblicato nel 2011<sup>24</sup>, in Europa sono presenti più di 462 schemi ADR, applicati da parte di autorità pubbliche, private ovvero da *board* misti, alcuni più prettamente ADR, altri più conciliativi, altri ancora ibridi.

Proprio con lo scopo di sviluppare una armonizzazione in materia, il Parlamento europeo è intervenuto sul tema nell'ottobre 2011 con una risoluzione di iniziativa, con la quale esortava la Commissione a presentare al più presto una proposta legislativa sull'ADR e forniva alcuni suggerimenti circa il suo contenuto. Nel novembre 2011, la Commissione ha quindi presentato un pacchetto di proposte sull'ADR per i consumatori che comprende una comunicazione, una direttiva e un regolamento che si occupa specificamente dell'ODR.

Scopo principale della direttiva e del regolamento di attuazione è quello di garantire ai consumatori di poter sollevare tutte le controversie in materia di tutela dei loro interessi ad un organismo ADR, fisico o online (a prescindere dal settore commerciale, dal canale di acquisto o dal paese in cui il prodotto o il servizio è stato acquistato, dai viaggi ai servizi bancari), esclusi però i settori della salute e dell'istruzione.

<sup>23</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (recante modifica del Regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)) del 12 marzo 2013 e il Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull'ODR per i consumatori). Tra i commenti si segnalano A. Lisi, *Passaggio dall'ADR internazionale all'ADR online nel commercio elettronico*, in [www.notiziariogiuridico.it](http://www.notiziariogiuridico.it), 2002; A. Maggipinto, *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell'Informazione. Internet per la gestione della conflittualità nel mercato virtuale*, Milano, Nyberg, 2006; C. Micera, *ADR in Internet. La risoluzione alternativa delle controversie*, in *Trattato breve di diritto della rete*, a cura di A. Sirotti Gaudenzi, Rimini, Maggioli, 2002; M. Pierani e E. Ruggiero, *L'ADR online*, in *Diritto delle 152 nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, a cura di G. Cassano, Milano, Ipsoa, 2002; M. Pierani, *Online dispute resolution*, in *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di G. Cassano e I.P. Cimino, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2009; A. Sirotti Gaudenzi, *Il commercio elettronico nella Società dell'Informazione*, Milano, SE, 2003; M.F. Tari, *Ruolo delle «alternative dispute resolution online» nel commercio elettronico*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); E.M. Tripodi, *I sistemi di conciliazione online: dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in «Diritto dell'Internet», 2002, 2, pp. 205 ss.; P. Fasano, *La risoluzione alternativa delle controversie nel mondo virtuale*, in *Internet: profili giuridici e opportunità di mercato*, a cura di A. Lisi, Rimini, Maggioli, 2002. Tra i commenti sul commercio elettronico si veda G. Briganti, *La disciplina del commercio elettronico. La direttiva 2000/31/CE e la sua attuazione in Italia*, in [www.iusreporter.it](http://www.iusreporter.it), 2003.

<sup>24</sup> Parere della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori del 1° settembre 2011, sul metodo alternativo di risoluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, 2011/2117(INI).

Infatti, ai sensi della nuova disciplina essa<sup>25</sup>

non dovrebbe applicarsi ai servizi non economici di interesse generale. Per «servizi non economici» si intendono servizi che non sono prestati a fini economici. Di conseguenza, i servizi non economici di interesse generale prestati dallo Stato o per conto dello Stato, senza corrispettivo economico, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva, a prescindere dalla forma giuridica sotto la quale tali servizi sono prestati. [...] La presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai servizi di assistenza sanitaria di cui all'art. 3, lett. a), della direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera<sup>26</sup>.

Sono pertanto esclusi dal suo ambito di applicazione quei servizi di assistenza sanitaria prestati da professionisti della sanità a pazienti con fini di cura. Le ragioni di tale esclusione debbono essere ricercate in due ordini di fattori: anzitutto, la direttiva in commento si rivolge alla tutela degli interessi dei consumatori e, ai sensi della normativa Ue, il paziente non è considerato un consumatore, proprio perché è portatore di esigenze superiori, che ineriscono il diritto alla salute, che costituisce un diritto precondizionale rispetto al godimento di altri diritti. Oltremodo, si deve rammentare che l'organizzazione dei sistemi sanitari rimane di competenza esclusiva degli Stati membri, ivi comprese le questioni inerenti i profili di colpa e responsabilità sanitarie, il risarcimento del danno e la sua gestione. Nell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, infatti, le prestazioni mediche offerte dal Sistema sanitario nazionale, non rientrano nella definizione di servizio economico, ai sensi del diritto della concorrenza<sup>27</sup>, e quindi non soggiacciono a queste regole. L'assistenza sanitaria richiede norme speciali a causa della sua complessità tecnica, della sua importanza quale servizio di interesse generale nonché dei notevoli finanziamenti pubblici che essa comporta. Essa, infatti, è definita, nella direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, come l'insieme dei «servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici». Un professionista della sanità è pertanto un medico, un infermiere responsabile dell'assistenza generale, un odontoiatra,

<sup>25</sup> Considerando 13 e 14 della direttiva 2013/11 cit.

<sup>26</sup> Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

<sup>27</sup> Per una critica a tale approccio della Corte in materia di prestazioni mediche *cross border* si vedano i commenti di V. Hatzopoulos, *Financing National Health Care in a Transnational Environment: The Impact of the European Community Internal Market*, in «Wisconsin International Law Review», 2008, 26, pp. 761-803; e, dello stesso autore, *Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgements of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in «CMLR», 39, pp. 683-729.

un'ostetrica, o un farmacista<sup>28</sup> o un altro professionista che eserciti attività nel settore dell'assistenza sanitaria, il cui accesso sia riservato a una professione regolamentata secondo la definizione di cui all'art. 3, par. 1, lett. a), della direttiva 2005/36/CE, o una persona che sia considerata un professionista sanitario ai sensi della legislazione dello Stato membro di cura.

Inoltre, come già rilevato, anche il legislatore sovranazionale guarda al bene salute quale diritto fondamentale meritevole di particolari tutele, così come d'altronde sostenuto dalla dottrina e giurisprudenza costituzionale nazionale. La Corte di giustizia tende ad escludere la natura economica del bene, in quanto il paziente quando usufruisce del servizio medico per curarsi non lo fa «liberamente». Nell'ordinamento «costituzionale» dell'Ue dunque, il paziente non è un consumatore, neppure quando usufruisce dei servizi medici, proprio perché lo fa in ragione di una necessità più alta rispetto a quelle del consumo.

Benché il diritto alla salute sia riconosciuto nel novero dei diritti fondamentali tutelati dall'Ue, la natura dei servizi medici offerti dalle strutture sanitarie nazionali rimane per certi versi controversa, soprattutto quando rileva ai sensi della normativa per il riconoscimento del rimborso per le spese mediche sostenute in un altro Stato membro. La giurisprudenza in materia di prestazioni di servizi medici, infatti, configura una distinzione tra prestazioni ospedaliere e non. A partire dalle sentenze *Decker e Khol*<sup>29</sup>, la Corte di giustizia ha, infatti, evidenziato che le prestazioni mediche fornite dietro corrispettivo (un caso tipico è, ad esempio, quello delle cure dentistiche) rientrano nell'ambito di applicazione del trattato e quindi anche delle regole in materia di concorrenza, di fatto creando una distinzione tra cure rimborsate dal SSN e quelle che invece non lo sono, con la precisazione che le seconde potrebbero astrattamente ricadere nell'ambito di applicazione della normativa in commento.

Il diritto alla salute si manifesta pertanto sotto un duplice profilo nell'*acquis communautaire*, talvolta quale diritto pieno e assoluto, talaltra come diritto «relativo» che deve essere bilanciato insieme ad altri valori come, ad esempio, la stabilità finanziaria di certo sistema.

Nonostante questo quadro complesso, la normativa consumeristica non è stata applicata, sino ad oggi, al paziente del Sistema sanitario nazionale che pertanto non è considerato un consumatore nell'ottica comunitaria e da ciò deriva l'esclusione delle controversie in materia di responsabilità medica dall'ambito della normativa sulle ADR consumeristiche.

Ad una più attenta analisi, tali tipi di controversie non rilevano neppure

<sup>28</sup> Ai sensi della direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

<sup>29</sup> Corte di giustizia, causa n. C-120/95, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, del 28 aprile 1998, in Racc. 1998, I, 1831 e causa n. C-158/96, *Raymond Kohll c. Union des caisses de malarie*, del 28 aprile 1998, in Racc. 1998, I, 1931.

sotto l'altra normativa Ue sulla mediazione, non essendo né vietate né prescritte dalla direttiva 52/2008 sulla mediazione civile e commerciale. Posto che questa normativa prevede solo l'obbligo di deferire alla mediazione le controversie transfrontaliere di natura civile e commerciale, gli Stati membri sono liberi di applicare tale strumento a tutti gli altri ambiti in cui lo ritengano utile ovvero limitarsi all'obbligo comunitario.

La scelta del legislatore interno di sottoporre le controversie in materia di responsabilità sanitaria alla mediazione obbligatoria, non discende pertanto dalle indicazioni provenienti dell'Ue, quanto piuttosto da una scelta autonoma, non rilevandosi alcun nesso diretto tra le due discipline, benché sia indubbia l'influenza che su di esso esercitano le riflessioni sovranazionali ed internazionali sul tema, come si dirà nel prossimo capitolo.

Nonostante queste riflessioni il tema della mediazione in ambito sanitario, sia essa intesa quale tecnica ADR o piuttosto conciliativa, non è ad oggi oggetto di un'azione diretta dell'Ue, principalmente in ragione del complesso riparto di competenze in materia, di cui si è detto. Al contrario invece, molti stati dell'Ue disciplinano autonomamente la mediazione in ambito sanitario e proprio per tali ragioni è ipotizzabile che nel prossimo futuro i diversi modelli di mediazione sviluppati in seno agli Stati membri, pure in materia sanitaria, possano rilevare nell'ambito di un ricorso proposto alla Corte di giustizia, anche in via incidentale.

La breve sintesi sin qui condotta evidenzia la complessità del sistema di tutela del diritto alla salute non solo in chiave interna, ma anche in quella sovranazionale. Le diverse soluzioni che gli stati dell'Unione approntano in tema di responsabilità medica, mediazione e tutela del paziente offrono spunti per una riflessione circa il ruolo del diritto alla salute nelle diverse culture giuridiche europee, nonché prospettive per una migliore gestione delle problematiche legate alle controversie di matrice sanitaria.

### 3. *La gestione del conflitto in prospettiva comparata*

Come si è già accennato, molti paesi europei conoscono l'istituto della mediazione in ambito sanitario. Sovente tuttavia queste esperienze si differenziano tra loro, a volte anche in maniera sostanziale. Nei prossimi paragrafi si cercherà di illustrare brevemente alcuni tra i modelli europei di risoluzione delle controversie sanitarie per il tramite della mediazione. Deve tuttavia fin d'ora sottolinearsi che questi modelli non solo si allontanano dal prototipo di *common law* poc'anzi illustrato, ma si caratterizzano per alcune diversità proprie della cultura giuridica in cui si sono sviluppati. Non è dunque possibile riconoscere un modello univoco o migliore degli altri, ma è significativo notare come quasi tutti gli Stati membri sentano la necessità di prevedere procedure di mediazione proprio per risolvere i conflitti connessi con la pratica sanitaria.

#### 4. Regno Unito

La disciplina della responsabilità sanitaria nel Regno Unito affonda le sue radici in un sistema tipico di illeciti non intenzionali, il più rilevante dei quali è il *tort of negligence*. Esso ricorre in presenza dei seguenti fattori: l'esistenza di un *duty of care*, della violazione di questo dovere, del verificarsi di un danno causalmente riconducibile alla condotta posta in essere e dall'inesistenza di cause di giustificazione o di responsabilità del danneggiato. La principale differenza tra i paesi di *common law* e quelli di *civil law* è costituita dall'angolazione attraverso cui il sistema giuridico accerta l'esistenza della responsabilità civile. Nel primo caso è la violazione del dovere di diligenza del danneggiante ad essere fonte di compensazione, mentre nel secondo caso, come è stato detto nella prima parte di questo lavoro, è il danno subito dal paziente ad essere motivo di risarcimento<sup>30</sup>. Nell'ambito della responsabilità medica, mentre nei sistemi continentali il medico e la struttura rispondono a titolo contrattuale, in quelli di *common law* le regole sono quasi sempre quelle della *law of torts*, anche se, qualora l'assistenza sanitaria sia stata prestata da un soggetto privato, operante cioè al di fuori del *National Health Service*, il danneggiato può invocare la violazione di obblighi contrattuali<sup>31</sup>. Generalmente tuttavia il giudizio per il risarcimento del danno derivante da imperizia medica costituisce il tipo di controversia più frequente nell'ambito del contenzioso sanitario: i giudici del Regno Unito sovente sanzionano l'inottemperanza ai criteri di comportamento dovuti nel momento in cui il medico inizia a somministrare un trattamento, senza tuttavia ritenerlo obbligato a intervenire (e pertanto esporlo a responsabilità).

La condotta di un sanitario è quindi difficilmente sanzionabile in termini di *negligence*, perché l'attore deve provare oltre al danno, al nesso causale e all'imperizia, anche la violazione di un dovere di assistenza (*duty of care*). L'inversione dell'onere della prova si può tuttavia realizzare nei rari casi in cui il danno non sia spiegabile e il convenuto avesse avuto il dovere di prestare idonee cure. In questo caso il nesso di causa è *in re ipsa*, e può costituire la prova di un illecito<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> V. Zeno-Zencovich, *La responsabilità civile*, in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, a cura di G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich e A. Zoppini, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 335-380.

<sup>31</sup> J. Herring, *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 39 ss. Nell'ambito della sanità privata inglese il rapporto medico-paziente è regolato da un *contract of services*, che comprende sia il *duty of care* sia l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto stesso.

<sup>32</sup> Cfr. *Cassidy c. Ministry of Health* [1951] 2KB, pp. 343-365. Nel caso in esame, un uomo che si era recato in ospedale con due dita irrigidite ne era uscito con quattro dita affette dalla stessa patologia. L'argomento *res ipsa loquitur* generalmente non attecchisce nelle Corti di *Common Law*.



La questione che qui viene affrontata è pertanto quella di accertare cosa costituisca «imperizia» nell'ambito dell'assistenza sanitaria, quali siano gli *standard of care* che ci si può attendere da un medico e il problema del nesso di causa.

Il *National Health Service* (in prosieguo NHS) è un servizio pubblico che fa capo all'amministrazione dello Stato ed è responsabile in solido con il medico per quanto riguarda gli atti e le omissioni compiute dal personale sanitario che opera al suo interno<sup>33</sup>. L'operatore sanitario può essere responsabile civilmente<sup>34</sup>, penalmente<sup>35</sup>, o da un punto di vista disciplinare per *personal misconduct*, anche se quest'ultima via è generalmente poco esperita dai pazienti<sup>36</sup>.

Per ottenere il risarcimento di un danno subito, il paziente deve provare l'esistenza del *duty of care*<sup>37</sup>, la violazione dello standard di cura e il nesso di causa che collega l'azione all'evento<sup>38</sup>.

Il *duty of care* sussiste quando il medico incomincia a somministrare un trattamento: in quel momento la persona in pericolo diviene un suo paziente<sup>39</sup>, anche se in alcuni casi il solo ricovero in una struttura di cura o l'accettazione in pronto soccorso sono state ritenute situazioni idonee a in-

<sup>33</sup> I dirigenti degli istituti di cura sono responsabili dell'operato degli operatori sanitari che hanno materialmente somministrato i trattamenti. Cfr. *Cassidy c. Ministry of Health* [1951], 1, All E.R. 574.

<sup>34</sup> J. Herring, *Medical Law and Ethics*, cit., p. 39.

<sup>35</sup> Questo tuttavia avviene solo se l'incriminazione è per omicidio. Cfr. O. Quick, *Medicine, Mistakes and Manslaughter: A Criminal Combination?*, in «Cambridge Law Journal», 69, 2010, 1, pp. 186-203.

<sup>36</sup> Con l'approvazione dello *Human Rights Act* del 1998, che recepisce la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il sistema inglese ha iniziato a essere permeato dall'applicazione dei giudici di principi generali. Infatti essi hanno iniziato a utilizzare i principi ivi contenuti per tutelare quei diritti prima esistenti solo in presenza della violazione di un *duty of care*, come ad esempio nel contemperare l'art. 2 della Convenzione con l'evoluzione giurisprudenziale del *common law*. Cfr. Lord Justice Rimer, in *Smith c. Chief Constable of Sussex Police* [2008] EWCA Civ 39; K. Williams, *Litigation against English NHS Ambulance Services and the Rule in Kent v. Griffiths*, in «Medical Law Review», 15, 2007, 2, pp. 153-175; K. Williams, *Medical Samaritans: Is there a Duty to Treat?*, in «Oxford J. Leg. St.», 21, 2001, 3, pp. 395-413; J. Steele, *Tort Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 168 ss.

<sup>37</sup> Il *common law* non impone al medico di soccorrere una persona in difficoltà, a meno che questa non sia già entrata in contatto qualificato con lui. «Dalla mera vicinanza fisica tra un dottore e una persona malata, non scaturisce il dovere di prestare le cure». Lord Justice Stuart-Smith, *Capital and Counties plc v. Hampshire County Council* [1997] OB 1035B.

<sup>38</sup> Per un'esauriente ricognizione del problema del risarcimento del danno dovuto a responsabilità medica nel *common law*, si veda K. Gromek-Brok e E. Smioldo, *Duty of Care e Standard of Care nella tutela risarcitoria per responsabilità medica nel common law*, in «Contratto e impresa/Europa», 2011, 2, pp. 495-524.

<sup>39</sup> *Horsley c. McLaren* [1972] 22DLR(3d) 545.



staurare tra le parti un rapporto di sufficiente prossimità equiparabile di per sé all'inizio di un trattamento sanitario<sup>40</sup>.

L'appropriatezza e la qualità degli *standard of care* è da valutarsi sia in riferimento alla condotta del medico, sia alle eventuali disfunzioni della struttura: in entrambi i casi, i pazienti devono potere essere curati da medici adeguatamente preparati<sup>41</sup> e gli enti di cura devono essere provvisti di apparecchiature soddisfacentemente funzionanti<sup>42</sup>. Le difficoltà dell'attore nel provare la mancanza di adeguatezza delle cure ruotano attorno al concetto di ragionevolezza, che si esplica nel possesso da parte del medico di *ordinary skills*: all'operatore sanitario non è richiesto di possedere il più alto livello di abilità, ma di esercitare la professione con la normale competenza richiesta a chi svolge quel lavoro. Nel caso *Bolan*, Lord Mc Nair affermò, a questo proposito, che «un medico non sarà ritenuto responsabile per imperizia se ha agito conformemente alle pratiche ritenute appropriate dall'insieme dei medici con una specializzazione in quel settore [...], solo perché, eventualmente, vi siano delle espressioni in senso contrario da parte degli esperti»<sup>43</sup>. In seguito a questa sentenza la comunità scientifica riveste un ruolo fondamentale, poiché nel caso *Bolan* è stato statuito che spetta ad essa, e non al giudice, individuare lo standard di cura adeguato. Pertanto la classe medica ne è risultata effettivamente avvantaggiata, nel senso che bastava una sola opinione che andasse nel senso di conferma dell'operato del medico per orientare a favore del sanitario la decisione dei giudici<sup>44</sup>. La conseguenza è quella di creare per i medici un salvacondotto autoreferenziale che rende eccessivamente arduo per l'attore provare la lesione di un diritto. Il caso *Bolitho* ha più recentemente riportato l'opinione della comunità scientifica sotto il controllo logico e ragionevole della magistratura<sup>45</sup>, che torna ad avere l'ultima parola nel giudicare le controversie sulla responsabilità medica<sup>46</sup>.

La prova del nesso di causa è invece incentrata sul *but for test*, che consiste nel provare che un evento non si sarebbe verificato senza la condotta dell'agente: nel caso *Barnett c. Chelsea*, un guardiano recatosi all'ospedale per crisi di vomito fu rimandato a casa senza essere stato visitato dal medico di turno. Il guardiano morì e, pur essendo stata la sua morte forse evita-

<sup>40</sup> Cfr. *Capraro Industries c. Dickman* [1990] 2A.C.605; *Savage c. South Essex Partnership NHS Trust* [2008] UKHL, 74; *Barnett c. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [1969] 1 QB 428.

<sup>41</sup> *Wilsber c. Essex Area Health Authority* [1986] 3 All ER 801, [1987] 2 WLR 425.

<sup>42</sup> *Bull c. Devon AHA* [1993] 4 Med LR 117 (CA).

<sup>43</sup> Cfr. *Bolan c. Friern HMC* [1957] 2 All ER 118.

<sup>44</sup> *Baxter c. McCann* [2010] EWHC 1330 (QB).

<sup>45</sup> *Bolitho c. City & Hackney Health Authority* [1998] AC 232.

<sup>46</sup> R. Mulheron, *Trumpling Bolam: A Critical Analysis of Bolitho's «Gloss»*, in «Cambridge Law Journal», 69, 2010, 3, pp. 609-638.

bile senza il comportamento negligente del medico, l'assenza di certezza in merito alla sopravvivenza del *de cuius* non è stata ritenuta sufficientemente provata dalla Corte, che riteneva come non fosse stato del tutto escluso che, anche in presenza di una diagnosi tempestiva, il guardiano non avrebbe potuto sopravvivere all'ingerimento di arsenico<sup>47</sup>.

La rigidità del *but for test* è però temperata dall'apertura delle Corti a casi in cui la certezza della causalità sia sostituita dall'alta probabilità<sup>48</sup> e alla soluzione derivante dal chiedere il risarcimento a titolo di perdita di *chances*<sup>49</sup>. La prova del nesso causale resta tuttavia molto difficile da fornire per il danneggiato, che spesso deve combattere contro l'alea della medicina e la difficoltà di superare il dubbio che eventi sopravvenuti possono aver interrotto il nesso eziologico<sup>50</sup>.

In definitiva, le cause per l'accertamento della responsabilità medica comportano scarse possibilità di successo e spesso gli eventi avversi vengono efficacemente gestiti dalla *NHS Litigation Authority* (NHSLA), un organismo no-profit deputato a gestire casi di imperizia medica e richieste di danni nei confronti del NHS. In particolare, questo ente si occupa di gestire reclami clinici e non clinici, trattando le richieste pervenute in modo rapido e tempestivo. Esso ricorre ad un sistema misto di compensazione: le richieste di danno fino a 30.000 sterline sono avviate verso una rapida compensazione attraverso una veloce e snella procedura amministrativa di accertamento della colpa cui segue una proposta transattiva, mentre per le richieste di danno che superino tale cifra si apre una procedura di accertamento della colpa del sanitario con ricorso a diverse forme di ADR (negoiazione, mediazione, ecc.)<sup>51</sup>.

Una volta effettuate le necessarie indagini sul caso, l'Authority prende una decisione in merito alla responsabilità dell'evento e, se del caso, provvede alla liquidazione e quantificazione del danno. Complessivamente il 96% dei contenziosi gestiti dalla NHSLA è risolto mediante la negoziazione, la mediazione ed altre forme di ADR. La procedura di gestione del conflitto/contenzioso è altamente schematizzata tanto che nel gennaio 2007 sono state emanate le linee guida<sup>52</sup> per la gestione dei conflitti dalla loro

<sup>47</sup> «Ritengo che non sia stato stabilito, sulla base delle allegazioni di parte attrice, che la condotta del convenuto abbia, con un alto grado di probabilità, causato la morte del guardiano notturno».

<sup>48</sup> *McGhee c. National Coal Board* [1973] 1 WLR 1.

<sup>49</sup> *Gregg c. Scott* [2005] UKHL 2; *Fallon Wilson* [2010] EWHC 2978 (QB).

<sup>50</sup> Cfr. K. Gromek-Broc e E. Smiroldo, *Duty of Care and Standard of Care nella tutela risarcitoria per responsabilità medica nel common law*, cit.

<sup>51</sup> P. Fenn, A. Gray e N. Rickman, *The Economics of Clinical Negligence Reform in England*, in «The Economic Journal», 114, 2004, 496, pp. F272-F292.

<sup>52</sup> *Clinical Negligence Reporting Guidelines*, 4ª ed., gennaio 2007, [www.nhsla.com/NR/rdonlyres/802566B1-E691-49C5-95A4-CD4FB108CFC/0/ClinicalSchemeReportingButt.doc](http://www.nhsla.com/NR/rdonlyres/802566B1-E691-49C5-95A4-CD4FB108CFC/0/ClinicalSchemeReportingButt.doc).

prima manifestazione, alla istruzione della documentazione, all'esame preliminare, all'eventuale ricorso ad un parere esperto, alla preventiva previsione dei costi relativi al caso (costi da risarcimento e spese legali)<sup>53</sup>.

La maggior parte delle richieste danni derivanti da responsabilità sanitaria sfociano in accordi negoziali raggiunti dagli avvocati delle parti, transazioni, abbandono della lite da parte dell'attore o rinuncia prima dell'inizio del processo. Anche la mediazione costituisce un buon metodo di regolazione delle richieste di risarcimento. Tuttavia, essa non è «alternativa» o «pregiudiziale» al processo, configurandosi piuttosto come un qualcosa di complementare. Sovente si svolge prima dell'inizio della causa e può comportare una definizione della controversia, ma è suscettibile di iniziare in qualunque stato del processo. Se le parti non riescono ad arrivare ad un accordo soddisfacente, il processo continua. La mediazione può collocarsi tra la fine di un processo di primo grado e l'inizio del grado di appello e vi possono partecipare oltre che le parti, anche i loro avvocati. Quando uno dei confliggenti rifiuta di considerare l'utilizzo di uno strumento di ADR su invito del giudice o della controparte costui viene sanzionato sotto il profilo della condanna al pagamento delle spese processuali<sup>54</sup>, anche se vittorioso<sup>55</sup>. Fra gli organismi di mediazione membri del *Clinical Disputes Forum*<sup>56</sup> si possono annoverare il CEDR (*Centre for Effective Dispute Resolution*)<sup>57</sup> e l'ADR Group<sup>58</sup>.

## 5. Belgio

Fino al 2002 il Belgio non disponeva di una legge specifica sui diritti dei pazienti, che erano tutelati dai principi stabiliti nei trattati internazionali, nei principi generali del diritto, nelle disposizioni costituzionali, civili e penali. Con la *Loi relative au droits du patient* del 22 agosto 2002 il legislatore belga ha preferito non integrare i diritti del paziente nella legislazione esistente, ma ha optato per una legge distinta, in modo che le eccezioni a questi diritti riconosciuti come fondamentali fossero limitate, e si ragionasse piuttosto in funzione di una disciplina generale della materia.

<sup>53</sup> La casistica è riportata da V. Pinchi, *Alternative Dispute Resolution, esperienze a confronto*, in «Riv. it. med. leg.», 2009, 3, pp. 579-609.

<sup>54</sup> Cfr. la Part. 44.5, comma 3, lett. a) delle *Civil Procedure Rules*.

<sup>55</sup> *Dunnet v. Railtrack plc* [2002] All ER 850.

<sup>56</sup> Il *Clinical Disputes Forum* è un ente di solidarietà sociale costituito da vari attori nel campo medico e giuridico il cui fine è quello di migliorare le procedure e limitare il contenzioso sanitario, [www.clinical-disputes-forum.org.uk](http://www.clinical-disputes-forum.org.uk).

<sup>57</sup> [www.cedr.com](http://www.cedr.com).

<sup>58</sup> [www.adr-group.com](http://www.adr-group.com).

Con la *Loi relative aux droits du patient* vengono riconosciuti ai pazienti otto diritti: il diritto a ricevere cure di qualità nel rispetto della dignità umana (art. 5), il diritto alla libera scelta del medico (art. 6), a essere informato sul suo stato di salute e sulla sua probabile evoluzione (art. 7), al consenso libero e informato in relazione alla prestazione medica cui sottoporsi (art. 8), a una cartella clinica aggiornata e custodita da poter consultare e estrarne copia (art. 9), alla protezione della vita privata (10) e al diritto di ricevere cure finalizzate ad alleviare il dolore (aggiunto nel 2005)<sup>59</sup>.

Ai sensi dell'art. 11, il paziente ha diritto a denunciare la violazione di uno dei diritti riconosciutigli dalla legge presso la *Fonction de médiation compétente*, la cui organizzazione spetta a una *Commission fédérale* paritetica, composta da 16 membri, tra cui si possono annoverare rappresentanti dei pazienti, degli operatori sanitari, delle strutture ospedaliere e degli assicuratori. A capo della *Commission fédérale* si trova un funzionario nominato dal ministro competente. Nel 2003 è stata pertanto istituita presso il *Ministère des Affaires Sociales, de la Santé Publique et de l'Environnement* la *Commission fédérale «Droit du patient»*, i cui compiti constano nella raccolta ed elaborazione di dati nazionali e internazionali sui diritti dei pazienti, nella consulenza svolta di propria iniziativa o su richiesta del ministro competente (*Service public fédéral, Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement*) riguardo ai diritti e doveri dei pazienti e degli operatori sanitari, nella valutazione dell'attuazione dei diritti espressi nella legge, nella valutazione del funzionamento delle richieste di mediazione e nel gestire i reclami relativi allo svolgimento di una istanza di mediazione.

Il servizio di *médiation fédérale* è istituito presso la *Commission fédérale «Droit du patient»* e consta di 2 mediatori: un francofono e un neerlandese, che vengono nominati dal ministro su proposta della *Commission fédérale*. La loro competenza è residuale, poiché trattano il reclamo nei casi che riguardano cure prestate in strutture ambulatoriali o studi privati, in quei luoghi cioè dove non sia operativa la funzione di mediazione locale, obbligatoria dal 1° novembre 2003 nelle strutture sanitarie<sup>60</sup>. Altro compito dei 2 mediatori è quello di redigere un rapporto finale accessibile al pubblico, che

<sup>59</sup> N. Cobbaut et al., *Gestion des plaintes et médiation en soins de santé. Un bref état de la question en Belgique*, Brussels, Fondation Roi Baudouin, 2009, consultabile al sito [www.chu.ulg.ac.be/upload/docs/application/pdf/2009-02/gestion\\_plaintes\\_et\\_mediation\\_-\\_etat\\_de\\_la\\_question\\_en\\_belg.\\_jan.\\_09\\_2009-02-12\\_09-45-11\\_770.pdf](http://www.chu.ulg.ac.be/upload/docs/application/pdf/2009-02/gestion_plaintes_et_mediation_-_etat_de_la_question_en_belg._jan._09_2009-02-12_09-45-11_770.pdf).

<sup>60</sup> Nel 2008, il difensore civico federale ha ricevuto 482 doglianze e 290 richieste di informazioni (cfr. S. Gryson, M.-N. Verhaegen e V. Debreyne, *Service de médiation fédéral «Droits du patient», Rapport Annuel*, 2008, accessibile al link [www.health.belgium.be](http://www.health.belgium.be)). Inoltre, su un campione di più di 7.000 pazienti intervistati dalla *Socialist Sickness Fund of Patients' Rights*, il 49% di essi è risultato non essere a conoscenza del servizio di mediazione presente all'interno della struttura sanitaria (Socialistische Mutualiteiten 2008), [www.kce.fgov.be/sites/default/files/page\\_documents/kce\\_138c\\_the\\_belgian\\_health\\_system\\_0.pdf](http://www.kce.fgov.be/sites/default/files/page_documents/kce_138c_the_belgian_health_system_0.pdf).

dia conto e illustri i reclami trattati e le raccomandazioni dei mediatori locali, al fine di evitare che si ripetano le manchevolezze evidenziate.

I servizi di mediazione locali sono messi a disposizione gratuitamente dagli ospedali e hanno come fine quello di prevenire l'insorgere di attriti o denunce attraverso la promozione della comunicazione tra il paziente e il professionista, e qualora questi sorgessero, di trovare una soluzione. Se ciò non fosse possibile, la funzione di mediazione locale ha il compito di indirizzare il paziente su come gestire il suo reclamo, in particolare riguardo alle alternative percorribili, e formulare raccomandazioni su come evitare il ripetersi dell'evento che ha dato origine al reclamo (art. 11 della *Loi*). I mediatori sono nominati dal direttore dell'ospedale (*gestionnaire*) e possono anche costituire una sorta di team che raggruppa più ospedali. I servizi di mediazione locale redigono il loro rapporto annuale che trasmettono alla *Commission fédérale* che ne redige una sintesi, non accessibile al pubblico<sup>61</sup>.

Il servizio di mediazione locale può configurarsi come *interno* all'ospedale oppure *esterno*, in cui cioè il servizio di mediazione è svolto da una persona appartenente a un organismo comune a più strutture sulla base di un accordo scritto che lega più ospedali.

La *Loi* del 2002 era molto vaga nel definire i tratti del mediatore, che restava una figura priva di regolamentazione, sia sul piano delle competenze sia sul piano dell'indipendenza, poiché soggetta a eventuali pressioni di carattere gerarchico<sup>62</sup>.

Due *arrêts royaux* hanno sancito l'incompatibilità del ruolo di mediazione con altre funzioni, quali la funzione dirigenziale o di quadro in una struttura sanitaria, l'esercizio di una professione annoverabile tra quelle che rientrano nella categoria degli operatori sanitari e l'appartenenza a un'associazione che ha come obiettivo la difesa degli interessi del paziente. Ciò si discosta dall'esperienza italiana, dove il mediatore operante all'interno della struttura sanitaria fa già parte dell'organico e riceve una formazione ulteriore, che gli consente di adoperare consapevolmente le tecniche di mediazione.

Questa indefinitezza delle funzioni di mediatori comporta differenze sostanziali nel loro modo di operare da struttura a struttura. La terzietà comporta la configurazione di un ruolo ontologicamente affine a quello di un arbitro, in una logica di gestione dei reclami che dovrebbe portare ad una deflazione del contenzioso giudiziario<sup>63</sup>. L'arbitro o il giudice sono tuttavia terzi in un modo differente, poiché il loro riferimento alle norme applica-

<sup>61</sup> [www.belgium.be/fr/actualites/2012/news\\_1er\\_septembre\\_2012.jsp?referer=tcm:116-196124-64-a2](http://www.belgium.be/fr/actualites/2012/news_1er_septembre_2012.jsp?referer=tcm:116-196124-64-a2).

<sup>62</sup> La legge è stata da ultimo modificata dalla *Loi 17 mars 2013, Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*.

<sup>63</sup> Cfr. Rapporto annuale di Marie-Noëlle Verhaegen, mediatrice federale belga.

bili alla fattispecie in esame valide *erga omnes* li porta a emettere un giudizio di tipo coercitivo: sono cioè *tiers généralisés*. Il mediatore non ha questo potere, non giudica, applica piuttosto delle norme costitutive di una dimensione sociale e/o organizzativa, che evolvono con la complessità dei sistemi cui ineriscono.

I sistemi sociali complessi comportano un'interazione di sistemi normativi di genere diverso, che entrano fisiologicamente in conflitto. Il mediatore, immerso in questo conflitto rivelatore della normatività della regola<sup>64</sup>, affronta il fenomeno in un'ottica di accompagnamento: si tratta di un *tiers réflexif*, che sposta il baricentro della sua riflessione in situazioni complesse<sup>65</sup>, dove rivestono particolare importanza i contrasti comunicativi, sovente originati da modalità di comunicazione piuttosto che dal loro contenuto. Il mediatore in questo caso facilita lo sviluppo delle ragioni soggettive delle parti e, attraverso il meccanismo dell'argomentazione, le porta al riconoscimento della complessità di situazioni, cosa che costituisce il primo tassello per trovare un accordo. Le riflessioni di Elisabeth Volckrick portano a condividere che la mediazione può funzionare soltanto se sono prese in considerazione le dimensioni sociale e comunicativa<sup>66</sup>.

Per quanto riguarda la tutela dei pazienti vittime di un evento avverso, la dottrina ha da tempo sottolineato l'inadeguatezza della responsabilità civile individuale a rispondere ai danni provocati dalle infezioni nosocomiali e da tutti quegli incidenti che rientrano nel novero dell'alea terapeutica, ineliminabile dai contesti ospedalieri<sup>67</sup>. Infatti in Belgio, come del resto in Francia, autorevoli studi hanno dimostrato che la responsabilità civile non ha nessuna vocazione a lenire l'insieme delle sofferenze e dei danni patiti dai pazienti. A queste istanze si riferì per la prima volta la *Loi relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé*<sup>68</sup> del 15 maggio 2007, mai entrata in vigore a causa dell'esclusione della possibilità di ricorrere al giudice e dell'incoerenza del sistema che avrebbe posto in essere. Con la

<sup>64</sup> M. Hunyady, *La vertu du conflit. Pour une morale de la médiation*, Paris, Ed. Cerf, coll. Humanités, 1995.

<sup>65</sup> Tali situazioni sono tipiche della medicina: è questo, ad esempio, il caso delle discussioni sull'eutanasia, l'aborto, la bioetica, la fecondazione assistita per le coppie omosessuali, in cui la dimensione etica spesso si sovrappone a quella giuridica.

<sup>66</sup> «S'il y a bien dans la tâche du médiateur l'ambition de mieux faire fonctionner un système organisationnel de soins, il n'y a de médiation possible que si les dimensions sociales et communicationnelles sont prises en considération». E. Volckrick, *Les fonctions sociales de l'institution de la médiation dans les Services Publics*, in «Plainte et Médiation, Les Cahiers des Sciences Administratives (CSA bilingue)», n. 15, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2008, pp. 15-20.

<sup>67</sup> Cfr. J.L. Fagnart, *La réparation des accidents médicaux. Proposition de réforme*, in *Responsabilité et Accidents médicaux*, a cura di T. Vansweevelt e J.L. Fagnart, Anvers, Mys & Breesch, série Recht en Gezondheidszorg, 1996, pp. 53 ss.

<sup>68</sup> Legge pubblicata sul «Moniteur Belge» del 6 luglio 2007.



*Loi relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé*<sup>69</sup> del 31 marzo 2010 il legislatore belga attua un sistema più armonioso, che trapianta il modello francese concepito con la *Loi Kouchner* del 2002, di cui si dirà fra breve. Pur non sanzionando i casi dove manchi il consenso informato, aporia quest'ultima sottolineata già in dottrina<sup>70</sup>, la *Loi* 31 marzo 2010 fonda un «diritto dell'avvenire», applicabile ai pazienti danneggiati in futuro: l'indennizzo degli incidenti sanitari non originati da colpa è accordato attraverso l'attuazione di una procedura di composizione amichevole delle controversie e la costituzione di un *Fonds des accidents médicaux*, senza tuttavia eliminare la possibilità di ricorrere al giudice. Il pregiudizio preso in conto dal Fondo di solidarietà nazionale belga riguarda i pregiudizi anomali e di una certa gravità. Questa riforma segna un cambiamento radicale nella filosofia con cui lo Stato si rapporta al trattamento giuridico degli eventi avversi. Il Fondo, che ha incominciato a essere operativo dal 1° settembre 2012, deve essere adito tramite lettera raccomandata entro cinque anni dal verificarsi del danno, o al più tardi dopo venti anni dal verificarsi del fatto che ha provocato il danno. Il ricorso alle vie giudiziarie è consentito, ma preclude l'indennizzo da parte del Fondo, mentre non è vero il contrario. Entro sei mesi dalla recezione della domanda di indennizzo, e previo esame della documentazione fornita dal danneggiato, il Fondo rende un parere motivato, che può portare a individuare una responsabilità con colpa o senza colpa, oppure sancire che la richiesta non appartiene a nessuna di queste due categorie. Se il Fondo ritiene di dovere intervenire, entro tre mesi dalla notifica del suo parere motivato, effettua un'offerta di indennizzo. Le difficoltà dell'applicazione della legge nascono sul piano della colpa. Come distinguere un danno iatrogeno da uno endogeno, imputabile all'evoluzione della malattia? Come tracciare il confine tra l'alea terapeutica e il rischio di un intervento andato male? In questo contesto incerto manca tuttavia un riferimento esplicito al ruolo del consenso informato, che resta disciplinato dalla *Loi relative aux droits du patient* del 22 agosto 2002.

## 6. Francia

L'inefficacia del tradizionale binomio assicurazione-responsabilità civile in Francia è stato risolto con il passaggio ad un *no-fault system*, istituito con la *Loi* 2002-303 del 4 marzo 2002 relativa *aux droits des malades et à*

<sup>69</sup> Legge pubblicata sul «Moniteur Belge» del 2 aprile 2010.

<sup>70</sup> Questa mancanza già era stata sottolineata in dottrina: «Si l'absence de consentement (éclairé) n'est pas sanctionnée, on ne voit plus ce que vient faire en notre matière la catégorie du contrat, que l'on définit comme un échange de volontés». Cfr. X. Dijon, *Le Sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier, 1982, spec. p. 488.



la *qualité du système de santé*, detta *Loi Kouchner* dal nome del ministro proponente. L'approvazione della norma fu preceduta da un ampio dibattito dottrinale<sup>71</sup>, che oscillava tra la mutazione dell'attività del sanitario da obbligazione di mezzi a obbligazione di risultato, l'idea di creare un fondo di garanzia e la sistemazione della materia nell'ambito della *sécurité sociale*. Secondo le previsioni di questa legge il paziente viene risarcito in caso di danno dovuto ad alea terapeutica. Il campo di applicazione della legge riguarda i casi in cui non è possibile dichiarare una responsabilità professionale del medico. Il sistema, che è gestito a livello centrale dall'*Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* (ONIAM), si avvale di Commissioni regionali di conciliazione e indennizzazione (CRCI) incaricate di facilitare la composizione amichevole delle controversie relative agli eventi avversi, ai danni iatrogeni e alle infezioni nosocomiali, così come ai conflitti tra pazienti e operatori sanitari, strutture o organismi che producono prodotti sanitari. Questa legge si ispira alla *Loi Badinter* del 5 luglio 1985, relativa agli incidenti della circolazione stradale.

Le Commissioni sono anche incaricate di fornire un parere sulle cause, la natura e la gravità del danno subito dal paziente. Il parere può determinare sia l'inizio della procedura di indennizzo, sia indirizzare il paziente verso i binari dell'esercizio dell'azione civile nei confronti del medico o della struttura sanitaria. Tale azione è comunque preceduta da un procedimento tra l'assicurazione del medico o della struttura sanitaria e il danneggiato o i suoi aventi causa, al fine di trovare un accordo in punto di *quantum*<sup>72</sup>. L'intera procedura è gratuita, e non può durare più di undici mesi: non è infatti necessario il patrocinio di un avvocato e l'ONIAM si assume i costi delle consulenze tecniche d'ufficio.

A differenza del Belgio, i pazienti sono stati espressamente riconosciuti come destinatari di un diritto all'informazione e all'autodeterminazione, che trova un limite solo nel caso di malattie trasmissibili: in base all'art. L 1111-2 del *Code de la santé publique* il medico non deve rispettare la volontà del malato di essere tenuto all'oscuro di una patologia sessualmente

<sup>71</sup> Cfr. V. Andrei, *Assicurazione e responsabilità medica in Francia*, in «Danno e resp.», 2000, 1, pp. 16-26; C. Amodio, *Il modello francese di indennizzo dei danni no fault connessi all'attività sanitaria* (breve note a proposito della *Loi* n. 2002-303), in «Riv. crit. dir. priv.», 2003, 4, pp. 745-758; nella letteratura francese, per tutti, G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2011, pp. 415 ss.

<sup>72</sup> L'offerta della compagnia assicuratrice può anche essere inferiore al dovuto, ma qualora il giudice ne accerti l'incongruenza con il pregiudizio sofferto, l'ente assicuratore è condannato a pagare il risarcimento più una penale. La penale può essere fino al 15% più alta del risarcimento che spetterebbe alla vittima. Cfr. CAA Nantes, 3ème chambre, 10 marzo 2011, n. 09NT02681. L'unione degli assicuratori ha depositato a questo proposito una *question prioritaire de constitutionnalité* che la *Cour de Cassation* ha rifiutato di trasmettere.

trasmissibile, sulla base del presupposto che la consapevolezza del paziente protegge l'incolumità del terzo.

La *Loi Kouchner* non prevede la presentazione di scuse, ma non lascia al medico possibilità di omettere alcuna informazione al paziente riguardo al decorso della sua malattia, risarcendolo attraverso un Fondo nazionale appositamente costituito proprio per quei casi in cui «non è colpa di nessuno»<sup>73</sup>.

Il modello francese è sicuramente un modello innovativo, il cui prestigio ha influenzato il sistema giuridico limitrofo belga.

Le principali criticità della soluzione attuata in Francia, oltre alla soglia di invalidità permanente decisamente alta (pari o superiore al 24%) necessaria al paziente per rientrare nel campo di applicazione della *Loi Kouchner*<sup>74</sup>, sono legate alla diminuita funzione di deterrenza della responsabilità civile, che può portare ad una sostanziale deresponsabilizzazione dei medici, anche se questo inconveniente sarebbe attenuato dalla facoltà di regresso dell'ONIAM nei confronti degli operatori e delle strutture sanitarie<sup>75</sup>: a dieci anni dall'adozione della norma, il successo della procedura è generalmente riconosciuto. Il numero dei ricorsi alle Commissioni regionali è passato dai 1.907 del 2003 ai 4.117 del 2010<sup>76</sup>. Una questione irrisolta riguarda la difficoltà di rientrare nel campo di applicazione della legge: molte vittime di incidenti sanitari si trovano esclusi dalla procedura perché il danno grave e anormale non esula dalla colpa del sanitario. Infatti, il sistema previsto dalla *Loi Kouchner* «ne fonctionne qu'en cas d'impossibilité de déclarer une responsabilité médicale». Le Commissioni regionali di conciliazione favoriscono la scelta della via di composizione amichevole delle vertenze tra medico e paziente, anche se quest'opzione rappresenta meno dell'1% delle richieste di indennizzo<sup>77</sup>. Le Commissioni forniscono anche un parere preliminare che consente al paziente di essere istradato verso una richiesta danni al medico o alla struttura sui binari della responsabilità civile oppure di seguire la procedura di indennizzo attuata con la *Loi Kouchner*.

In riferimento al conflitto relazionale, particolare importanza riveste in Francia la *médiation médicale*, instaurata in seno alle *Commissions des Relations avec les Usagers et de la Qualité de la Prise en Charge* (CRUQPC)

<sup>73</sup> Cfr. l'art. 1142-1 del *Code de la santé*, così come modificato dall'art. 112 della *Loi* n. 2009-526 del 12 maggio 2009: «Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère». Il campo di applicazione della norma riguarda tuttavia i casi di invalidità permanente superiore al 25%.

<sup>74</sup> La decisione del legislatore corrisponde alla scelta politica di risolvere rapidamente gli incidenti più gravi.

<sup>75</sup> Cfr. L. Nocco, *Un no-fault plan come risposta alla crisi della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'alternativa francese a dieci anni dalla sua introduzione*, in «Riv. it. med. leg.», 2012, 2, pp. 449-470.

<sup>76</sup> Cfr. Rapport ONIAM, 2010, disponibile al sito [www.oniam.fr](http://www.oniam.fr), p. 6.

<sup>77</sup> Cfr. Rapport CNAMED, 2010, pp. 39 ss.

dall'art. L1112-3 del *Code de la santé publique*. Pur in pendenza di una procedura di indennizzo o giudiziaria, è possibile ricorrere al *médiateur médecin*, che è competente a trattare le denunce o i reclami che riguardano l'organizzazione delle cure e il funzionamento del sistema, mentre il *médiateur non médicale* (entrambi previsti e regolamentati dal *décret* n. 2005-213 del 2 marzo 2005), conosce le questioni estranee a questi ambiti. La ricevibilità di questa domanda di mediazione, scritta od orale, è subordinata al consenso dell'avente diritto e alla verifica da parte del mediatore dell'esistenza o dell'eventualità di pregiudizi medici. Il mediatore, il cui mandato è di tre anni, può essere adito anche dal rappresentante legale della struttura sanitaria e dall'autore del reclamo. Gli incontri avvengono in un primo momento separatamente, e solo successivamente si svolgono alla presenza del fruitore del servizio sanitario e degli operatori sanitari, in un contesto neutro e riservato. Entrambe le parti possono essere accompagnate e il numero dei partecipanti può aumentare qualora il mediatore lo ritenga opportuno e individui qualche altro soggetto non rappresentato ma implicato nel caso in esame. In ogni caso il mediatore mette il responsabile legale della struttura sanitaria a conoscenza dell'iter intrapreso e si occupa di dare notizia dell'origine del reclamo alla CRUQPC. Alla fine dell'incontro, il mediatore redige un resoconto della procedura di mediazione, eventualmente in collaborazione con i configgenti, e la trasmette alla CRUQPC. Questo documento può costituire un mezzo di prova in una futura procedura contenziosa o conciliativa.

## 7. I paesi scandinavi

I paesi del Nord Europa conoscono un sistema sociale nettamente differente rispetto ai modelli sia di *common* che di *civil law*. In particolare, il cosiddetto modello scandinavo è informato al principio di solidarietà universale<sup>78</sup>. Tale principio trova la massima espressione nel sistema di *welfare* che fa perno sulla creazione di assicurazioni obbligatorie per tutti, non legate a contribuzioni di tipo lavorativo<sup>79</sup> ma bensì alla residenza o alla cittadinanza, garantendo così a tutti gli affiliati medesime condizioni di accesso ai servizi sociali<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Per un panorama dei sistemi scandinavi di sanità si veda *Nordic Health Care Systems: Recent Reform and Current Policy Challenges*, a cura di J. Magnussen, K. Vrangbeak e R.B. Saltman, New York, McGraw Hill, 2009.

<sup>79</sup> Il sistema di compensazione del modello scandinavo prevede quattro macro ambiti di intervento: incidenti automobilistici, danni dei pazienti, danni farmaceutici e danni sul lavoro.

<sup>80</sup> In questi Stati, anzi, il livello di tutela dei diritti sociali è più elevato che altrove in Europa e si sviluppa principalmente grazie ad un alto grado di imposizioni fiscali, calcolato in ragione degli interventi pubblici previsti, coniugato ad alti tassi di efficienza e di equità, così A. Sapir, *Politiche sociali efficaci al passo della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 1033 ss.

Un'altra caratteristica di questi sistemi consiste nella quasi totale incompetenza delle Corti ordinarie rispetto alle controversie in materia di *welfare*, che sono invece devolute ad organismi amministrativi indipendenti.

L'assicurazione dei pazienti nasce in Svezia negli anni Settanta, e più precisamente il 1° gennaio 1975, sulla base di un accordo contrattuale che dal 1° gennaio del 1997 è divenuto obbligatorio per tutti i residenti. In Finlandia l'assicurazione dei pazienti è obbligatoria dal 1987 mentre in Norvegia dal 1988, anche se in questo paese l'assicurazione dei pazienti è valida solamente per i ricoveri e gli interventi avvenuti in ospedale.

Le ragioni alla base dell'introduzione dell'assicurazione obbligatoria dei pazienti nei paesi scandinavi sono da ricercare nelle difficoltà incontrate dai danneggiati nell'ottenere dei risarcimenti congrui, connessi ai lunghi tempi delle azioni relative ai casi di *malpractice* medica e ai problemi legati alla determinazione del soggetto cui spetta l'onere della prova in giudizio. Gli obiettivi di questo tipo di assicurazione sono da un lato quello di garantire risarcimenti congrui tramite l'esatta valutazione delle ripercussioni delle azioni dannose dei medici, dall'altro quello di accelerare la liquidazione delle richieste di risarcimento rendendole più semplici e meno costose alleviando nel contempo il carico di lavoro dei tribunali.

Le assicurazioni sono essenzialmente caratterizzate da tre parti in causa (paziente-medico-assicurazione) ed includono elementi propri di assicurazioni contro gli infortuni e di assicurazioni per responsabilità.

Il titolare della polizza stipula un contratto con l'assicuratore (molto spesso si tratta di una società mutua assicuratrice), al quale vanno indirizzate le richieste di risarcimento quando si reputa di essere stati danneggiati da un errore medico. Sarà quindi la stessa assicurazione (personale o nazionale) a risarcire il danneggiato. Questo tipo di assicurazioni garantisce che i danni da *malpractice* medica siano sempre risarciti, anche laddove non sia possibile imputare al medico un errore. In pratica il sistema prevede che l'intera società e non i singoli professionisti o strutture sanitarie supportino il rischio dell'errore medico. Il premio da pagare per questo tipo di polizze varia, infatti, rispetto alle caratteristiche della popolazione assicurata. In Svezia, ad esempio, dipende da quelle della popolazione della provincia per cui ci si vuole assicurare.

Dal punto di vista dei pazienti, il vantaggio di queste polizze consiste nell'ottenere risarcimenti più veloci e più frequenti, spesso con l'ausilio degli stessi medici che li aiutano a fornire la prova della validità del loro diritto. Per contro lo svantaggio cui può andare incontro il paziente è quello di risarcimenti standardizzati non parametrati alle peculiarità del caso specifico. Dal punto di vista del medico i vantaggi consistono soprattutto nella mancanza di una effettiva necessità di assicurarsi per la responsabilità professionale, così come in un basso pericolo di compromissione della reputazione dovuto alle citazioni in giudizio. Dal punto di vista dell'assicuratore, infine, si sono avuti ottimi risultati nel rapporto sinistri/premi, e ciò è in parte do-

vuto alla grande flessibilità di questo tipo di assicurazioni che consente una pronta adattabilità degli importi risarciti, sulla base dei dati forniti della esperienza passata assicurati da un costante monitoraggio.

Nell'ambito del tema che qui propriamente si discute si segnala l'esperienza danese di risoluzione delle controversie in ambito medico, in quanto offre l'opportunità di analizzare uno dei modelli di ADR sanitarie più efficaci nel panorama europeo. Il modello danese di gestione della *malpractice* medica si sviluppa alla luce delle influenze legate alla visione scandinava del modello sociale, dove responsabilità individuale e pubblica si sommano ad un alto grado di tutela degli utenti<sup>81</sup>.

Il sistema sanitario danese è strutturato secondo una ripartizione di competenze tra Stato e regioni che prevede l'esclusività regionale<sup>82</sup> per quanto concerne l'organizzazione ed in certa misura la giurisdizione in materia sanitaria, mentre le funzioni di direzione e finanziamento ed il sistema di «vigilanza» si concentrano a livello nazionale.

La sanità è finanziata dallo Stato centrale attraverso le contribuzioni fiscali che servono, oltre che alla gestione di personale, strutture, ecc., soprattutto, ad alimentare il sistema di *compensation*<sup>83</sup>. Il modello danese prevede, infatti, che la copertura dei rimborsi dovuti a causa di *malpractice* medica sia interamente sostenuta da una sorta di assicurazione danni nazionale che viene finanziata direttamente attraverso i contributi fiscali e che opera indipendentemente dalle eventuali azioni legali promosse dai pazienti nei confronti dei medici. Il primo schema di «assicurazione dei pazienti» è stato introdotto in Danimarca nel 1992 con la legge denominata KEL<sup>84</sup>, che è stata recentemente riformata<sup>85</sup>. Il sistema garantisce il risarcimento ogni qual volta si verifichi un danno per il paziente, sia che esso sia accertato giudizialmente sia che sia accertato dalla assicurazione.

Questa forma di assicurazione serve a coprire le strutture pubbliche come quelle private, le quali finanziano a loro volta il sistema, attraverso contratti autonomi. Inoltre, all'assicurazione nazionale si sommano le assicurazioni private direttamente finanziate dai singoli cittadini.

<sup>81</sup> Si veda M. Hartlev, *Forwards or Backwards? New Direction in Danish Patients' Rights Legislation*, in «European Journal of Health Law», 2011, 18, pp. 365-374.

<sup>82</sup> La Danimarca si divide in 5 regioni, con un assetto semi-federale che comporta la devoluzione alle regioni solo di alcune competenze.

<sup>83</sup> Si veda B. von Eyben, *Alternative Compensation System*, in «Scandinavian Studies in Law», 41, 2001, pp. 193 e 201-202.

<sup>84</sup> Si veda la legge sul diritto a richiedere e ottenere una compensazione nel sistema sanitario (*Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvaesenet*), legge n. 706, del 25 giugno 2010.

<sup>85</sup> R.G. Joorstad, *The Norwegian System of Compensation to Patients*, in «Med. & Law», 2002, 21, pp. 681 e 683, il quale sottolinea che le leggi speciali sono più idonee a gestire il tema della colpa medica.

Questo schema garantisce dunque ai pazienti due forme principali per ottenere un risarcimento del danno in ambito medico. Infatti, è sempre possibile attivare una richiesta di risarcimento per danni, rivolgendosi all'assicurazione nazionale per i pazienti o alla propria assicurazione privata<sup>86</sup>, ovvero è possibile esperire un'azione giudiziaria per *malpractice* nei confronti del medico o del sanitario.

Nell'ambito della risoluzione delle controversie in ambito sanitario il sistema è quindi duplice: nei casi che definiremo di *malpractice* medica grave, ovvero casi di responsabilità sanitaria che comportano risarcimento del danno dovuto ad errore medico, la risoluzione della controversia è affidata ad una giurisdizione speciale regionale, che si occupa della liquidazione del danno secondo lo schema delle assicurazioni; nei casi che invece comporteranno solo un risarcimento, che in ottica nostrana potrebbe assimilarsi ad indennizzo simile al sistema RC auto, esso sarà liquidato direttamente dalla assicurazione nazionale o da quella privata, senza necessità di esperire un'azione legale.

Deve inoltre segnalarsi che i tribunali dedicati ai casi di *malpractice* non sono tribunali ordinari, bensì amministrativi, tanto è vero che il giudizio in merito alla liquidazione del danno si fonda su un rigoroso parametro scientifico di corretta esecuzione del proprio dovere da parte del medico, il quale si basa su di una nozione di colpa/negligenza, tipica del sistema scandinavo, diversa dalla nostra: la responsabilità personale, laddove genera danno all'altro crea un obbligo alla compensazione, obbligo di cui si fa carico anche l'autorità pubblica.

Il sistema non sviluppa, infatti, la teoria del nesso causale tra colpa e danno alla stregua dei modelli di *civil law*, ma si attaglia ad un'analisi rigorosa dei fatti (spesso anche alla luce di valutazioni successive rispetto all'accadimento) secondo tre parametri molto rigidi. I giudici accorderanno il risarcimento ogni qual volta lo standard dell'*experienced specialist*, non sarà rispettato (tuttavia la nozione non è assimilabile a quella conosciuta dal nostro diritto, rivolgendosi ad uno standard più basso di perizia rispetto a quello cui siamo abituati, più vicino al concetto di linee guida), laddove vi sia un danno connesso al malfunzionamento delle apparecchiature mediche (in questo caso il risarcimento viene erogato di default) ovvero secondo il criterio della *alternative cure rule*, in tutti i casi in cui una cura alternativa avrebbe avuto maggiori garanzie di successo.

<sup>86</sup> M.M. Mello, D.M. Studdert, E.J. Thomas, C. Yoon e T.A. Brennan, *Who Pays for Medical Errors? An Analysis of Adverse Event Costs, the Medical Liability System, and Incentives for Patient Safety*, in «Journal of Empirical Legal Studies», 2007, 4, pp. 835-860, i quali in questo studio sottolineano come il costo degli eventi avversi non incentiva le strutture sanitarie ad investire in sicurezza, soprattutto quando queste riescono ad esternalizzarne la massima parte attraverso la stipula di contratti di assicurazione che li coprano.



Questi criteri che possono apparire rigidi, vengono bilanciati dall'operare delle assicurazioni pubbliche nazionali, che garantiscono il professionista da qualsiasi «attacco personale». Questo sistema non mira, infatti, a punire e/o sanzionare disciplinarmente il professionista negligente, quanto piuttosto a garantire l'utente in caso di danno, attraverso la garanzia di un risarcimento.

I criteri sopra menzionati vengono pertanto applicati sia nel caso di una richiesta esperita innanzi all'assicurazione nazionale, per verificare la necessità di erogare il risarcimento o meno, sia dai giudici in caso di controversia esperita dinnanzi ad una Corte. Essendo le due richieste non sovrapponibili i danneggiati devono tuttavia scegliere uno dei due modelli alternativi di *compensation*, tenendo presente che nel sistema giudiziario l'onere della prova spetta comunque a chi propone l'azione, onere che non deve essere assolto dinnanzi all'assicurazione nazionale.

Nonostante l'ampia possibilità di ottenere un risarcimento in caso di *malpractice* medica, il modello si concentra, anche e soprattutto, sulla prevenzione delle controversie, attraverso un sistema di risoluzione parallelo che non si associa o abbina al percorso risarcitorio, ma che si fonda su un approccio di ascolto e mediazione.

Alla luce dell'impostazione del sistema risarcitorio in caso di *malpractice* medica non sorprende che nei paesi scandinavi l'insorgenza di controversie giudiziarie sia molto più bassa che nel resto d'Europa<sup>87</sup>. Questo dato è strettamente connesso all'operare delle assicurazioni nazionali, che assorbono tutto il contenzioso meno grave, nonché è supportato dal secondo elemento che connota il sistema di risoluzione delle controversie danese: il celebre Ombudsman. Infatti, per tutte le controversie che insorgono nell'ambito della violazione dei diritti dei pazienti che non causino danni, è competente anche il *Patientombuddet* (Agenzia nazionale per i diritti dei pazienti), un organismo di conciliazione che opera su scala nazionale.

Il *Patientombuddet* è un organo competente per la risoluzione dei conflitti tra medico e paziente nonché per le dispute riguardanti i risarcimenti da parte della *Patient Insurance Association*.

In tutti i casi in cui dalla *malpractice* non è derivato un danno al paziente, ma uno dei suoi diritti sia comunque stato violato, è possibile rivolgersi a questo organismo di conciliazione. Questo organismo non garantisce un risarcimento, il quale laddove ne sussistano le condizioni, è erogato dall'assicurazione nazionale, ma è un vero e proprio organismo nazionale che gestisce i reclami dei pazienti nei confronti di professionisti e strutture ospedaliere.

<sup>87</sup> Tuttavia è significativo segnalare che negli ultimi anni i casi di ricorso giudiziale in ambito medico sono aumentati notevolmente. Da 5.519 casi nel 2008 a 7.849 nel 2010. Per queste informazioni si veda il sito [www.patientforsikringen.dk](http://www.patientforsikringen.dk).



In effetti, questo procedimento non è obbligatorio, tuttavia è connotato da una struttura rigida, nazionalizzata che si svolge secondo le regole ispiratrici delle ADR di matrice americana di cui si è discusso.

Uno dei dati più significativi è che questa procedura non prevede meccanismi sanzionatori diretti nei confronti del professionista il quale, laddove sia riconosciuto come responsabile della violazione di un diritto del paziente non è automaticamente sottoposto a sanzioni di natura disciplinare ma a quella che il sistema definisce *kritik* ovvero una sorta di «nota di biasimo»<sup>88</sup>. Si sottolinea a questo proposito che il sistema ha come obiettivo principale la ricomposizione della controversia sul piano mediativo e non un risarcimento del danno o una sanzione del professionista, che vengono invece garantiti attraverso il sistema di assicurazioni e le Corti specializzate.

Questo modello, se da un lato garantisce che qualsiasi danno sia risarcito, grazie all'operare parallelo delle assicurazioni, dall'altro evita di «pressare» i professionisti garantendo loro una quasi totale immunità da responsabilità, perché i pazienti preferiscono non ricorrere alle Corti e soddisfarsi attraverso l'assicurazione o la mediazione.

Le «critiche» che l'Ombudsman può rivolgere al medico non sono di natura disciplinare e non comportano alcun tipo di conseguenza professionale. Solo laddove esse eccedessero il numero di tre nell'arco di una carriera potrebbero fondare un ricorso disciplinare nei confronti del medico che potrebbe portare al ritiro della licenza professionale.

Il sistema appare, dunque, estremamente garantista: da un lato per gli utenti, che hanno la sicurezza di ricevere un risarcimento in caso di danni e di essere sempre ascoltati in caso di una violazione dei loro diritti da un'autorità nazionale indipendente rispetto alla struttura sanitaria, normativamente strutturata e regolata, dall'altro per i professionisti<sup>89</sup>, i quali non ve-

<sup>88</sup> N. Fenger e M. Broberg, *The Nordic Patient Insurance Schemes: Private Contracts and State Social Policy*, in «International Insurance Law Review», 1993, 1, pp. 408-412, in cui gli autori sottolineano che per comprendere il funzionamento del sistema danese è necessario fare prima una precisazione linguistica. Infatti, in Danimarca, si distingue tra *erstatning* e *godtgørelse*. Il primo concetto fa riferimento alla riparazione di voci di danno che si possono provare e da questa prova interamente dipendono. Il secondo, usato per i danni non patrimoniali alla persona, non presuppone una vera e propria perdita economica (che dunque non va provata) ma allude al carattere «sociale» del risarcimento accordato dall'ordinamento per questo tipo di danni. In tal senso, in queste ipotesi, quanto viene liquidato come risarcimento, corrisponde a quanto sarebbe liquidato in un normale contenzioso di RC auto nel nostro ordinamento.

<sup>89</sup> M. Mikkonen, *Prevention of Patient Injuries: The Finnish Patient Insurance Scheme*, in «Med. & Law», 2004, 23, p. 251, nel descrivere l'esperienza finlandese l'autore sottolinea come scopo del sistema sia capire le ragioni che hanno portato al danno alla persona, senza enfatizzare il biasimo sui soggetti coinvolti mentre, al contrario, si cerca di apprendere dai precedenti errori. Cfr. nella medesima logica del non biasimo e della prevenzione, da angolazioni scientifiche interamente diverse J. Reason, *Human Error*, Cambridge, Cambridge

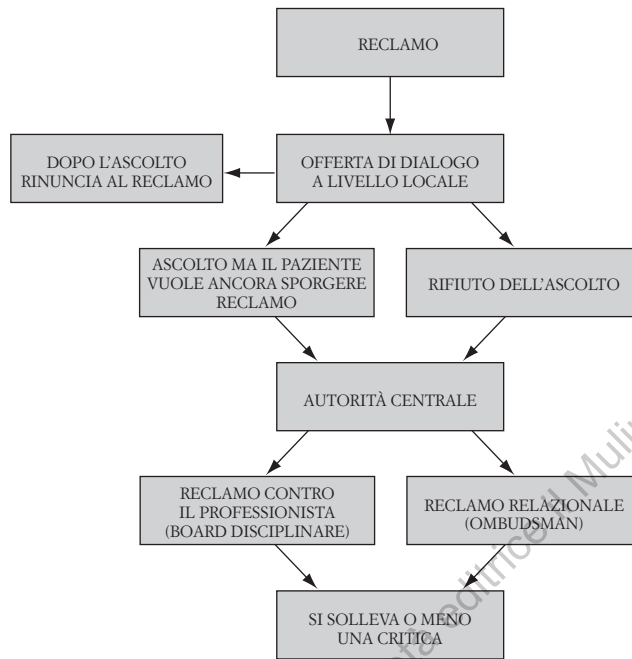


FIG. 1. Schema dei reclami nella sanità danese.

dono messo in discussione il proprio ruolo e non sono obbligati a ricorrere a costosi contratti assicurativi autonomi né alla medicina difensiva. Sotto questo profilo si sottolinea, tuttavia, che proprio la mancanza di sanzioni disciplinari nei confronti dei medici, anche laddove si sia accertata la loro responsabilità, con conseguente «critica», rischia di condurre ad un immobilismo del sistema in termini di qualità.

Si riporta, in figura 1, lo schema di gestione, attraverso i percorsi ADR, dei reclami dei pazienti, così come definito dalla riforma della KEL danese entrata in vigore il 1° gennaio 2011<sup>90</sup>.

University Press, 1990, nonché V.J. Gawron, C.G. Drury, R.J. Fairbanks e R.C. Berger, *Medical Error and Human Factors Engineering: Where Are We Now?*, in «American Journal of Medical Quality», 2006, 1, pp. 57-67, così come riportato anche in G. Comandé, *Regioni. Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in «Danno e resp.», 2010, 11, pp. 977-988.

<sup>90</sup> Cfr. [www.patientforsikringen.dk/en.aspx](http://www.patientforsikringen.dk/en.aspx).

## 8. Germania

L'esigenza di incentivare forme di composizione negoziata delle controversie in grado di soddisfare le esigenze di deflazionare il contenzioso giudiziario è fortemente avvertita anche in Germania. Il *favor* per la conciliazione è alla base della riforma del 2001 del codice di procedura civile tedesco, il quale ha attribuito al giudice il potere di incoraggiare le parti alla composizione bonaria della lite attraverso un tentativo di conciliazione prima dell'udienza preliminare o di quella plenaria, salvo i casi in cui le parti abbiano già esperito un tentativo di conciliazione in sede stragiudiziale ovvero non ne sussistano i presupposti. In virtù di questo ruolo attivo del giudice circa il 30% dei giudizi si conclude con una conciliazione giudiziale. Le successive modifiche legislative del 2002 hanno poi dotato il giudice del potere di spingere le parti verso la mediazione stragiudiziale, sospendendo il processo se le stesse sono d'accordo.

La Germania presenta storicamente un sistema sanitario afflitto da un numero di contenziosi globalmente molto elevato<sup>91</sup>. Nell'ambito particolare del contenzioso sanitario il suo aumento esponenziale, seguito a ruota da quello dei premi assicurativi, ha determinato negli anni Settanta l'istituzione fra i diversi *Länder* della Germania di due tipi di organismi di conciliazione stragiudiziale: le *Gutachterkommissionen* (Gutk) ovvero Commissioni peritali e gli *Schlichtungsstellen* (Schlst) ovvero Uffici di conciliazione.

Entrambi gli organismi si occupano di accertare l'eventuale responsabilità dei medici attraverso una tempestiva perizia medica<sup>92</sup>. Il primo organismo, che è gestito dall'Ordine dei medici, è la forma di Commissione conciliativa più diffusa a livello nazionale ed è composta da medici dotati di diversa specializzazione oltre che da un giurista con abilitazione all'attività di giudice. Davanti ad essa possono presentarsi esclusivamente il paziente ed il sanitario, eventualmente assistiti dai rispettivi legali. Il secondo invece è nato grazie ad una convenzione tra l'Ordine dei medici e l'associazione delle compagnie assicuratrici e si dota di una Commissione per composizione analoga a quella della Gutk, ma alla procedura conciliativa possono partecipare anche le compagnie di assicurazione. La documentazione sanitaria è acquisita d'ufficio, con sgravio probatorio soprattutto a favore dell'attore. Inizialmente la vicenda sanitaria è esaminata da una Commissione di esperti, individuati di volta in volta sulla base della disciplina medica coinvolta, che

<sup>91</sup> Si consideri che il numero di accessi alle prestazioni sanitarie pro-capite del popolo tedesco era, almeno secondo stime del 2001, il più elevato al mondo. Per ampi riferimenti sul tema S. Wlinker, *Alternative Dispute Resolution. Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, in «Danno e resp.», 2003, 1, pp. 1041 ss.

<sup>92</sup> K.D. Scheppokat e H. Vinz, *Medical Risk and Iatrogenic Injury «Accident Reports» from the North German Schlichtungsstelle (Expert Panel for Extrajudicial Claims Resolution)*, in «Z. Arztl. Fortbild. Qualitätssich.», 98, 2004, pp. 567 ss.

redigono una relazione sulla sussistenza o meno dell'errore medico o della responsabilità in genere della struttura sanitaria. Successivamente, interviene la Commissione conciliativa che mette a punto i fatti e le circostanze e redige una proposta scritta per la composizione della disputa sulla base della *expertise*. Se da un lato la Commissione di esperti medici prende in considerazione il comportamento del medico dal punto di vista tecnico/scientifico, la Commissione conciliativa concentra invece la propria attività sulla composizione di una proposta di conciliazione sulla base delle risultanze della relazione medica.

La Commissione di esperti limita il proprio parere agli aspetti tecnico/scientifici della responsabilità, senza entrare nel merito della materia dell'informazione e degli eventuali vizi di consenso. Entrambe le Commissioni chiudono il caso formulando un parere sulla eventuale sussistenza di responsabilità del sanitario non procedendo però mai alla valutazione del danno: quest'ultimo rimane sempre un elemento di negoziazione diretta tra il paziente e la compagnia di assicurazione. Nelle Schlst il parere sulla responsabilità si completa con una raccomandazione di conciliazione presentata alla compagnia che partecipa ai lavori della commissione. La proposta di conciliazione riguarda soltanto l'*an* e non il *quantum* del risarcimento. Le parti sono libere di non accettare sia l'esito della perizia, sia la proposta: le stesse possono vincolarsi solo a seguito di un accordo di natura transattiva e la negoziazione si svolge tra il paziente e l'assicurazione in base ai risultati della procedura.

Si tratta di una procedura ad adesione volontaria per entrambe le parti (medico e paziente) ed il parere della Commissione conciliativa non costituisce lodo arbitrale, non è vincolante e non preclude la via giudiziale. Il fulcro dell'attività delle Commissioni è la perizia medica, che nel caso delle Gutk è affidata ad un membro della Commissione interna ed i cui costi sono a carico dell'Ordine dei medici, mentre nel caso delle Schlst è affidata per lo più ad un consulente medico esterno e gli oneri sono a carico della compagnia di assicurazione. Del resto, la procedura è completamente gratuita sia per il medico che per il paziente esclusi i costi di eventuali legali da cui le parti ritengano di farsi assistere.

I dati sui lavori delle Commissioni conciliative tedesche sono piuttosto interessanti<sup>93</sup>: essi 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.

<sup>93</sup> K.D. Scheppokat e K. Held, *Results of 903 Settlement Proceedings in Internal Medicine*, in «Dtsch. Med. Wochenschr.», 2002, 6, pp. 253 ss.

Nella maggior parte dei casi, infatti, i pazienti accettano il responso degli organismi sia quando è stata accertata la responsabilità medica, sia quando tale responsabilità sia stata esclusa; risulta inoltre che nei casi in cui i pazienti hanno fatto ricorso alla giurisdizione ordinaria lo scostamento rispetto all'accertamento compiuto in sede stragiudiziale è risultato minimo.

L'attività delle Commissioni si ispira ai principi di competenza, indipendenza e trasparenza e gode di generale consenso e forte credibilità a livello nazionale. Le procedure conciliative inoltre sono gratuite sia per il paziente che per il sanitario, e non sono vincolanti. Un secondo aspetto che caratterizza le conciliazioni tedesche è la loro attitudine alla formazione/informazione delle parti. Infatti, durante la procedura conciliativa il paziente ha modo da un lato, di rappresentare le proprie lagnanze, di comprendere quanto è accaduto all'interno della sua vicenda sanitaria e di colmare le lacune comunicative, il sanitario dall'altra, ha l'occasione per recuperare sia l'attitudine comunicativa con l'assistito, sia di evidenziare/colmare le eventuali lacune tecnico-scientifiche riscontrate.

Un ulteriore vantaggio di queste procedure con riferimento alla tutela dei diritti dei pazienti, consiste poi nel fatto che l'organismo di conciliazione procede all'esame del caso raccogliendo le dichiarazioni delle parti, la documentazione medica e qualsiasi altro elemento utile, in base al principio dell'accertamento d'ufficio, che è assai favorevole per il paziente<sup>94</sup> sul quale non grava alcun onere probatorio.

## 9. Spagna

La riforma del sistema della sanità spagnola avviata nel 1984 attraverso il *Real Decreto* 137, del 12 gennaio 1984 (*Estructuras Básicas de Salud*) ha rivoluzionato il sistema sanitario precedente, puntando su obiettivi di qualità, garanzia, rispetto, accessibilità e gratuità delle cure<sup>95</sup>. Con tale riforma è inoltre iniziato quel processo di devoluzione di competenze alle Comunità autonome che dura sino ad oggi. Dal 2002 la devoluzione di competenze in materia di gestione della salute alle Comunità autonome è quasi totale: esse hanno infatti il compito di implementare e gestire i servizi sanitari, salvo il coordinamento nazionale svolto dal Ministero per la Salute e il Consumo attraverso l'emanazione di una legislazione quadro. Ciò ha permesso alle Comunità di sperimentare soluzioni autonome anche nell'ambito che interessa propriamente questo studio, ovvero la gestione del conflitto nelle strutture sanitarie sia a livello interno che a livello esterno.

<sup>94</sup> S. Winkler, *L'esperienza delle camere conciliative tedesche ed austriache*, in *La responsabilità medica nella Provincia Autonoma di Trento. Il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, a cura di U. Izzo e G. Pascuzzi, Trento, Provincia Autonoma di Trento, 2003, pp. 171-216.

<sup>95</sup> Si veda la *Ley* n. 14/1986, *General de Sanidad*, del 25 aprile 1986.

Le esperienze maturate in seno alle Comunità autonome in materia di mediazione sanitaria sono diverse tra loro e sono state raccolte nel 2005 dal Ministero della Sanità e del Consumo, nel suo rapporto annuale, in cui si sono presentati i primi risultati relativi ad alcuni progetti avviati dalle Comunità nell'anno precedente, in materia di gestione del conflitto sanitario e miglioramento dell'offerta di cure e servizi<sup>96</sup>.

Tra le Comunità che maggiormente si sono avvalse della nuova autonomia organizzativa in materia sanitaria, in un'ottica di miglioramento della qualità delle cure e della creazione di strutture sanitarie più empatiche nei rapporti con i propri dipendenti e i propri pazienti, è stata la Catalogna. In particolare in questa Comunità si è sviluppato un progetto di gestione del contenzioso interno ed esterno alle strutture sanitarie attraverso gli strumenti della mediazione trasformativa, che ricorda da vicino le esperienze italiane che saranno oggetto di analisi specifica nel terzo capitolo di questa ricerca. Deve darsi atto che esistono altre esperienze simili, ma non a tal punto strutturate e integrate in altre Comunità autonome quali Madrid, Castilla la Mancha, Navarra e Baleari.

Prenderemo qui in considerazione l'esperienza catalana proprio per le sue similitudini con quelle delle regioni italiane, soprattutto perché tale esperienza ha prodotto dei risultati significativi nella creazione di un clima di ascolto ed empatia nelle strutture sanitarie della regione.

Come premessa si deve ricordare che in Spagna, già prima della entrata in vigore della legge che istituisce la mediazione civile e commerciale (su cui *infra*), esistevano alcune esperienze di mediazione che si ritrovano nell'ambito delle relazioni di lavoro, di quelle familiari, nelle scuole e nei rapporti tra cittadini nonché in quella che viene definita come mediazione interculturale<sup>97</sup>. Tali progetti hanno lo scopo di creare una cultura della mediazione trasversale, che abbia al centro le parti quali soggetti attivi nella risoluzione condivisa dei propri conflitti e che favorisca il dialogo soprattutto in ambiti «sensibili» che coinvolgono la vita dei singoli.

In Catalogna, già dalla fine degli anni Novanta, si cominciarono ad implementare sistemi di monitoraggio dei rischi aziendali, del grado di soddisfazione dell'utenza e dei professionisti del settore nonché del numero dei risarcimenti per *malpractice* medica, attraverso una serie di iniziative portate

<sup>96</sup> Per informazioni circa i dati statistici ottenuti si faccia riferimento a [www.msc.es/organizacion/sns/informeAnualSNS/docs/2005/Cap2AspeBasicGestCalidadAmbitoSanitario.pdf](http://www.msc.es/organizacion/sns/informeAnualSNS/docs/2005/Cap2AspeBasicGestCalidadAmbitoSanitario.pdf); oppure [www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/docsFOLLETOBAJA.PDF](http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/docsFOLLETOBAJA.PDF).

<sup>97</sup> F.J. Garcia Castano, A. Granados Martinez e R. Martinez Chicon, *Comprendiendo y construyendo la mediación intercultural*, in «Revista Portularia», 2006, 6, pp. 13-27; D. Sales Salvador, *Mapa de situacion de la traduccion/ interpretacion en los servicios publicos y la mediación intercultural en la Comunidad Valenciana y la region de Murcia*, in «Revista española de lingüística aplicada», 2006, vol. Extra 1, pp. 85-110; C. Villagrasa, *La mediación. L'alternativa multidisciplinària a la resolució de conflictes*, Barcelona, Editorial Portic, 2004.



avanti dai sindacati del settore sanitario<sup>98</sup>. Queste inchieste sono state rese pubbliche nel 2002<sup>99</sup> e riproposte anche dal Parlamento catalano<sup>100</sup>, qualche anno dopo. I dati ottenuti hanno mostrato il grado di conflittualità delle strutture sanitarie della regione ed hanno evidenziato il pericolo che la loro cattiva gestione provochi un blocco del sistema stesso, causato da ritardi, risarcimenti, perdita di fiducia, ecc. Sulla scorta di queste riflessioni è stato pertanto avviato un progetto pilota per favorire la cultura della mediazione nelle strutture sanitarie, attraverso l'istituzione di équipes di mediazione (Unidad de Mediación Sanitaria, UMS) in aree ed unità determinate del sistema sanitario catalano.

Il progetto pilota si è sviluppato tra il 2003 ed il 2006 ed è stato finanziato in parte dall'Università di Barcellona, in parte dal Dipartimento di Salute ed in parte da fondi privati. Durante questi anni, stante la necessità di creare una classe di mediatori esperti e specializzati da collocare nelle aziende sanitarie per provvedere alla loro formazione è stato attivato un Master in «Mediación en Organizaciones de Salud. Consultoría en gestión de conflictos»<sup>102</sup>, nonché un «Postgrado en Resolución de Conflictos y Mediación Sanitaria»<sup>103</sup>. Focus di tutto il progetto è quello di creare un modello di empatia nelle strutture sanitarie della Comunità e a questo scopo, a differenza dell'esperienza italiana, il progetto prevede che il mediatore non operi esclusivamente quale terzo neutrale per la risoluzione di un conflitto, piuttosto cerchi di costruire costantemente, insieme ai membri del gruppo in cui lavora, un clima di collaborazione e ascolto che favorisca una soluzione più

<sup>98</sup> Per un esame dettagliato dell'esperienza di mediazione nelle strutture sanitarie spagnole ed in particolare quelle catalane, si veda il lavoro di G. Garcia Marti, promotrice del progetto, a cui va un ringraziamento per i dati forniti a questo studio tra cui: *Mediación en salud: un nuevo paradigma cultural en organizaciones que ciudan (En papel)*, Madrid, Reus, 2012; *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido (En papel)*, Madrid, Reus, 2010; *Sistemas de mediación en organizaciones complejas: el cas de la salut*, in P. Casanovas et al. (a cura di), *Materials del Llibre Blanc de Mediación a Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2008, vol. I, pp. 273-283; *Los programas educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario propuesta de un modelo*, Tesi di dottorato, 2009, disponibile in [www.eprints.ucm.es/9159/1/T30719.pdf](http://www.eprints.ucm.es/9159/1/T30719.pdf).

<sup>99</sup> Informe del Síndic de Greuges, 2002.

<sup>100</sup> Informe del 2005 al Parlament de Catalunya (Sindicat. Síndic de Greuges de Catalunya), 2005.

<sup>101</sup> *Proyecto de Mediación Sanitaria*, UB-Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya.

<sup>102</sup> I corsi sono stati attivati dall'Università di Barcellona, sostenuta dal Dipartimento di Sanità Catalano nonché da diverse istituzioni private. Al primo corso hanno partecipato gratuitamente 31 persone; questi corsi sono ancora attivi e formano diversi specialisti nella gestione dei conflitti sanitari ogni anno.

<sup>103</sup> Il quale dal suo secondo anno di edizione (2005-2006) si intitola *Consultoría y Gestión de Conflictos en Organizaciones de Salud*. Dal 2013 è poi attivo presso l'Università di Barcellona un post grado in mediazione sanitaria aperto a tutti coloro che sono già mediatori.

efficace dei conflitti. Al principio sono state formate 4 unità UMS<sup>104</sup>, finanziate dall'Università della Catalogna, le quali erano composte dai mediatori formati al master, scelti tra il personale che ricopriva posti chiave all'interno delle strutture, al fine di facilitare la diffusione dello strumento. I mediatori oltre a favorire la cultura della mediazione all'interno delle strutture si occupano anche di condurre dei veri e propri incontri di mediazione che si risolvano con un accordo tra le parti. Questo processo si articola in tre fasi: la pre-mediazione, la mediazione vera e propria e la post-mediazione. Nella prima fase avviene il contatto tra colui che lamenta un danno e la struttura (può essere sia un utente sia un professionista) che potrà scegliere se cominciare un percorso di mediazione o semplicemente segnalare il caso perché gli uffici competenti si attivino. Dopo di ciò, se le parti sono in accordo, si fissano gli incontri di ascolto e si cerca una possibile soluzione del conflitto. Naturalmente l'accordo raggiunto per volontà delle parti non è giuridicamente vincolante ed è importante perché può aprire la terza fase, ovvero la post-mediazione, sempre che le parti siano d'accordo. In questa fase i mediatori continuano a monitorare l'accordo, raccolgono questionari da parte degli intervenienti e intervenuti e valutano i risultati ottenuti dagli incontri di mediazione.

Uno degli scopi principali del progetto è, infatti, quello di monitorare e raccogliere dati circa la organizzazione istituzionale della struttura, i processi, la condivisione delle informazioni e la capacità di gestire i conflitti interpersonali<sup>105</sup>. In particolare le UMS sono pensate quali unità che agiscano sia all'interno della struttura sia all'esterno<sup>106</sup>. Ciò permette di concentrarsi sia sul conflitto interaziendale, tra professionisti o all'interno delle équipe mediche, influenzando anche i dirigenti e i responsabili verso modelli di condivisione, sia su quello con gli utenti del servizio, ossia i pazienti.

Ciò che spicca maggiormente nell'esperienza catalana è la sua strutturazione. Il progetto, che attualmente si è «istituzionalizzato» è regolato e garantito<sup>107</sup> attraverso protocolli praticamente in tutte le aziende della regione

<sup>104</sup> Le prime 4 unità furono istituite presso l'Hospital Universitari Vall d'Hebron; il Consorci Sanitari de Terrasa; l'Àmbito de Atención Primaria Costa de Ponent e l'Àmbito de Atención Primaria Centre.

<sup>105</sup> Così J.N. Font, *La mediación en disputas de impericia medica: la solución a la armonización de los intereses a las partes*, in «Revista del colegio de abogados de Puerto Rico. Edición especial», 2001, disponibile in [www.ramajudicial.pr/negmed/Recursos/Documentos CongresoMetAlt\\_Vol62\\_Dic2001\\_Num3\\_y\\_4.pdf](http://www.ramajudicial.pr/negmed/Recursos/Documentos CongresoMetAlt_Vol62_Dic2001_Num3_y_4.pdf); nonché E.M. Monge Baciero e A. Aranzana, *Gestionar positivamente los conflictos en los equipos de atención primaria*, in «FMC», 16, 2009, 1, pp. 1-4.

<sup>106</sup> Tanto è vero che attualmente il percorso formativo si divide in due specializzazioni: *Expertos en consultoría y gestión de conflictos en organizaciones de salud* e *Mediadores sanitarios* (corso di due anni).

<sup>107</sup> Si deve rilevare che ad oggi esiste un Regolamento delle Unità di mediazione, un Codice etico del mediatore, un Protocollo di gestione dei casi, un Formulario confidenziale di

ed il mediatore sanitario è una figura presente e riconosciuta nelle strutture sanitarie della Comunità. Una delle peculiarità consiste nel fatto che la mediazione può anche concludersi con un vero e proprio accordo di mediazione sottoscritto dalle parti, che obbliga le stesse a sottomettersi di nuovo a mediazione qualora il conflitto dovesse tornare a riproporsi, e che consente un monitoraggio preciso nella fase di post-mediazione.

Il progetto catalano continua a tutt'oggi ed i suoi risultati sono davvero interessanti perché dimostrano che l'esperienza delle UMS presenta un enorme potenziale in termini di raccolta dati, elaborazione e, in definitiva, conoscenza dei processi e dei *failures* delle strutture interessate. Ciò consente di mappare gli errori latenti, favorendo la loro emersione attraverso un clima di ascolto ed empatia.

Sulla scorta dei buoni risultati ottenuti da questo progetto, nel 2008 in Catalogna, si sono sviluppate diverse altre esperienze dedicate alla mediazione nell'ambito della risoluzione dei conflitti in sanità: è stato istituito l'Osservatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona (ODM)<sup>108</sup> che si propone di incentivare lo studio e l'attività di mediazione sanitaria e, nello stesso anno, il Consorcio Sanitario Integral (CSI)<sup>109</sup> ha istituito un servizio di mediazione dedicato ai professionisti ed agli utenti nonché uno spazio dedicato alla prevenzione e alla risoluzione alternativa dei conflitti.

Secondo i dati resi pubblici dalla Generalità Catalana in quell'anno nelle strutture sanitarie spagnole si sono avuti 50.839 reclami da parte dei pazienti di cui solo 270 domande giudiziali<sup>110</sup>. Il 61,3% di queste segnalazioni è di natura amministrativa: ritardi, mancanza di personale, mancanza di tatto o di attenzione da parte del personale sanitario, lista di attesa, ecc.<sup>111</sup>.

Secondo la definizione fornita nel *Libro bianco* sulla mediazione per mediazione nell'ambito della salute deve intendersi una

metodologia alternativa para gestionar positivamente conflictos originados por las diferencias en las organizaciones prestadoras de servicios sanitarios donde el mediador facilita, desde la imparcialidad, la creacion de un espacio de dialogo para que las partes en conflicto puedan llegar al entendimiento.

definizione del caso, un Accordo di mediazione con una clausola che vincola a ricorrere alla mediazione in caso di nuovi dissapori, un Formulario di valutazione dei mediatori e della UMS coinvolta.

<sup>108</sup> Di cui è responsabile Gloria Novel Martí. Il sito dell'Osservatorio è consultabile al sito web [www.ub.edu/odm](http://www.ub.edu/odm).

<sup>109</sup> Il Consorzio riunisce diverse aziende ospedaliere regionali per provvedere ai servizi di salute e sociali sul territorio. È stato fondato nel 1983 ed è un ente pubblico senza scopo di lucro. Per informazioni si rimanda al sito web [www.consorci.org](http://www.consorci.org).

<sup>110</sup> Per quanto riguarda le richieste di risarcimento esse possono essere conciliate attraverso un accordo transattivo tra le parti, pre o post instaurazione del giudizio, così come previsto dalla *Ley 30/1992*, che tuttavia non impone la mediazione in materia.

<sup>111</sup> *Libro Blanco de la mediación en Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, 2011; per un commento si veda I. Armadans, A. Aneas, M.A. Soria e L. Bosch, *La mediación en el ambito de la Salud*, in «Medicina Clínica», 2009, 5, pp. 187-192.

Pertanto, prevenzione, educazione e partecipazione delle parti nel conflitto sono gli obbiettivi che si propongono questi progetti. Tuttavia, si deve segnalare che benché le esperienze di mediazione siano piuttosto diffuse sul territorio catalano esse si caratterizzano per differenti modalità organizzative. Alcune aziende ad esempio hanno attivato UMS con mediatori formati presso l'Università di Catalogna, altre hanno istituito équipe interne di mediazione, altre ancora le hanno formate miste. Si registra ad ogni modo una buona qualità della formazione dei mediatori, che devono sempre aver seguito un corso specializzato per poter assumere l'incarico. Tra i principali limiti di queste esperienze rimane il fatto che, seppur presenti in molte realtà, esse non creano una rete unitaria sul territorio e la mancanza di coordinazione non permette di creare un registro regionale degli episodi di mediazione; dato che la maggior parte delle mediazioni si conclude con un accordo verbale e non scritto a cui non fa seguito la fase di reporting di post-mediazione è difficile che i risultati di tali accordi, anche se positivi, possano essere condivisi tra le varie unità.

Tuttavia, le istituzioni catalane sembrano voler proseguire sulla via già tracciata dai progetti qui descritti, confidando nell'uso della mediazione quale strumento di gestione, in particolare, dei conflitti relazionali sia medico-paziente, che medico-struttura. La fiducia espressa verso questo tipo di approccio sembra consolidarsi in un'ottica più generale di utilizzo della mediazione quale processo fondamentale per una società che procede a ritmi sempre più elevati con il moltiplicarsi dei fattori di conflitto stessi (ambientali, gestionali, personali, ecc.).

La mediazione è in ogni caso uno strumento molto frequente nella legislazione spagnola, in particolare nei processi del lavoro dove in molti casi è obbligatorio farvi ricorso prima di adire il tribunale. Oggetto di mediazione sono in via prioritaria le controversie collettive, ma in alcune Comunità autonome trovano risoluzione attraverso lo strumento dell'ADR anche le controversie individuali<sup>112</sup>. Le Comunità autonome, in cui per prime si è assistito alla emanazione di normative riguardanti lo strumento della mediazione, si avvalgono di organismi di mediazione incaricati di trattare specificamente le questioni legate al lavoro. A livello statale, il Servizio interconfederale di mediazione e arbitrato (Servicio Interconfederal de Me-

<sup>112</sup> A.M. Sanchez Duran, *La mediazione civile in Spagna. Novità e sfide*, in «Rivista Mediarres», 2009, 13, pp. 91 ss.; A.M. Sanchez Duran, *La mediazione: un'alternativa... a che cosa?*, in Tavola Rotonda sugli ADR, Congresso Internazionale del Forum Europeo di Mediazione Familiare, *Mediare le famiglie: dai conflitti tradizionali alle nuove problematiche sociali*, 29-30 settembre 2009, pubblicato sul web in [www.europeanforum-familymediation.eu/effim/documents/caserta2006/duran-it.pdf](http://www.europeanforum-familymediation.eu/effim/documents/caserta2006/duran-it.pdf). Sulle diverse prospettive sul conflitto, ancora dello stesso autore, *Relaciones entre Mediación y Derecho: Consecuencias en la Practica y en la Formación del Mediador*, in *Cultura e pratica della mediazione. Atti del III Congresso del Foro Mondiale di Mediazione*, Roma, Edizioni Istituto Carlo Amore, 2000.

diación y Arbitraje, SIMA) offre un servizio gratuito di mediazione per le controversie che esulano dalla sfera di competenza degli organi delle Comunità autonome<sup>113</sup>. La *Ley* 5/2012, del 6 luglio 2012<sup>114</sup> sulla mediazione civile e commerciale, entrata in vigore per effetto del recepimento, tardivo, della direttiva comunitaria 2008/52/CE, ha introdotto la mediazione in materia civile e commerciale anche in Spagna. Gli ambiti in cui essa si applica sono quelli familiari<sup>115</sup>, in particolare per le azioni di separazione e divorzio, quelle commerciali, nelle controversie dei consumatori, e della *propiedad horizontal*<sup>116</sup>.

Il breve excursus qui svolto, sulle soluzioni adottate da alcuni paesi dell'Ue per gestire le richieste risarcitorie in campo sanitario, ben introduce il tema della mediazione in sanità, mostrando quanto questi strumenti possano avere natura e funzionamento diversi in relazione alle esigenze delle

<sup>113</sup> Si deve sottolineare che tutte le regioni autonome spagnole hanno emanato leggi in ambito di mediazione familiare; e segnatamente Andalucía: decreto 37/2012, del 21 febbraio, che approva il Reglamento de Desarrollo della *Ley* 1/2009, del 27 febbraio, regolatrice della Mediación Familiar in la Comunidad Autónoma de Andalucía publicado, in BOJA n. 46, del 7 marzo 2012; *Ley* 1/2009, del 27 febbraio, regolatrice della Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía pubblicata in BOJA n. 50, del 13 marzo 2009. Aragón: *Ley* 9/2011, del 24 marzo, de Mediación Familiar de Aragón, in BOE n. 115, del 14 maggio 2011. Asturias: *Ley* del Principado de Asturias 3/2007, del 23 marzo, de Mediación Familiar, in Boletín Oficial del Principado de Asturias, del 9 aprile 2007. Canarias: *Ley* 15/2003, dell'8 aprile, de la Mediación Familiar, in BOC n. 85, del 6 maggio 2003; *Ley* 3/2005, del 23 giugno che modifica la *Ley* 15/2003, dell'8 aprile, de la Mediación Familiar, in BOE n. 177, del 26 luglio 2005. Cantabria: *Ley* 1/2011, del 28 marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, in BOE n. 99, del 26 aprile 2011. Castilla La Mancha: *Ley* 4/2005, del 24 maggio, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, in BOE n. 203, del 25 agosto 2005. Castilla y León: *Ley* 1/2006, del 6 aprile, de Mediación Familiar de Castilla y León, in BOE n. 105, del 3 maggio 2006. Catalunya: decreto 135/2012, del 23 ottobre che approva il Reglamento de la *Ley* 15/2009, del 22 luglio, de Mediación en el ámbito del derecho privado, in Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya Núm. 6240, del 25 ottobre 2012; *Ley* 1/2001, del 15 marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, in BOE n. 91, del 16 aprile 2001; *Ley* 15/2009, del 22 luglio, de Mediación en el ámbito del derecho privado, in BOE n. 198, del 17 agosto 2009. Comunitat Valenciana: *Ley* 5/2011, del 1° aprile, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, tuttora al vaglio del Tribunal Constitucional per questione di costituzionalità sollevata dal Governo centrale; *Ley* 7/2001, del 26 novembre che regola la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, in BOE n. 303, del 19 dicembre 2001. Galicia: *Ley* 4/2001, del 31 maggio regolatrice della Mediación Familiar, in BOE n. 157, del 2 luglio 2001. Isole Baleari: *Ley* 14/2010, del 9 dicembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears, in BOE n. 16, del 19 gennaio 2011; *Ley* 18/2006, del 22 novembre, de Mediación Familiar, in BOE n. 303, del 20 dicembre 2006. Madrid: *Ley* 1/2007, del 21 febbraio, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, in BOCM n. 54, del 5 marzo 2007. País Vasco: *Ley* 1/2008, dell'8 febbraio, de Mediación Familiar, in BOPV n. 2008034, del 18 febbraio 2008.

<sup>114</sup> La *Ley* 5/2012, del 6 luglio 2012, intitolata *Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in BOE del 7 luglio 2012.

<sup>115</sup> Si segnala che nel 2012 il governo spagnolo ha sottoposto all'esame della Corte generale, un progetto di legge con oggetto la mediazione familiare.

<sup>116</sup> Istituto molto simile al nostro condominio.

single realtà in cui operano. Prima di discutere dei risultati ottenuti tramite l'indagine sulle esperienze di mediazione trasformativa nazionali, si valuterà l'impatto delle novità legislative italiane in tema di mediazione civile e commerciale.

## Bibliografia

### Unione europea

- Appiano, E.M., *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in «Contratto e impresa/Europa», 2009, 1, pp. 59-100.
- Besso, C., *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2012, 3, pp. 862-888.
- Castagnola, A. e Delfini, F., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, Cedam, 2010.
- Giudice, G.N., *Dalla Commissione europea una scelta «flessibile» per il futuro della mediation*, in [www.camera-arbitrale.it](http://www.camera-arbitrale.it), 2005.
- Hatzopoulos, V., *Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgements of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in «CMLR», 2002, 39, pp. 683-729.
- *Financing National Health Care in a Transnational Environment: The Impact of the European Community Internal Market*, in «Wisconsin International Law Review», 2008, 26, pp. 761-803.
- Kock, B.A., *Medical Liability in Europe: Comparison of Selected Jurisdiction*, Berlin-Boston, 2006.
- Pinchi, V., *Alternative Dispute Resolution, esperienze a confronto*, in «Riv. it. med. leg.», 2009, 3, pp. 579-609.
- Porreca, P. e Armone, G., *La mediazione nel sistema costituzional-comunitario*, in «Foro it.», I, 2010, pp. 372-376.
- *La mediazione tra processo e conflitto*, in «Foro it.», V, 2010, pp. 95-100.
- Taruffo, M., *Diritto e trattamento dei conflitti. Alternative al processo e nel processo*, in [www.ricercaitaliana.it/prin/dettaglio\\_completo\\_prin-2004127028.htm](http://www.ricercaitaliana.it/prin/dettaglio_completo_prin-2004127028.htm).
- Varano, V., *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007.
- Vigoriti, V., *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*, in «Contratto e impresa/Europa», 2011, 1, pp. 81-96.
- *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in «Rass. forense», 2012, 2, pp. 319-325.

### Regno Unito

- Bush, L. e Arulkumaran, S., *Clinical Negligence Scheme for Trusts for Maternity Services (CNST)*, in «Current Obstetrics & Gynaecology», 13, 2003, 6, pp. 373-376.
- Donald, A., *Alternative Dispute Resolution: Managing Upsets and Keeping People Safe*, in «Evidence-Based Healthcare & Public Health», 8, 2004, pp. 412-413.
- Fenn, P., Gray, A. e Rickman, N., *The Economics of Clinical Negligence Reform in England*, in «The Economic Journal», 114, 2004, 496, pp. F272-F292.



- Gromek-Brok, K. e Smioldo, E., *Duty of Care e Standard of Care nella tutela risarcitoria per responsabilità medica nel common law*, in «Contratto e impresa/Europa», 2011, 2, pp. 495-524.
- Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Hondius, E.H., *The Development of Medical Liability*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Mason, J.K. e Laurie, G.T., *Law and Medical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 7<sup>a</sup> ed.
- Quick, O., *Medicine, Mistakes and Manslaughter: A Criminal Combination?*, in «Cambridge Law Journal», 69, 2010, 1, pp. 186-203.
- Reason, J., *Human Error*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- Smith, M., *Capping the Cap. Alternate Solutions for Rising Medical Malpractice Insurance Premiums, Patient Safety and Alternative Dispute Resolution*, in [www.amsa.org/hp/MedMal\\_AlternateSolutions.pdf](http://www.amsa.org/hp/MedMal_AlternateSolutions.pdf).
- Stauch, M., Wheat, K. e Tingle, J., *Text, Cases and Materials on Medical Law and Ethics*, London, Routledge, 2012, 4<sup>a</sup> ed.
- Steele, J., *Tort Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Stuyck, J., Terryn, E., Colaert, V. et al., *An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress other than Redress through Ordinary Judicial Proceedings, Final Report, A Study for the European Commission, Health and Consumers Protection Directorate-General*, Leuven, 2007, in [www.ec.europa.eu/consumers/redress/reports\\_studies/comparative\\_report\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf).
- Williams, K., *Medical Samaritans: Is there a Duty to Treat?*, in «Oxford J. Leg. St.», 21, 2001, 3, pp. 395-413.
- *Litigation against English NHS Ambulance Services and the Rule in Kent v. Griffiths*, in «Medical Law Review», 15, 2007, 2, pp. 153-175.
- Zeno-Zencovich, V., *La responsabilità civile*, in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, a cura di G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich e A. Zoppini, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 335-380.

### Belgio

- Cobbaut, N. et al., *Gestion des plaintes et médiation en soins de santé. Un bref état de la question en Belgique*, Brussels, Fondation Roi Baudouin, 2009.
- Fagnart, J.L., *La réparation des accidents médicaux. Proposition de réforme*, in *Responsabilité et Accidents médicaux*, a cura di T. Vanswevelt e J.L. Fagnart, Anvers, Mys & Breesch, série Recht en Gezondheidszorg, 1996.
- *Rapporto belga sulla responsabilità degli ospedali per difetto di organizzazione*, in «Resp. civ. e prev.», 2001, 3, pp. 519-532.
- Genicot, G., *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, De Boeck & Larquier, 2010.
- *Le nouveau régime belge d'indemnisation des dommages résultant de soins de santé*, in «Revue générale de droit médical», 2011, 38, pp. 269-293.
- Leleu, Y.H. e Genicot, G., *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck & Larquier, 2001, pp. 98-138.
- Schamps, G., *Evolution des droits du patients, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: les droits médical en mouvement*, Bruxelles, Bruylant-Paris, LGDJ, 2008.

Volckrick, E., *Les fonctions sociales de l'institution de la médiation dans les Services Publics*, in «Plainte et Médiation, Les Cahiers des Sciences Administratives (CSA bilingue)», n. 15, Bruxelles, Larcier-De Boeck, 2008, pp. 15-20.

#### Francia

*Actes du colloque «Les mutations du droit de la responsabilité suscitées par la procédure de règlement amiable des accidents médicaux»*, 19-20 novembre 2009, Université Lille-Nord de France, in «Revue générale de droit médical», septembre 2010, n. 36.

Amodio, C., *Il modello francese di indennizzo dei danni no fault connessi all'attività sanitaria (brevi note a proposito della «loi» n. 2002-303)*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2003, 4, pp. 745-758.

Andrei, V., *Assicurazione e responsabilità medica in Francia*, in «Danno e resp.», 2000, 1, pp. 16-26.

Dorsner-Dolivet, A., *La responsabilité du médecin*, Paris, Economica, 2006, coll. Pratique du droit.

Hunyadi, M., *La vertu du conflit. Pour une morale de la médiation*, Paris, Ed. Cerf, coll. Humanités, 1995.

Mémeteau, G., *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2011.

Nocco, L., *Un no-fault plan come risposta alla crisi della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'alternativa francese a dieci anni dalla sua introduzione*, in «Riv. it. med. leg.», 2, 2012, pp. 449-470.

#### Paesi scandinavi

Fenger, N. e Broberg, M., *The Nordic Patient Insurance Schemes: Private Contracts and State Social Policy*, in «International Insurance Law Review», 1993, 1, pp. 408-412.

Hartlev, M., *Forwards or Backwards? New Direction in Danish Patients' Rights Legislation*, in «European Journal of Health Law», 18, 2011, pp. 365-374.

Joorstad, R.G., *The Norwegian System of Compensation to Patients*, in «Med. & Law», 21, 2002, pp. 681-683.

Magnussen, J., Vrangbeak, K. e Saltman, R.B. (a cura di), *Nordic Health Care Systems: Recent Reform and Current Policy Challenges*, New York, McGraw Hill, 2009.

Mello, M.M., Studdert, D.M., Thomas, E.J., Yoon, C. e Brennan, T.A., *Who Pays for Medical Errors? An Analysis of Adverse Event Costs, the Medical Liability System, and Incentives for Patient Safety*, in «Journal of Empirical Legal Studies», 4, 2007, pp. 835-860.

Mikkonen, M., *Prevention of Patient Injuries: The Finnish Patient Insurance Scheme*, in «Med. & Law», 2004, 23, pp. 251-257.

von Eyben, B., *Alternative Compensation System*, in «Scandinavian Studies in Law», 41, 2001, pp. 193-202.

Germania

- Neu, J., Scheppokat, K.D. e Vinz, H., *Medical Risk and Iatrogenic Injury «Accident Reports» from the North German Schlichtungsstelle (Expert Panel for Extrajudicial Claims Resolution)*, in «Z. Arztl. Fortbild. Qualitätssich», 98, 2004, pp. 567-574.
- Winkler, S., *L'esperienza delle camere conciliative tedesche ed austriache*, in *La responsabilità medica nella Provincia Autonoma di Trento. Il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, a cura di U. Izzo e G. Pascuzzi, Trento, Provincia Autonoma di Trento, 2003, pp. 171-216.
- *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, in «Danno e resp.», 2003, 1, pp. 1041-1060.

Spagna

- García Castano, F.J., Granados Martínez, A. e Martínez Chicon, R., *Comprendiendo y construyendo la mediación intercultural*, in «Revista Portularia», 2006, 6, pp. 13-27.
- Martí, G.G., *Sistemas de mediación en organizaciones complejas: el caso de la salud*, in P. Casanovas et al. (a cura di), *Materials del Llibre Blanc de Mediació a Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2008, vol. I, pp. 273-283.
- *Los programas educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario propuesta de un modelo*, Tesi di dottorato, 2009, disponibile in [www.eprints.ucm.es/9159/1/T30719.pdf](http://www.eprints.ucm.es/9159/1/T30719.pdf).
- *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido (En papel)*, Madrid, Reus, 2010.
- *Mediación en salud: un nuevo paradigma cultural en organizaciones que cuidan (En papel)*, Madrid, Reus, 2012.
- Sanchez Duran, A.M., *La mediazione civile in Spagna. Novità e sfide*, in «Rivista Mediatrica», 2009, 13, pp. 91-102.
- Villagrasa, C., *La mediación. L'alternativa multidisciplinària a la resolució de conflictes*, Barcelona, Editorial Portic, 2004.

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

## Capitolo quarto

# La mediazione conciliativa in Italia. Dal d.lgs. 28/2010 alle successive modifiche

### 1. *La fonte comunitaria*

Come anticipato nel capitolo precedente, la mediazione così come intesa oggi, è entrata a far parte del linguaggio giuridico dei paesi dell'Ue a seguito dell'emanazione della direttiva 52/2008<sup>1</sup>.

La direttiva è relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale ed il suo obiettivo è quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime, incoraggiando in primo luogo il ricorso alla mediazione nelle controversie transfrontaliere all'interno del territorio dell'Unione europea (ad eccezione della Danimarca)<sup>2</sup>. Dall'ambito di applicazione della direttiva sono escluse la materia fiscale, doganale, amministrativa e la responsabilità dello Stato per atti e omissioni nell'esercizio di pubblici poteri.

Questa direttiva, ampiamente commentata in dottrina<sup>3</sup>, ha dato slancio alla costituzione, in ogni Stato membro, di organismi di mediazione dedicati alla risoluzione delle controversie più diverse, sebbene rientranti nella mate-

<sup>1</sup> 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, in GU L 136 del 24 maggio 2008, pp. 3-8.

<sup>2</sup> Tranne per quanto riguarda i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla legge, art. 1 dir. cit.

<sup>3</sup> Tra i molti si vedano C. Besso, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2012, pp. 862 ss.; AA.VV., *Commento organico alla direttiva 2000/31/CE («direttiva sul commercio elettronico»)*, in «Boll. LUISS Ceradi», 2002; M. Appiano, *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in «Contratto e impresa/Europa», 2009, 1, pp. 59 ss.; G.N. Giudice, *Dalla Commissione europea una scelta «flessibile» per il futuro della mediation*, in [www.camera-arbitrale.it](http://www.camera-arbitrale.it), 2005, nonché in «I Contratti», 2005, pp. 102 ss.; A. Castagnola e F. Delfini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, Cedam, 2010; V. Vigoriti, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in «NGCC», II, 2012, pp. 313 ss.

ria civile e commerciale. Si deve ricordare, infatti, che la direttiva obbliga gli Stati solo riguardo agli obiettivi specifici da raggiungere in merito alle liti transfrontaliere, mentre li lascia liberi di scegliere gli strumenti e le materie da disciplinare<sup>4</sup>, per ciò che attiene alle liti interne.

La definizione di mediazione contenuta nella direttiva riguarda «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore», e cioè di un terzo neutrale, cui è richiesto di agire in modo efficace, imparziale e competente. Eppure, secondo l'interpretazione prevalente, essa non presenta un *favor* generalizzato verso tutti i meccanismi ADR, bensì vuole promuovere quella particolare metodologia definita *mediation*, applicata da soggetti privati ovvero appartenenti all'autorità giudiziaria, purché in quest'ultimo caso non si tratti del magistrato competente a decidere la lite. A delimitare ulteriormente l'ambito di applicazione della direttiva, concorrono anche alcuni rilevanti limiti per materia. In primo luogo, essa si applica solo alle controversie «in materia civile e commerciale», ove sono in gioco diritti liberamente disponibili dalle parti. Obiettivo della direttiva è, infatti, favorire la risoluzione consensuale delle controversie già sfociate in una lite giudiziaria, creando la possibilità che dal processo pendente i confliggenti giungano a una definizione consensuale della lite. Di conseguenza, la direttiva impegna gli Stati membri ad assicurare che «le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto, derivante da una mediazione, sia reso esecutivo»<sup>5</sup>.

Proprio perché lo scopo della direttiva è quello di sviluppare le esperienze di mediazione in relazione alle peculiarità dei sistemi giuridici nazionali, stante anche l'esistenza di procedure pregresse in diversi Stati membri che, come detto, sono spesso caratterizzate da difformità anche marcate, essa non interferisce nemmeno sulla definizione di mediatore data dai diritti nazionali, limitandosi a prescrivere che debba essere un soggetto terzo e neutrale. La figura del mediatore è dunque tratteggiabile in maniera indipendente, sia per quanto attiene alla «denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato interessato», sia per ciò che «concerne le modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione»<sup>6</sup>.

Al suo Considerando n. 6 la direttiva in esame afferma che:

la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base

<sup>4</sup> Per un approfondimento si rimanda al capitolo 3 dedicato alle esperienze comparate.

<sup>5</sup> Art. 6 della direttiva 2008/52 cit.

<sup>6</sup> Cfr. art. 3 della direttiva 2008/52 cit.



alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera.

Inoltre, nel Considerando n. 10 si sottolinea che:

la presente direttiva dovrebbe applicarsi ai procedimenti in cui due o più parti, di una controversia transfrontaliera, tentino, esse stesse, di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con l'assistenza di un mediatore. Essa dovrebbe applicarsi in materia civile e commerciale, ma non ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile.

Con la precisazione che tali diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro.

La direttiva mira dunque ad introdurre un sistema di ADR che garantisca un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario (art. 1.1), con lo scopo da un lato di deflazionare il carico giudiziario e dall'altro di favorire la nascita di una cultura della mediazione tra i suoi Stati membri.

#### 1.1. *La presunta incompatibilità della mediazione obbligatoria con la direttiva 52/2008: brevi cenni*

Come è noto, l'introduzione, da parte legislatore italiano nel 2010, dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per determinate materie<sup>7</sup>, ha destato non solo sospetti, poi parzialmente accertati, di incostituzionalità ma pure di contrarietà alla direttiva europea 52/2008, della quale è legge di attuazione.

Tra i principali dubbi sollevati, vi era quello circa la previsione della obbligatorietà del tentativo di conciliazione, per quelle materie in cui il rap-

<sup>7</sup> L'art. 5, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, pubblicato in GU n. 53 del 5 marzo 2010, così prevedeva: «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 responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto [...]. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità 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 è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione».

porto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione della singola controversia, ovvero dei casi di rapporti particolarmente conflittuali per la natura della lite, tra cui anche quelli in materia di responsabilità medica. Destava preoccupazione il fatto che la parte che intendesse agire in giudizio per le materie interessate avesse l'onere di tentare la mediazione e dovesse essere all'uopo informata dal proprio avvocato, mentre in ogni altra materia la mediazione poteva essere avviata dalle parti su base volontaria, sia prima che durante il processo. Ciò è stato ritenuto lesivo tanto del principio di tutela giurisdizionale<sup>8</sup>, quanto di quello della volontarietà della mediazione<sup>9</sup>.

Sotto questi profili le critiche al sistema italiano sono state molteplici<sup>10</sup> ed hanno parzialmente trovato conferma, nella sentenza della Corte costituzionale n. 272/2012<sup>11</sup>, che ha dichiarato incostituzionale il d.lgs. 28/2010 per

<sup>8</sup> A tale proposito si rileva che la Corte costituzionale aveva già in altre occasioni sostenuto che il tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità dell'azione, non è lesivo dell'art. 24 Cost, perché ritenuto alla stregua di un onere per l'attore, costituzionalmente legittimo che ben può rappresentare un modo di soddisfazione, spesso più efficace ed economico rispetto alla stessa tutela giurisdizionale, si vedano sentenze Corte cost., 21 gennaio 2003, n. 403, in materia di norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo che richiama la più articolata sentenza del 6 luglio 2000, n. 276, in materia di lavoro.

<sup>9</sup> In questo senso il richiamo è all'art. 3 della direttiva che definisce la mediazione procedimento in cui le parti cercano «su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore».

<sup>10</sup> Si pensi anche ai numerosi scioperi, indetti dall'avvocatura italiana proprio per protesta all'istituto della mediazione obbligatoria. Simili accenti critici si ritrovano tra i molti in R. Caponi, *Mediazione: il quadro delle ultime novità*, in «Foro it.», V, 2011, pp. 198 ss.; F.P. Luiso, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, Judicium.it, 21 marzo 2011. Sulla conciliazione-contratto tra gli altri M. Bove, *L'accordo conciliativo*, in «Società», 2012, p. 82 e in Judicium.it. Sia consentito il rinvio anche a D. Cerri, *Di cosa parliamo quando parliamo di... mediazione*, in «Diritto e formazione», 2010, pp. 347 ss.; G. Arnone e P. Porreca, *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in «Foro it.», V, 2011, pp. 205 ss. dove si legge: «eppure quell'Europa tanto spesso invocata a sproposito ha ben presente come queste procedure – in particolare quelle che coinvolgono i consumatori – dovrebbero essere tendenzialmente gratuite». In tal senso cfr. la proposta di direttiva 2011/0373 (sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del Regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)) e soprattutto le considerazioni svolte a luglio 2012, al suo riguardo, dalla Commissione del Parlamento europeo per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO), consultabili anch'esse sul sito del Laboratorio Lider-Lab della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Nonché M. Bove, *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in «Guida al diritto», 2010, 13, pp. 11 ss.

<sup>11</sup> La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 discende, infatti, da un vizio di eccesso di delega e non deriva da una supposta contrarietà alla normativa comunitaria o ai principi costituzionali. Il punto saliente della suddetta sentenza costituzionale è che l'obbligatorietà della procedura di mediazione, introdotta dal d.lgs. 28/2010, non si poteva desumere dalla legge delega (legge 69/2009). Inoltre, la sentenza non ha intaccato l'impianto dello strumento della mediazione, lasciando intatto tutto il complesso sistema (organismi, mediatori, formazione, tirocinio, tariffe, ecc.) della mediazione civile

violazione della legge delega sul punto della obbligatorietà del tentativo di mediazione<sup>12</sup>.

Le critiche mosse al provvedimento hanno riguardato anche il profilo della sua contrarietà alla normativa comunitaria, proprio per la previsione della sua obbligatorietà. Tuttavia, ad un'attenta analisi della direttiva europea, deve rilevarsi che suo scopo principale, desumibile dall'art. 1, è quello di far sì che una percentuale del contenzioso civile sia gestito tramite mediazione, prevedendo difatti che ciascuno Stato membro determini una percentuale minima di casi da risolvere con mediazione, al fine di garantire un'effettiva diminuzione del contenzioso civile ordinario. Pertanto, la normativa individua nel fine deflattivo la *ratio* generale dell'intervento comunitario e non esclude la possibilità della introduzione di un sistema obbligatorio di mediazione in materia civile e commerciale. Si argomenta per il contrario,

e commerciale, disegnato dal d.lgs. 28/2010 e dal d.m. 180/2010. Difatti, il legislatore nazionale non ha espressamente previsto nella legge delega l'obbligatorietà del procedimento di mediazione, mentre il d.lgs. 28/2010, ha disciplinato il procedimento come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale civile per le controversie insorte in alcune determinate materie di diritto civile e commerciale. La conseguenza è che il governo ha ecceduto i limiti della legge, non attenendosi ai principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega. Su queste basi, pertanto, la Corte costituzionale ha ravvisato, ai sensi dell'art. 76 della Costituzione il c.d. «eccesso di delega» con riferimento alla obbligatorietà della procedura di mediazione ed ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010. Tra i primi commenti alla sentenza si vedano G. Cosmelli, *Effetti immediati di una sentenza pubblicata ma non pubblicata, ovvero l'incostituzionalità della c.d. mediazione civile obbligatoria* (Nota minima... al comunicato stampa della Corte costituzionale del 24 ottobre 2012), in *Giurcost.it*, 24 ottobre 2012. Nonché G. Vecchio, *Qualche valutazione sulle rilevanti novità in tema di media-conciliazione (una primissima lettura delle motivazioni della decisione della Corte costituzionale)*, in «Vita notarile», 2012, 3, pp. 1263-1264; L. Nannipieri, *Incostituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 2013 e dello stesso autore, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *Giurcost.it*, 15 ottobre 2012; R. Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento, profili di costituzionalità*, in *Judicium.it*, 1° aprile 2012, p. 2. Tra più risalenti G. Sereges, *La mediazione civile e la Costituzione, appunti a margine dell'Ordinanza Tar Lazio, sez. I, n. 3202 del 2011*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1815 ss.; G. D'Elia, *Profili di legittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria «purchessia»*, in *Federalismi.it*, 23, 2011.

<sup>12</sup> Tra i molti commentatori si vedano D. Dalfino, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in «Foro it.», V, 2010, p. 101; G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010*, in «Foro it.», V, 2011, p. 55; esamina i rilievi di tale autore, R. Caponi in *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, cit.; escludono, al contrario, il vizio di costituzionalità P. Porreca e G. Armone, *La mediazione tra processo e conflitto*, in «Foro it.», V, 2010, p. 95; e degli stessi autori, *La mediazione nel sistema costituzional-comunitario*, in «Foro it.», I, 2010, p. 372; nonché P. Porreca, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, in «Le società», 2010, 5, pp. 631-636. Su questi temi e per una disamina generale dei rapporti tra mediazione e processo si veda I. Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in «Le società», 2010, 5, pp. 619-625.

che gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente dalle parti<sup>13</sup>.

In proposito si rileva che, in relazione al dato letterale della normativa sovranazionale, il rinvio pregiudiziale, sollevato davanti alla Corte di giustizia sulla conformità della normativa interna a quella dell'Ue dal giudice di pace di Mercato San Severino, correttamente, aveva ad oggetto non tanto la compatibilità sul fronte delle sua obbligatorietà, quanto piuttosto la sua articolazione. In particolare, l'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia<sup>14</sup> chiedeva se la mediazione, così come introdotta dal d.lgs. 28/2010, non

<sup>13</sup> V. il Considerando n. 6 della direttiva già citata.

<sup>14</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal giudice di pace di Mercato San Severino (Italia) il 26 settembre 2011, *Ciro Di Donna contro Società imballaggi metallici Salerno Srl (SIMSA)*, che ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «Se gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...], la direttiva 2008/52 [...], il principio generale del diritto dell'Unione di tutela giurisdizionale effettiva ed, in generale, il diritto dell'Unione nel suo complesso ostino a che venga introdotta in uno degli Stati membri dell'Unione europea una normativa come quella recata [...] dal d.lgs. 28/2010 e dal d.m. 180/2010, [...] secondo la quale: 1) il giudice può desumere, nel successivo giudizio, argomenti di prova a carico della parte che ha mancato di partecipare, senza giustificato motivo, ad un procedimento di mediazione obbligatoria; 2) il giudice deve escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato una proposta di conciliazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e deve condannarla 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 a quella già versata per l'imposta dovuta (contributo unificato), se la sentenza con la quale definisce la causa intentata dopo la formulazione della proposta rifiutata corrisponda interamente al contenuto della proposta stessa; 3) il giudice, ricorrendo gravi ed eccezionali ragioni, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto, anche se il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponda interamente al contenuto della proposta; 4) il giudice deve condannare, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, la parte che non abbia partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo; 5) il mediatore può, o addirittura deve, formulare una proposta di conciliazione anche in mancanza di accordo delle parti ed anche in caso di mancata partecipazione delle parti alla procedura; 6) il termine entro cui deve concludersi il tentativo di mediazione può arrivare fino a quattro mesi; 7) pur dopo il decorso del termine di quattro mesi dall'inizio della procedura l'azione sarà proponibile solo dopo che sarà stato acquisito, presso la segreteria dell'organismo di mediazione, il verbale di mancato accordo, redatto dal mediatore, con l'indicazione della proposta rifiutata; 8) non è escluso che i procedimenti di mediazione possano moltiplicarsi – con conseguente moltiplicazione dei tempi di definizione della controversia – tante quante siano le domande nuove legittimamente proposte nel corso del medesimo giudizio nel frattempo iniziato; 9) il costo della procedura di mediazione obbligatoria è almeno due volte più elevato di quello del processo giurisdizionale che la procedura di mediazione mira a scongiurare e la sproporzione aumenta esponenzialmente con l'aumentare del valore della controversia (fino a far diventare il costo della mediazione anche più che sestuplo rispetto al costo del processo giurisdizionale) o con l'aumentare della sua complessità (in tale ultimo caso rivelandosi necessaria la nomina di un esperto, da retribuirsi dalle parti della procedura,

fosse idonea ad incidere sul diritto alla tutela giurisdizionale così come assicurato dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla luce delle previsioni in merito alle sanzioni economiche<sup>15</sup>, nonché se il fatto che il mediatore potesse formulare una proposta anche senza il consenso delle parti, non fosse lesivo dei principi ispiratori della mediazione.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione, così come disciplinato dal d.lgs. 28/2010 avrebbe, infatti, limitato il «diritto al ricorso effettivo dinanzi a un giudice», data la mancata previsione dell'obbligatorietà della difesa tecnica, l'onerosità della mediazione, la notevole durata della procedura (4 mesi *ex* art. 6 del d.lgs. 28/2010) e il fatto che l'effetto interruttivo della prescrizione e della decadenza fosse ricollegato alla comunicazione della domanda e non al suo deposito. Le altre questioni pregiudiziali concernevano poi la facoltà per il giudice di dedurre argomenti di prova dalla mancata e ingiustificata partecipazione al procedimento di mediazione (e di condannare per il medesimo motivo al pagamento di una somma pari al contributo unificato)<sup>16</sup>.

La Commissione europea, con parere del 2 aprile 2012, intervenendo nella causa, suggeriva di risolvere i quesiti posti dal giudice di pace italiano nel senso che, pur non ostando la normativa comunitaria alle previsioni nazionali che attribuiscono al giudice il potere di desumere argomenti di prova dalla condotta della parte che non partecipa alla mediazione, e di comminarle una sanzione corrispondente al contributo unificato, vi si oppone nel caso in cui dette sanzioni siano tali da incidere sulla libertà delle parti di porre fine al procedimento di mediazione in qualsiasi momento, poiché limitano in maniera sproporzionata l'esercizio del diritto d'accesso al giudice. Inoltre, sosteneva la Commissione che rispetto ai costi previsti dal d.lgs. essi dovessero essere ritenuti in linea di massima violare la direttiva, lasciandosi però al giudice nazionale la valutazione della sproporzione dei costi rispetto all'obiettivo di una composizione più economica delle controversie.

Benché i quesiti sollevati fossero tutti rilevanti, la sentenza della Corte di giustizia è giunta successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale, che già aveva provveduto a dichiarare l'incostituzionalità della legge sul punto della obbligatorietà. Per tali ragioni i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto che, proprio poiché il contesto normativo italiano era cambiato, rispetto al momento della rimessione della questione alla Corte, quest'ultima non avrebbe potuto pronunciarsi se non con una sentenza di non luogo a

che aiuti il mediatore in controversie che richiedono specifiche competenze tecniche senza che la relazione tecnica stilata dall'esperto o le informazioni da lui acquisite possano essere utilizzate nel successivo giudizio».

<sup>15</sup> Questione peraltro già sollevata poco prima, più o meno negli stessi termini, anche dal Tribunale di Palermo, sez. Bagheria, con ordinanza del 16 agosto 2011, in [www.leggioggi.it/allegati/ordinanza-tribunale-di-palermo-sezione-di-bagheria-del-16-agosto-2011](http://www.leggioggi.it/allegati/ordinanza-tribunale-di-palermo-sezione-di-bagheria-del-16-agosto-2011).

<sup>16</sup> Così come previsto dall'*ex* comma 5 dell'art. 8 del d.lgs. 28/2010, cit.

procedere. Tuttavia, nel testo della sentenza si sottolineava nuovamente che per mediazione, deve intendersi 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 e che tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. La Corte proseguiva poi, nel ritenere che «il legislatore nazionale ben può rendere 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»<sup>17</sup>, così come disposto anche dall'art. 5, par. 2 della direttiva 52/2008. Concetto già espresso nella prima sentenza della Corte di giustizia, sul tentativo obbligatorio di mediazione italiano, di poco antecedente, nelle cause riunite da C-317/08 a C-320/08 *Rosalba Alassini e a. contro Telecom Italia Spa e altri*<sup>18</sup>. In quella sentenza si era chiarito che una procedura di conciliazione stragiudiziale prevista da uno Stato membro non avrebbe costituito violazione del diritto comunitario

a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché 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.

<sup>17</sup> Corte di giustizia, sentenza C-492/2011, del 27 giugno 2013, *Ciro Di Donna contro Società imballaggi metallici Salerno Srl (SIMSA)*, non ancora in Raccolta.

<sup>18</sup> Corte di giustizia, sez. IV, 18 marzo 2010, Cause riunite, C-317/08 *Rosalba Alassini contro Telecom Italia Spa*; C-318/08 *Filomena Califano contro Wind Spa*; C-319/08 *Lucia Anna Giorgia Iacono contro Telecom Italia Spa* e C-320/08 *Multiservice Srl contro Telecom Italia Spa*, in «Raccolta della Giurisprudenza», 2010, p. I-02213 e pubblicata in «Foro it.», 7-8, IV, 2010, pp. 372-376, con nota di G. Arnone e P. Porreca, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*. Nella pronuncia, con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori del servizio, la Corte ha precisato che «il principio della tutela giurisdizionale effettiva non osta ad una normativa nazionale che impone il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché 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».



La Corte era stata, infatti, adita per chiarire se una tappa supplementare per l'accesso al giudice potesse incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva, ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>19</sup> e dall'art. 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>20</sup>. La Corte si pronunciò però negando la contrarietà della normativa oggetto di rinvio pregiudiziale<sup>21</sup> all'ordinamento comunitario, sulla base del fatto che:

i diritti fondamentali [a un giusto processo] non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste ultime rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti<sup>22</sup>.

Deve ricordarsi che la stessa Corte costituzionale non era pervenuta a definire la correttezza dell'intervento normativo del legislatore interno rispetto alle norme sovranazionali di tutela della giurisdizione, rilevando solo che il governo, nel processo di attuazione dell'atto di delega, aveva esorbitato dalle indicazioni del legislatore delegante, dando adito alla violazione dell'art. 77 della Carta costituzionale<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, intitolato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», così dispone: «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, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

<sup>20</sup> La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stabilisce all'art. 6 che: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...]».

<sup>21</sup> L'art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevedeva una procedura di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/CONS.

<sup>22</sup> V. punti 54-59, 61-65, 67, dispositivo 2, della sentenza richiamata.

<sup>23</sup> Si segnala inoltre che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 156 del 17 giugno 2013, ha ravvisato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, comma 1, 8, comma 5, 13 e 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), dell'art. 16 del d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 (Regolamento recante 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, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) e dell'art. 372, commi 2 e 3, del codice di procedura civile, questioni sollevate, in riferimento

Intervenuto il decreto 69/2013<sup>24</sup> la mediazione è tornata ad essere obbligatoria per determinate materie ovvero «condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari», senza che sotto questo profilo possano riscontrarsi violazioni rispetto alla normativa comunitaria. Infatti, è ormai noto che il ricorso alla mediazione può essere reso obbligatorio dagli Stati membri ma, in osservanza del diritto di accesso alla giustizia, tale obbligo non può pregiudicare il fatto che, in qualsiasi momento, il procedimento di conciliazione possa interrompersi e pertanto si possa demandare la risoluzione della controversia ad un procedimento giudiziario, proprio perché

il ricorso all'ADR è suscettibile di incidere sul diritto di accesso alla giustizia in quanto non interrompe il decorrere dei termini di prescrizione fissati per adire il giudice. Nelle more della procedura conciliativa il ricorso all'ADR potrebbe comportare la decorrenza del termine fissato dalla legge per proporre la domanda giudiziale e – quindi – far valere il proprio diritto<sup>25</sup>.

In linea con lo spirito della direttiva e con le questioni sollevate dinanzi alla Corte di giustizia appaiono anche le altre modifiche apportate alle previsioni del d.lgs. 28/2010 e, in particolare, la durata della mediazione, ridotta da quattro a tre mesi, nonché la previsione di un primo incontro di programmazione col mediatore nel quale verificare con le parti la possibilità di proseguire o meno col tentativo di mediazione e di pianificarla, con la previsione che se tale primo incontro dovesse concludersi con un mancato accordo, il costo del procedimento resterebbe molto basso<sup>26</sup>.

agli artt. 3, 11, 24, 76, 77 e 111 della Costituzione, in riferimento agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848), nonché in riferimento agli artt. 47, 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con le ordinanze indicate in epigrafe. In particolare, per quanto concerne la prospettata questione d'illegittimità dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 la Corte costituzionale la ritiene priva di oggetto stante la precedente dichiarazione d'incostituzionalità per eccesso di delega pronunciata.

<sup>24</sup> D.l. 21 giugno 2013, n. 69 pubblicato sul supplemento n. 50 alla GU 144 del 21 giugno 2013.

<sup>25</sup> Cfr. par. 62 del *Libro verde* della Commissione, 2002, cit.

<sup>26</sup> Come già rilevato infatti, è lo stesso art. 79, comma 1, lett. p), a stabilire che «l'importo massimo complessivo delle indennità di mediazione per ciascuna parte, comprensivo delle spese di avvio del procedimento, è di 80 euro, per le liti di valore sino a 1.000 euro; di 120 euro, per le liti di valore sino a 10.000 euro; di 200 euro, per le liti di valore sino a 50.000 euro; di 250 euro, per le liti di valore superiore». Ulteriore agevolazione è prevista per i soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato, per i quali il procedimento di mediazione è sempre gratuito.

Interessante, altresì, la previsione che il verbale di accordo, per poter essere omologato e acquisire forza di titolo esecutivo, debba esser sottoscritto anche dagli avvocati che assistono tutte le parti, rendendo, dunque, obbligatoria la presenza di avvocati nel caso in cui si voglia far acquisire all'accordo valore di titolo esecutivo, al fine di garantire appieno il diritto alla tutela giurisdizionale.

Sempre per ragioni di economicità e garanzia è stato potenziato lo strumento della cd. mediazione delegata dal giudice: infatti, fuori dai casi citati di obbligatorietà della mediazione, il giudice, valutata la natura della causa e lo stato dell'istruzione, può, anche in sede di giudizio di appello, disporre con provvedimento l'esperimento del procedimento di mediazione.

Il testo del decreto prevede poi, alcune novità che riguardano gli avvocati disponendo che coloro che sono «iscritti all'Albo sono di diritto mediatori» (art. 79, comma 1, lett. o)<sup>27</sup>. Quest'ultima previsione, appare a prima vista contrastante con i principi europei della mediazione in materia di formazione e professionalità del mediatore dato che la direttiva esplicitamente dispone che riguardo agli organi di conciliazione ed ai mediatori, gli Stati membri debbano sviluppare tutti i meccanismi utili ad assicurare la qualità del servizio ed in particolare debbano adoperarsi per l'adozione di codici deontologici per i mediatori e per le organizzazioni che svolgono servizi di mediazione. Gli Stati membri devono, inoltre, promuovere la formazione iniziale e successiva di tutti i soggetti che operano nei procedimenti di mediazione (cfr. art. 4).

In data 9 agosto 2013 è stata infine approvata la legge di conversione 98/2013, che interviene<sup>28</sup> apportando alcune modifiche, in linea con lo spirito della direttiva. La legge introduce uno strumento che mira ad assicurare effettivamente la tutela giurisdizionale delle parti coinvolte e ad una più ampia gestione del contenzioso giudiziale. Il Parlamento europeo e la Commissione si erano già espressi favorevolmente nei confronti della legge italiana, prendendola ad esempio quale modello virtuoso nell'Ue<sup>29</sup>, ed hanno nuova-

<sup>27</sup> Così l'art. 84 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 che ha introdotto nell'art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 il comma 4-*bis* dal seguente tenore: «Gli avvocati iscritti all'Albo sono di diritto mediatori». La relazione accompagnatoria al decreto ci spiega che questa norma è nata per valorizzare «la competenza professionale degli avvocati, anche in chiave di composizione stragiudiziale degli interessi, propria degli avvocati». Sia permesso notare che probabilmente la previsione è forse stata aggiunta per evitare ulteriori critiche da parte dell'avvocatura italiana, che era stata molta dura nei confronti dell'istituzione della mediazione obbligatoria ex d.lgs. 28/2010.

<sup>28</sup> Legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione, con modificazioni, del d.l. 69/2013, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, in GU n. 194 del 20 agosto 2013.

<sup>29</sup> La Commissione europea ha, infatti, sostenuto che: «...come il tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale, anch'essa (la mediazione) persegue lo scopo di ridurre i tempi processuali per la risoluzione delle controversie e quello di far diminuire quantitativamente il contenzioso giudiziario, migliorando indirettamente l'efficienza dell'amministrazione pubblica.

mente ribadito la positività del progetto di legge sulla mediazione italiana visto l'alto numero e la lunga durata dei procedimenti civili<sup>30</sup>.

### 1.2. *La legge 9 agosto 2013, n. 69 (conversione del d.l. 69/2013)*

La legge di conversione, intervenuta in seguito ad un ampio dibattito parlamentare, dopo che il d.l. 69/2013 aveva previsto la sua esecutività entro 30 giorni dall'emanazione, conferma la previsione in merito all'obbligatorietà della mediazione per le materie elencate nel decreto legge, specificando però che sono obbligatorie sia le controversie in materia di responsabilità professionale medica che quelle di responsabilità sanitaria, ovvero quelle concernenti la responsabilità delle strutture sanitarie. Rispetto al testo previgente

In questo modo, la mediazione obbligatoria, pur ponendosi come misura restrittiva rispetto all'accesso al giudice, è giustificata dal fatto che realizza legittimi obiettivi di interesse generale, tra cui quello della composizione più rapida delle controversie, che è fissato specificatamente nell'interesse delle parti. La mediazione obbligatoria appare pertanto come una misura idonea e non manifestamente sproporzionata a perseguire i suddetti obiettivi... Se, in effetti è chiaro che in un sistema come quello italiano caratterizzato dalla lungaggine eccessiva nei tempi processuali solo una mediazione obbligatoria pare in grado di sortire un reale effetto di accelerazione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive con conseguente effetto deflattivo del contenzioso», cfr. Commissione europea, 2 aprile 2012, Osservazioni scritte nella causa C-492/11 in [www.ordineavvocati.ts.it/files/364/Osservazioni%20Commissione%20UE-1.pdf](http://www.ordineavvocati.ts.it/files/364/Osservazioni%20Commissione%20UE-1.pdf). Con specifico riferimento alla problematica dell'obbligatorietà della mediazione, il Parlamento europeo, nella risoluzione 2011/2026(INI) del 13 settembre 2011, riconosce che l'art. 5, par. 2, della direttiva europea 2008/52/CE del 21 maggio 2008 consente agli Stati membri di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione o di sottoporlo a incentivi o a sanzioni, sia prima che dopo l'inizio della procedura giudiziaria, a condizione che ciò non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Il Parlamento precisa che nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra finalizzata proprio all'obiettivo primario della riduzione della congestione nei tribunali; per tale motivo, al pari di altri paesi in cui essa è obbligatoria, come Bulgaria e Romania, può contribuire a una soluzione rapida delle controversie riducendo i tempi eccessivamente lunghi della giustizia civile. Tuttavia, la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa concretamente praticabile, a basso costo ed entro tempi certamente più rapidi, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria. Sotto questo profilo, il Parlamento europeo è del parere che le autorità nazionali dovrebbero essere incoraggiate a sviluppare programmi per promuovere una conoscenza adeguata delle composizioni alternative delle controversie, i quali evidenzino i principali vantaggi della mediazione, ovvero i costi, il tasso di successo, nonché l'efficienza in termini temporali. La risoluzione del Parlamento europeo afferma infine l'importanza di stabilire norme comuni per l'accesso alla professione di mediatore, sia per favorire un livello elevato dal punto di vista qualitativo, sia per assicurare standard di formazione professionale elevati.

<sup>30</sup> Cfr. l'intervento del Consiglio dell'Ue sul Programma nazionale di riforma del 2013 e al Programma di stabilità dell'Italia 2013-2014, in cui ha auspicato che l'Italia adotti provvedimenti per «abbreviare la durata dei procedimenti civili e ridurre l'alto livello del contenzioso civile, anche promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie».

ci si era infatti posto il problema se solo le controversie risarcitorie da *mal-practice* medica fossero assoggettate alla previa condizione di procedibilità e non anche le altre da responsabilità professionale e della struttura sanitaria, dubbi ora risolti dalla loro previsione esplicita.

Tali giudizi restano dunque condizionati al previo esperimento del tentativo di conciliazione oltre quelli relativi a controversie in materia di «condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari» nonché, nuovamente, la responsabilità civile da circolazione di veicoli e natanti.

Tuttavia, sembra che la legge di conversione confermi un cambio di indirizzo rispetto al d.lgs. 28/2010, anzitutto rimodellando la definizione di mediazione. Secondo l'art. 1, comma 1, lett. *a*) per mediazione deve oggi intendersi «quell'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», definizione in linea con le indicazioni già fornite dalla Corte di giustizia nella sentenza *Di Donna*. Rispetto alla precedente previsione, che voleva che il mediatore accompagnasse le parti «sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (*ex* art. 1, comma 1, lett. *a* del d.lgs. 28/2010) la possibilità che il mediatore formuli una tale proposta conciliativa appare oggi più alternativa e meno impositiva, perché elimina qualsiasi vincolo o sanzione per le stesse in caso di rifiuto, salvo nel caso in cui la successiva pronuncia del giudice sia interamente corrispondente alla proposta rifiutata. Rimane salva, inoltre, la possibilità per le parti di chiedere autonomamente la formulazione di una proposta del mediatore.

Anche rispetto ad altre critiche mosse al d.lgs. attraverso il rinvio alla Corte di giustizia, la legge di conversione del d.l. 69/2013, appare in linea con le incongruità rilevate. Tra le previsioni intese a garantire l'effettivo esercizio del diritto all'accesso giurisdizionale la legge stabilisce, infatti, che le parti siano sempre assistite da un legale (durante l'intera procedura), e che l'accordo raggiunto e sottoscritto dalle parti e dai rispettivi difensori sia immediatamente esecutivo, senza necessità di omologa da parte del tribunale, innovando l'art. 6 del d.l. 69/2013 e ponendosi in un'ottica maggiormente aderente allo spirito delle ADR di *common law*, valorizzando il ruolo del difensore tecnico quale garante della volontà delle parti e della loro corretta partecipazione e informazione alla procedura.

L'introduzione da parte del decreto di un incontro preliminare, da convocare entro 30 giorni dalla presentazione della richiesta e nel corso del quale il mediatore è chiamato a verificare con le parti l'effettiva possibilità di proseguire il tentativo di conciliazione, viene riconfermata ed anzi am-

pliata, prevedendo che esso serva anzitutto a verificare l'effettiva volontà di intraprendere il percorso e che sia dunque solamente un «primo incontro». Rispetto alla prevista onerosità di questo primo incontro, oggetto di numerose critiche nella versione precedente, ora ne è prevista la gratuità, anche qualora l'esito sia negativo, circostanza che sarà inoltre sufficiente per l'assolvimento della condizione di procedibilità per le materie obbligatorie.

La notevole durata della procedura (4 mesi) è stata ridotta a 3 mesi. Tuttavia si è persa l'occasione per specificare, ancora una volta, quali dovrebbero essere le conseguenze dell'eventuale mancato rispetto di tale termine.

Sotto il profilo della figura del mediatore rimane ferma la previsione secondo cui gli avvocati iscritti all'Albo sono mediatori di diritto con la precisazione che restano fermi gli obblighi di formazione e aggiornamento per gli avvocati iscritti nell'elenco degli organismi di mediazione<sup>31</sup>, che comunque è condizione necessaria per svolgere l'attività di mediazione. Questa precisazione appare in linea con le esigenze di professionalità, neutralità e formazione che devono connotare il mediatore<sup>32</sup>. Nel mese di novembre 2013 inoltre, proprio sul tema dell'obbligo dell'assistenza da parte di un avvocato e della sua qualità di mediatore di diritto sono intervenute due circolari del Ministero della Giustizia<sup>33</sup>. Esse precisano anzitutto che l'assistenza dell'avvocato è necessaria esclusivamente nelle ipotesi di mediazione obbligatoria, compresa quella disposta dal giudice, ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa. Inoltre ribadiscono che, per garantire la professionalità e l'imparzialità del ruolo di mediatore, gli avvocati non possano esercitare tale funzione al di fuori di un organismo di mediazione, così da escludere una possibile sovrapposizione di ruoli. In questo senso dovrà pertanto essere evi-

<sup>31</sup> Per la formazione specifica del mediatore nel nostro ordinamento deve farsi riferimento all'art. 4 del d.m. 180/2010, che disciplina il contenuto del percorso formativo presso gli enti di formazione accreditati al Ministero. I requisiti minimi per accedere ai corsi di formazione sono il possesso di una laurea triennale ovvero l'iscrizione a un albo o collegio professionale. Il percorso formativo specifico deve prevedere almeno 50 ore tra teoria e pratica che abbiano ad oggetto tra le altre: la normativa nazionale, comunitaria e internazionale, le metodologie delle procedure di mediazione, le tecniche di gestione dei conflitti ed interazione comunicativa. Nonché la forma e i contenuti della domanda di mediazione ed i compiti e responsabilità del mediatore. I quasi 1.000 organismi di mediazione e i quasi 400 enti di formazione accreditati presso il Ministero della Giustizia sono anche la dimostrazione dell'importanza economica del fenomeno della mediazione.

<sup>32</sup> Si ricorda che già nella prima normativa italiana in materia di conciliazione, termine che è rimasto in uso fino alle modifiche di cui si discute, risalente agli anni Novanta, i conciliatori dovevano formarsi presso le Camere di commercio che istituivano percorsi informativi *ad hoc*. In seguito con la riforma del diritto societario, che aveva istituito la conciliazione societaria poi abrogata, il ruolo del conciliatore veniva rigidamente regolamentato ai fini di una formazione specifica, così il d.lgs. 5/2003.

<sup>33</sup> Circolare del 5 novembre 2013 e circolare 27 novembre 2013, entrata in vigore dell'art. 84 del d.l. 69/2013 come convertito dalla legge 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il d.lgs. 28/2010.



tato che l'organismo di mediazione abbia sede presso lo studio di uno o più avvocati e viceversa. In relazione agli obblighi formativi viene, inoltre, chiarito che essi debbano compiersi nell'ambito dei percorsi formativi professionali forensi, la cui organizzazione è demandata al consiglio nazionale forense e agli ordini circondariali. Questa previsione, di natura evidentemente economica, lascia quindi all'ordine professionale l'onere e la gestione della formazione dei mediatori avvocati, con le necessarie e inevitabili divergenze che potranno svilupparsi.

Non da ultimo deve rilevarsi che è stato previsto un periodo di sperimentazione di quattro anni del nuovo modello di mediazione obbligatoria, il quale prevede che, dopo due anni, il Ministero della Giustizia dovrà raccogliere i dati ottenuti al fine di garantire il successivo monitoraggio degli esiti, per verificare se per le materie obbligatorie il tasso di conciliazione sia aumentato. Gli indicatori su cui dovrà basarsi questo monitoraggio dovranno riguardare i casi di successo e quelli di insuccesso nonché i casi di esonero dal pagamento dell'indennità all'organismo.

Si dovranno attendere gli sviluppi futuri per sapere l'incidenza dello strumento sul carico deflattivo, tuttavia è indubbio che il nuovo istituto sembra meglio aderire ai modelli di ADR già sperimentati, evitando di «inventare» un istituto ibrido poco conveniente e soprattutto poco esportabile.

## 2. *La media-conciliazione all'italiana*

Il nuovo istituto della mediazione, come esce dalla legge di conversione 98/2013, è nettamente incentrato su un'ottica deflattiva del contenzioso giudiziale e, soprattutto, mira a operare quale filtro all'accesso alla tutela giurisdizionale, senza tuttavia creare un nuovo istituto giuridico-processuale, predisponendo così uno strumento davvero alternativo al giudizio, specie in tutti i casi in cui la conflittualità può essere alleggerita meglio da un soggetto neutrale, che non da un giudice. La nuova formulazione della mediazione appare ispirata dall'idea che essa debba accompagnarsi ad un cambiamento culturale supportato da strumenti di politica attiva volti a disinnesicare la conflittualità sociale<sup>34</sup>. Anche alla luce della normativa straniera e sovranazionale appare oggi più chiaro che la mediazione deve, infatti, inserirsi in un più complesso sistema della giustizia civile, che offra molteplicità di percorsi diversamente orientati alla risoluzione stragiudiziale delle controversie.

L'istituto della mediazione, da ultimo definito nella recente legge di conversione 98/2013, ha infatti subito notevoli mutamenti nel corso del suo

<sup>34</sup> Si veda l'audizione di Sonia Lucarelli alla Commissione Giustizia della Camera sul progetto di riforma, 3-4 luglio 2013.

lungo iter di approvazione. Si deve ricordare che il termine *mediazione* nel nostro codice civile indica ancora un contratto tipico, ove il mediatore è colui che mette in contatto due parti per la conclusione di un affare, dalla cui conclusione sorge il suo diritto al compenso<sup>35</sup>. Sulla scia di questa influenza l'istituto della mediazione, come originariamente concepito dal d.lgs. 28/2010, non affidava alla volontà delle parti la soluzione delle liti al di fuori del processo, ma costituiva un quasi-procedimento giudiziale, con la sola differenza che non si svolgeva davanti al giudice ordinario ma dinnanzi a soggetti privati affiliati ad organismi di conciliazione<sup>36</sup>.

Certamente l'*animus* del mediatore era anche in quella sede quello di un soggetto «in ascolto delle parti», che rimangono protagonisti di un percorso agevolato dalla presenza di un soggetto terzo e neutrale<sup>37</sup>, tuttavia, come mostrato già dalla questione di legittimità costituzionale sollevata conclusasi con la dichiarazione di illegittimità per eccesso di delega legislativa, serie riflessioni si ponevano sull'istituto disegnato dal legislatore italiano, e la sua corrispondenza al modello di mediazione disciplinato dalla direttiva Ue e dai modelli di riferimento. Si è già evidenziato che la legislazione interna previgente si discostava dalle previsioni comunitarie, soprattutto sotto il profilo della sua strutturazione.

Tuttavia, la mediazione italiana, come esce dalla sua lunga gestazione non è più connotata dai requisiti dell'*obbligatorietà*, dell'*onerosità*, e della *formalità*, che la caratterizzavano inizialmente e che avevano sollevato notevoli dubbi. Essa si presenta, ora, per discostarsi da quel modello inizialmente scelto di mediazione cosiddetta *aggiudicativa*<sup>38</sup>, dove il mediatore in-

<sup>35</sup> L'art. 1754 c.c. definisce mediatore chi «mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza». La figura del mediatore è disciplinata anche dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39, Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958, n. 53, concernente la disciplina della professione di mediatore, che istituì il ruolo degli agenti di affari in mediazione presso le Camere di commercio. Prima della legge delega 18 giugno 2009, n. 69, il termine mediazione era stato occasionalmente utilizzato dal legislatore per indicare qualcosa di diverso, come l'attività di mediazione disciplinata dall'art. 29 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace.

<sup>36</sup> Gli organismi di mediazione sono enti privati deputati a gestire i mediatori, cioè «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» (art. 3, lett. b), direttiva 2008/52/CE, cit.).

<sup>37</sup> M. Martello, *L'arte del mediatore dei conflitti. Protocolli senza regole: una formazione possibile*, Milano, Giuffrè, 2008, qui p. 274.

<sup>38</sup> Secondo quanto precisato dalla relazione ministeriale allegata al d.lgs. 28/2010: «Si prevedono, dal punto di vista del contenuto, due tipologie di mediazione finalizzata alla conciliazione: la prima volta alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia; la seconda, invece, alla formulazione di una proposta per la risoluzione della controversia. I mediatori, vale a dire coloro che, individualmente o collegialmente, svolgono tale attività, non possono adottare decisioni vincolanti per i destinatari del procedimento di

daga sulle situazioni, prende posizione sui fatti e formula una proposta<sup>39</sup> di conciliazione che le parti possono accettare o rifiutare<sup>40</sup>. Benché i quesiti circa la natura stessa dello strumento sia sotto il profilo volontario che sotto quello della sua alternatività siano stati sollevati sia in sede costituzionale che comunitaria, una vera e propria censura del modello delineato nel 2010 non era stata mossa.

L'idea tuttavia che il problema della mediazione italiana non risiedesse tanto nella sua obbligatorietà quanto piuttosto nella sua natura troppo processualistica, era stata sollevata fin dalla pronuncia della sentenza della Corte costituzionale. Già nella relazione del Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali, presentata ad aprile 2013<sup>41</sup>, la mediazione obbligatoria veniva, infatti, indicata quale strumento concreto di ADR volto a garantire «l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione».

## 2.1. I dati della mediazione sanitaria nel nostro ordinamento

Per poter dare una prima valutazione dell'esperienza di mediazione civile nel nostro paese, a seguito della sua introduzione ad opera del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, rispetto al tema qui trattato e formulare delle prime

mediazione. Quest'ultimo potrà svolgersi, su istanza dell'interessato, presso appositi organismi all'uopo abilitati, iscritti in un registro istituito con decreto del ministro della Giustizia». Sul concetto di mediazione *aggiudicativa* si veda L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, in «Harv. Negot. L. Rev.», 1, 1997, 7, pp. 7-51.

<sup>39</sup> Si ricorda poi che l'art. 8 del d.lgs. 28/2010 disponeva che «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice potesse desumere argomenti di prova nel successivo giudizio». Sul piano economico inoltre, l'autorità giudiziaria condannava la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. Previsioni ormai eliminate dalla legge di conversione del d.l. 69/2013, cit.

<sup>40</sup> S. Zino, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo giurisdizionale*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>41</sup> Si veda la relazione finale del Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali, istituito il 30 marzo 2013 dal presidente della Repubblica, composto da Mario Mauro, Valerio Onida, Gaetano Quagliariello, Luciano Violante, presentata al presidente della Repubblica il 12 aprile 2013, in cui si specifica (al capitolo V) che l'esigenza «dell'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione (non escluse dalla recente pronuncia della Corte costituzionale – sentenza 272/2012 – che ha dichiarato illegittima una disposizione di decreto legislativo che disponeva in questo senso, ma solo per carenza di delega); questi sistemi dovrebbero essere accompagnati da effettivi incentivi per le parti e da adeguate garanzie di competenza, di imparzialità e di controllo degli organi della mediazione».

TAB. 1. *Dati ministeriali mediazione conciliativa, marzo 2011 - giugno 2012*

	2011 21 marzo - 31 dicembre				2012 1° gennaio - 30 giugno			
	Pendenti iniziali	Iscritti	Definiti	Pendenti finali	Pendenti iniziali	Iscritti	Definiti	Pendenti finali
Condominio	28	655	435	248	248	3.656	1.720	2.184
Diritti reali	39	11.299	7.704	4.334	4.334	11.270	8.767	6.837
Divisione	14	3.507	2.052	1.469	1.469	3.369	2.567	2.271
Successioni	19	3.058	1.882	1.195	1.195	2.856	2.220	1.831
Patti di famiglia	0	60	42	18	18	93	39	72
Locazione	19	7.239	4.727	2.531	2.531	8.613	6.569	4.575
Comodato	1	1.240	792	449	449	1.092	921	620
Affitto di azienda	4	932	671	265	265	760	598	427
RC veicoli e natanti	12	530	415	127	127	18.565	10.055	8.637
RC responsabilità medica	91	4.465	2.964	1.592	1.592	4.902	3.809	2.685
RC diffamazione mezzo stampa	0	764	497	267	267	824	631	460
Contratti assicurativi	22	4.925	3.463	1.484	1.484	5.587	4.388	2.683
Contratti bancari	62	5.590	3.417	2.235	2.235	6.405	5.030	3.610
Contratti finanziari	13	2.086	1.327	772	772	1.726	1.466	1.032
Altro	418	13.760	9.774	4.404	4.404	12.796	10.109	7.091
Totale	742	60.810	40.162	21.390	21.390	82.514	58.899	45.015

*Fonte:* I dati sono tratti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento della organizzazione giudiziaria del personale e dei servizi, Direzione generale di statistica sulla mediazione obbligatoria ex d.l. 28/2010: statistiche dal 21 marzo 2011 al 31 luglio 2012. Si precisa che tali dati sono forniti in 3 versioni: marzo 2012, giugno 2012, luglio 2012.

ipotesi ora che è intervenuta la legge di conversione, si riportano i dati circa l'esperimento di questo strumento fino al 30 giugno 2012 (prima dell'intervento sentenza costituzionale). Esso nei primi due anni di vita è stato utilizzato in circa 143.000 casi<sup>42</sup>, di cui quelli riguardanti la mediazione in materia sanitaria circa 5.000 annui.

Queste rilevazioni ministeriali hanno mostrato come circa la metà delle mediazioni non siano andate a buon fine, a causa di non adesione di una delle parti. Con particolare riferimento ai casi in cui è previsto l'intervento delle assicurazioni, si rileva un bassissimo tasso di intervento di queste (nel caso della RC auto pari addirittura al 96,2%). Ciò comporta che in questi settori è pressoché impossibile raggiungere un accordo a causa della mancata partecipazione dell'assicurazione. Il fatto che la nuova mediazione preveda un primo incontro informativo potrebbe incidere sulla comparizione delle assicurazioni, quanto meno per dichiarare il proprio dissenso rispetto alla procedura, consentendo di raccogliere informazioni precise circa i motivi del rifiuto alla partecipazione ai fini del monitoraggio ministeriale previsto dalla legge 98/2013. Il Ministero rilevava che, per contro, nel 46% dei

<sup>42</sup> Il totale esatto è 143.324 per il periodo di rilevazione marzo/aprile 2011 - giugno 2012.

casi in cui entrambe le parti si erano presentate, era stato raggiunto l'accordo. Si segnala, inoltre, che nelle ipotesi di mediazione obbligatoria (circa l'81% del totale) il tasso di raggiungimento dell'accordo, laddove vi era stata la presenza di entrambe le parti, era di circa il 55%, dati questi interessanti perché dimostrano che l'efficacia dello strumento può essere davvero positiva, soprattutto alla luce del fatto che i dati si riferiscono ad un istituto creato nei soli due anni precedenti (la percentuale cumulata dal 21 marzo 2011 al 30 giugno 2012 era del 46,4%).

Per ciò che attiene la materia sanitaria, il dato certamente più significativo è rappresentato dal valore totale delle liti sottoposte a mediazione, pari a circa 278.432 euro<sup>43</sup>, per un valore mediano per lite di circa 50.000 euro.

Ai dati qui riportati deve aggiungersi quanto reso noto all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte di cassazione, attraverso la relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2012, secondo cui in quell'anno, erano state iscritte 82.514 mediazioni civili, con un trend in continua crescita.

Tuttavia, il numero delle mancate comparizioni dell'aderente al procedimento di mediazione – illustrava la relazione – appariva preoccupante e, in particolare, la bassissima adesione da parte delle società di assicurazione. Al contrario, altissimo era invece il dato sull'assistenza legale (nell'85% dei casi le parti partecipavano alla mediazione avvalendosi di un proprio legale di fiducia), numero che certamente ha inciso sulle nuove disposizioni, che ora ne prevedono l'obbligatorietà. Da ultimo si rilevava che rispetto alle precedenti statistiche il valore medio delle liti sottoposte a mediazione era salito a 118.299 euro.

Questi dati vengono riportati anzitutto perché spiegano e avallano alcune delle modifiche apportate dalla legge di conversione del d.lgs. 28/2010, ma oltre ciò mostrano come la previsione di un monitoraggio ministeriale accurato, possa agevolare eventuali correzioni da apportare in futuro allo strumento, al fine di renderlo il più efficace possibile rispetto alla realtà concreta, nello sforzo di prevedere un sistema che sia armonico e soprattutto risponda alle esigenze di giustizia del nostro paese.

Per quello che attiene all'ambito di questo studio, ciò che si dovrà osservare sarà se le nuove norme favoriranno l'intervento delle assicurazioni nella procedura. Infatti, la possibilità di garantire un tavolo di incontro su un terreno neutrale e senza costi potrebbe favorire una composizione più celere della controversia, con vantaggi sia per le stesse compagnie assicuratrici che per i professionisti e i pazienti. In un sistema virtuoso, il tavolo di mediazione dovrebbe infatti condurre alla ricerca di una soluzione di compromesso che soddisfi tutte le parti, sia in termini di risarcimento, sia in termini

<sup>43</sup> Analisi dati Istat, riportati dal Ministero della Giustizia dal 21 marzo 2011 al 30 giugno 2012.

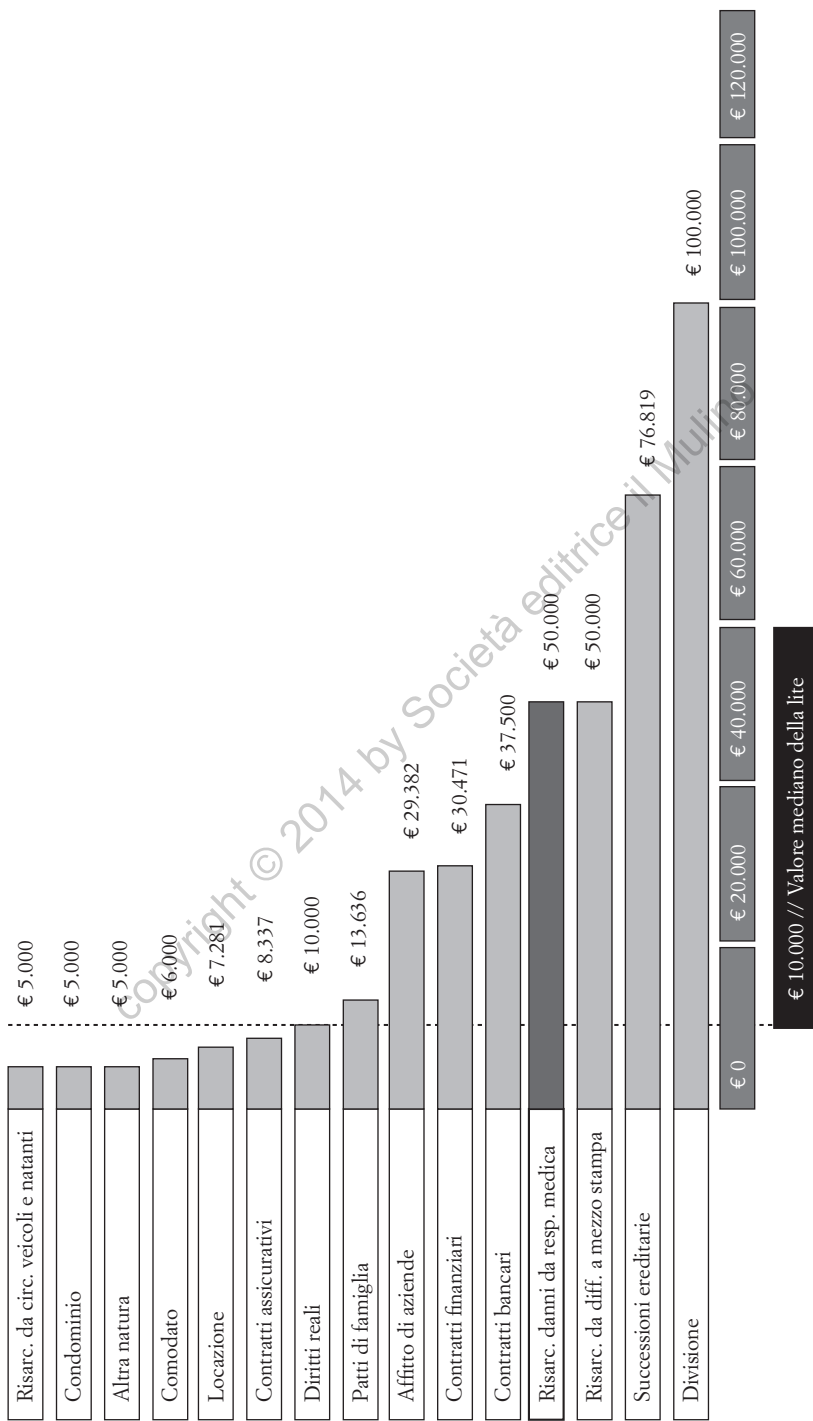


FIG. 1. Valore medio delle controversie sottoposte a mediazione conciliativa (Istat), 21 marzo 2011 - 31 dicembre 2012.



di costi. Inoltre, se la maggior parte delle richieste di risarcimento sanitario restassero escluse dal sistema giudiziale, si avrebbe un enorme risparmio in termini di costi globali, garantendo anche alle compagnie di assicurazione trend di crescita inferiori, con l'evidente vantaggio di contribuire ad una normalizzazione dei premi e ad un maggiore interesse per le compagnie a rientrare in questo settore di mercato, contribuendo anche all'emergere di un sistema più equilibrato della gestione del rischio sanitario di tutto il sistema paese.

La partecipazione delle compagnie assicuratrici al tavolo della mediazione potrebbe poi garantire una mappatura costante degli eventi avversi denunciati, tanto da parte del Ministero quanto da parte dei report che le compagnie svolgono sulla propria attività, incrementando quel sistema di conoscenza del settore la cui lacunosità, come già detto, rischia di generare carenze informative e dunque costi maggiori.

A conclusione di questo breve *excursus* sulle vicende della mediazione italiana, ci si vuole soffermare nuovamente sulla prevista obbligatorietà del tentativo di mediazione per le controversie concernenti la responsabilità medica e sanitaria. Questa previsione fa infatti rientrare, tra le materie obbligatorie, sia la responsabilità del medico quale prestatore d'opera intellettuale sia quella della struttura sanitaria derivante dal cosiddetto contatto sociale. In questo senso, se da un lato è condivisibile l'idea di quanti, pazienti e professionisti, vedono in questo obbligo una sminuizione dei diritti rivendicati, che verrebbero di fatto relegati alla cognizione di un mediatore piuttosto che a quella di un giudice, dall'altro si deve ricordare che, sebbene il diritto alla salute sia un diritto fondamentale e per tanto meriti di essere garantito in sede giurisdizionale e con le massime tutele, è anche vero che nel nostro paese i tempi dei giudizi non garantiscono tale efficacia. Benché il bene salute non dovrebbe essere fatto valere solo ai fini di un risarcimento economico, che di certo non compensa la sofferenza per la malattia o la morte, tuttavia, la possibilità di giungere ad un compromesso celere, anche rispetto ad una liquidazione economica, può incidere immediatamente sulla condizione stessa del paziente, soprattutto ove dal danno subito derivino costi per cure mediche conseguenti. Inoltre, la possibilità di sedersi al tavolo della mediazione con la controparte garantirebbe al danneggiato di essere incluso in un sistema di dialogo tra le parti, molto diverso da quello giudiziale. Si ritiene che la mediazione così come rimodellata possa incidere anche sulla partecipazione delle compagnie d'assicurazione alla procedura. A tale proposito si rileva che i recenti fenomeni di auto-assicurazione da parte di aziende e regioni<sup>44</sup>, incentivando una maggiore partecipazione di esse alla procedura di risarcimento del danno, potrebbero contribuire ad

<sup>44</sup> Si rimanda al capitolo 2, particolarmente par. 2.1, *Il fenomeno dell'auto-assicurazione sanitaria*.

influire sui tassi di partecipazione delle assicurazioni al tavolo della mediazione. Infatti, il procedimento di liquidazione del danno da parte delle stesse realtà che lo hanno provocato dovrebbe spingerle a preferire lo strumento della mediazione piuttosto che il procedimento giudiziale, in quanto permetterebbe loro di chiudere il sinistro in tempi celeri e presumibilmente con costi ridotti, restaurando al contempo il dialogo con il paziente e pervenendo a soluzioni più eque da un punto di vista delle reciproche soddisfazioni. Da questo punto di vista si deve rilevare che i vari profili della mediazione in sanità, che sono oggetto di questo studio, sono tutti orientati ad una gestione più efficace del sistema degli errori sanitari e dei loro costi rispetto a diverse voci di spesa del sistema sanità, partendo dall'idea che un sistema più empatico e condiviso, da parte di tutti gli attori coinvolti, possa contenere la litigiosità, con conseguenze in termini di miglioramento della qualità globale dell'assistenza sanitaria offerta. Si obietta qui che i fenomeni di auto-assicurazione incidono sulla partecipazione alla mediazione di aziende e regioni, solo rispetto alla responsabilità sanitaria e non anche a quella medica. Tuttavia è ipotizzabile che proprio il monitoraggio garantito dalle aziende e regioni coinvolte possa spingere i medici a contrattare polizze personali più adatte al loro profilo di rischio. Si va dunque delineando una nuova fase della gestione del sistema sanitario a livello globale, incentrata su una maggiore attenzione al dialogo, allo scambio di informazioni e alla soddisfazione dei cittadini, che muove dall'idea che la tutela della salute è un bene collettivo che pertanto deve interessare e coinvolgere i diversi settori della società.

### Bibliografia

- Avanza, M., Perotti, S. e Vassalini, M., *Riflessioni sulla nuova disciplina della mediazione civile (d.lgs. n. 28, 4 marzo 2010) e sue possibilità applicative in tema di responsabilità professionale medica*, in «Riv. it. med. leg.», 2011, 3, pp. 655-671.
- Caponi, R., *La mediazione obbligatoria a pagamento, profili di costituzionalità*, in *Judicium.it*, 1° aprile 2012.
- Comandè, G., *La mediazione in responsabilità sanitaria: dal «pacco avvelenato» alla «giustizia alta»*, in «Riv. it. med. leg.», 2011, 2, pp. 309-320.
- Cosmelli, G., *Effetti immediati di una sentenza pubblicizzata ma non pubblicata, ovvero l'incostituzionalità della c.d. mediazione civile obbligatoria (Nota minima... al comunicato stampa della Corte costituzionale del 24 ottobre 2012)*, in *Giurcost.it*, 24 ottobre 2012.
- D'Elia, G., *Profili di legittimità costituzionale di una mediazione civile obbligatoria «purchessia»*, in *Federalismi.it*, 23, 2011.
- Forti, G., Catino, M., D'Alessandro, F., Mazzucato, C. e Varrasco, G., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, ETS, 2001.

- Gianniti, P. e Piccon, R., *La mediazione professionale nel sistema delle ADR*, Torino, Utet, 2012.
- Luiso, F., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2004, 4, pp. 1201-1219.
- Martello, M., *L'arte del mediatore dei conflitti. Protocolli senza regole: una formazione possibile*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Nannipieri, L., *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in Giurcost.it, 15 ottobre 2012.
- *Incostituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 2013.
- Riskin, L., *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, in «Harv. Negot. L. Rev.», 1, 1997, 7, pp. 7-51.
- Romeo, F., *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, Relazione al Convegno *Le materie oggetto di mediazione obbligatoria: dubbi interpretativi e soluzioni operative*, Siracusa, 13-14 luglio 2012, in «Resp. civ.», 2012, 11, pp. 739-745.
- Sereges, G., *La mediazione civile e la Costituzione, appunti a margine dell'Ordinanza Tar Lazio, sez. I, n. 3202 del 2011*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1815-1840.
- Tocci, M., *La mediazione delle controversie: una risorsa per la giustizia*, Cesena, In-victus, 2013.
- Vecchio, G., *Qualche valutazione sulle rilevanti novità in tema di media-conciliazione (una primissima lettura delle motivazioni della decisione della Corte costituzionale)*, in «Vita notarile», 2012, 3, pp. 1263-1264.
- Zino, S., *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo giurisdizionale*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, Giappichelli, 2010.

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

## Capitolo quinto

# La mediazione trasformativa nei conflitti in ambito sanitario

### 1. *Introduzione*

Nel sistema italiano, mentre si discute molto di risarcimenti, danni, lesioni, linee guida e procedure, meno spesso ci si sofferma ad analizzare anche tutti quei contrasti, più strettamente correlati ai rapporti interpersonali, intra ed extra-aziendali, che tuttavia hanno un pari peso nella gestione del rischio clinico, dato che generano insicurezze, tensioni, cattiva comunicazione, errori amministrativi, lungaggini e, di fatto, incidono sull'effettivo godimento del diritto alla salute da parte dei pazienti.

Gestire il rischio clinico non significa solamente garantire procedure e protocolli adeguati e sicuri per le terapie, ma significa anche gestire tutto quel contenzioso relazionale che una struttura sanitaria può generare. Non si può infatti ignorare come le relazioni, in un ambiente quale quello sanitario, risentano della natura stessa del luogo in cui da un lato si è malati, si soffre, ci si affida a professionisti, finanche si muore e, dall'altro, si è sottoposti all'ingente stress di fronteggiare la malattia, accudire i sofferenti, e lavorare in un ambiente ad alto tasso di rischio. Certamente, di fronte a quei conflitti che scaturiscono dal vissuto quotidiano delle persone che interagiscono all'interno delle strutture sanitarie, non è possibile porsi in un'ottica strettamente giudiziale né tanto meno assicurativa, semmai si devono ricercare strumenti differenti per gestire questo tipo di conflittualità. Proprio in questa direzione si dirige questa parte dello studio, analizzando alcune esperienze nazionali che mirano ad affrontare il contenzioso relazionale nelle organizzazioni sanitarie. La ricerca condotta analizza, infatti, alcuni progetti sviluppatasi in seno a diverse regioni italiane, che si propongono quale scopo principale quello di una gestione più empatica del conflitto che si genera tra pazienti, professionisti e istituzioni, come metodo alternativo della risoluzione dei conflitti in ambito sanitario.

La tematica risulta interessante sotto diversi profili: da un lato, la gestione dei conflitti sanitari è oggetto di un ampio dibattito che coinvolge

tutto il sistema sanitario tanto nazionale quanto internazionale, sia in termini di costi che in termini di gestione delle *malpractice*, dall'altro la gestione del rischio si inserisce nel più ampio quadro di riforma dei sistemi di management delle aziende sanitarie<sup>1</sup>. Difatti, a fronte dell'esigenza di una più corretta e informata gestione del contenzioso, le strutture sanitarie italiane (in ritardo rispetto ad altre esperienze internazionali) cominciano a dotarsi di strumenti di *risk management*, al fine di colmare il gap sempre crescente tra contenzioso e richieste risarcitorie da un lato, e capacità di gestione delle controversie relazionali a livello di singola azienda dall'altro, in un'ottica di miglioramento dei servizi e di maggiore attenzione alle persone che ad esse si rivolgono. La gestione del profilo di rischio di un'azienda sanitaria presuppone la definizione di un intervento organizzato e consapevole, sistematico e continuo, che combini attività e decisioni di natura strategica con una fase di gestione operativa.

Il *risk management* in sanità si presenta, dunque, come un processo decisionale che coinvolge considerazioni di ordine politico, sociale, economico e tecnico, mediante una ponderata analisi e valutazione dei rischi<sup>2</sup>. Secondo

<sup>1</sup> Si deve segnalare che per la prima volta da decenni la spesa per la salute in Europa è in calo: da un tasso di crescita annua della spesa pro-capite pari al 4,6% dal 2000 al 2009, nel 2010 questa percentuale è crollata, arrivando ad un tasso del -0,6%. Era addirittura dal 1975 che questo valore non vedeva un segno negativo nella media continentale. A trainare il ribasso sono state Irlanda (passata da +6,5% a -7,9%), Estonia (da 7,2% a -7,3%) e Grecia (da 5,7% a -6,7%). L'Italia è invece tra le nazioni in cui il trend è rimasto positivo, forse anche perché il tasso di crescita della spesa pubblica nel decennio 2000-2009 era stato il più basso di tutta Europa, a quota 1,3%: il valore nel 2010 è arrivato all'1%. In termini assoluti, chi ha speso di più in totale per la salute rispetto al proprio Pil nel 2010 è stata l'Olanda con una percentuale del 12%, seguita a breve distanza da Francia e Germania con l'11,6%. La media europea è stata del 9%, in leggera diminuzione rispetto al 9,2% del 2009. In Italia la spesa totale si attesta al 9,3%, di cui una buona percentuale (quasi l'80%) è pubblica. Cfr. dati Commissione europea, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>2</sup> La definizione di *risk management*, come detto, è fortemente influenzata dalla dottrina anglosassone, dove le esperienze di *governance* sanitaria si sono sviluppate proprio in queste direzioni. In alcune realtà sanitarie straniere, come quella inglese o quella australiana, è emersa da tempo questa esigenza e sono nate diverse iniziative con lo scopo di sviluppare sistemi coerenti e coordinati di *risk management* sanitario: l'esempio più lampante è il National Reporting and Learning System, un sistema di *incident reporting* adottato all'interno dell'ottica della *clinical governance* dal sistema sanitario anglosassone con l'obiettivo di creare un database unico per tutti gli eventi avversi del sistema. In dottrina si vedano, tra i molteplici lavori quelli di A. Milburn, *The NHS Plan: A Plan for Investment. A Plan for Reform*, Department of Health, luglio 2000, in [www.nhs.uk/nhsplan](http://www.nhs.uk/nhsplan); T.A. Brennan, *The Institute of Medicine Report on Medical Errors. Could it do Harm?*, in «New Engl. J. Med.», 342, 2000, pp. 1123 ss.; H.H. Brunner, D. Conen *et al.*, *Towards a Safe Healthcare System: Proposal for a National Programme on Patient Safety Improvement for Switzerland*, 2001, in [www.swiss-q.org/apr-2001/docs/Final\\_ReportE.p](http://www.swiss-q.org/apr-2001/docs/Final_ReportE.p); *Crossing the Quality Chasm: A New Health System for the 21st Century*, Institute of Medicine (IOM), 2001; P.B. Davis, R. Lay-Lee, R. Briant, S. Schug, A. Scott, S. Johnson e W. Bingley, *Adverse Events in New Zealand Public Hospital: Principal Findings from a National Survey*, Wellington, New Zealand, Ministry of Health, di-



una corretta e moderna interpretazione, è una procedura finalizzata al miglioramento della qualità e lo studio degli eventi indesiderati. Si tratta di uno strumento utile a promuovere l'approccio alla gestione del contenzioso, nella versione anglosassone, *litigation management*.

I principali meriti di tale tipo di *governance* sono rappresentati da una maggiore efficacia della programmazione, un'efficiente ed efficace erogazione delle prestazioni ed allocazione delle risorse, un elevato standard delle prestazioni orientate al cliente (inteso non più solo quale paziente/malato) e di responsabilità nell'organizzazione, creatività ed innovazione organizzativa, miglioramento della capacità competitiva e del morale dell'organizzazione, flessibilità nella gestione degli obiettivi e trasparenza nel processo decisionale.

Gli strumenti di *risk management* dovrebbero avere, pertanto, una duplice valenza: da un lato, l'obiettivo di migliorare i servizi sanitari offerti, dall'altro la possibilità di gestire e monitorare un sistema di autocontrollo dei processi e dei dati all'interno dell'azienda sanitaria stessa.

I progetti presi in esame da questo studio si inseriscono all'interno di questa più complessa rivalutazione della gestione del *risk management* aziendale, quali strumenti a supporto del contenimento del rischio sanitario. L'obiettivo che queste esperienze si prefiggono trascende il mero contenimento del contenzioso risarcitorio di tipo legal-processuale, aspirando piuttosto alla creazione di una cultura dell'ascolto e della mediazione all'interno delle strutture sanitarie che favorisca l'empatia e la comunicazione tra le persone. Ciò che risulta maggiormente interessante nei progetti che si esamineranno è la scelta di un particolare strumento di intervento, ovvero la mediazione trasformativa. La mediazione trasformativa o dei conflitti si differenzia notevolmente dall'approccio mediativo/conciliativo tipico dello schema processualistico, poiché non mira a chiudere un conflitto attraverso un risarcimento, bensì a definirlo a livello umano.

cembre 2001, pp. 1-150, reperibile sul sito web [www.auckland.ac.nz](http://www.auckland.ac.nz); R.L. Helmreich, *On Error Management: Lessons from Aviation*, in «BMJ», 2000, 320, pp. 787 ss.; D.M. Studdert e T.A. Brennan, *No-fault Compensation for Medical Injuries. The Prospect for Error Prevention*, in «JAMA», 2001, 286, pp. 217-223; D.M. Studdert, E.J. Thomas, H.R. Burstin, B.I.W. Zbar, E.J. Orav e T.A. Brennan, *Negligent Care and Malpractice Claiming Behavior in Utah and Colorado*, in «Medical Care», 2000, 38, pp. 250 ss.; R.M. Wilson, W.B. Runciman, W.B. Gibberd, R.W. Harrison, B.T. Newby e L. Hamilton, *The Quality in Australian Health Care Study*, in «Med. J. Aust.», 1995, 163, pp. 458 ss.; C. Vincent *et al.*, *Adverse Events in British Hospitals: Preliminary Retrospective Record Review*, in «BMJ», 2001, 322, pp. 517-519; C. Vincent, S. Taylor-Adams, J. Chapman, D. Hewett, S. Prior, P. Strange e A. Tizzard, *How to Investigate and Analyse Clinical Incidents: Clinical Risk Unit and Association of Litigation and Risk Management Protocol*, in «BMJ», 2000, 320, pp. 777-781.

## 2. Perché mediazione trasformativa in sanità?

La mediazione trasformativa definisce la propria fisionomia non tanto come supporto del modo di regolazione tipico del conflitto costituito dall'atto giurisdizionale, ma interviene come modo del tutto autonomo di regolazione del conflitto stesso; lo scopo che vuole raggiungere è la restituzione ai soggetti protagonisti del conflitto del potere e delle responsabilità di assumere la decisione in ordine allo scontro che li oppone. Detto altrimenti: la mediazione si propone di ristabilire una relazione interrotta tra più parti, e non, a differenza dell'atto giudiziario, di stabilire un vincente ed un perdente, una ragione ed un torto<sup>3</sup>.

Secondo l'approccio trasformativo, pertanto, un conflitto evolve positivamente quando c'è un miglioramento nella qualità e nella interazione conflittuale fra le parti. Tale cambiamento positivo è prodotto attraverso i progressi che le parti attuano nella direzione di un maggior *empowerment* individuale e di un maggior riconoscimento reciproco<sup>4</sup>. Nel compiere questi progressi la natura della loro interazione migliora, secondo una visione trasformativa, e tale risultato è indipendente e va oltre qualunque risultato specifico che possa essere ottenuto o concordato rispetto all'oggetto della controversia. L'attività principale del mediatore consiste, dunque, nel facilitare questi cambiamenti ogni volta che se ne manifesta l'opportunità nel corso dell'incontro con le parti<sup>5</sup>.

I motivi che spingono a sperimentare tecniche di mediazione trasformativa in ambito sanitario sono da ricercare, principalmente, nella necessità del sistema di contenere il contenzioso a tutti i livelli. In particolare, le aziende sanitarie si pongono quale obiettivo la diminuzione e la gestione del conflitto, non solo perché è importante evitare errori e diminuire i costi legati alla *malpractice*, ma anche e soprattutto, perché il conflitto nuoce a tutto il

<sup>3</sup> M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale*, Padova, Cedam, 1994, p. 876.

<sup>4</sup> L'*empowerment* è il cambiamento da una condizione personale di debolezza, indecisione e risposte non meditate ad una caratterizzata da risposte più consapevoli, intenzionali e valutative basate su di una maggiore comprensione del problema, una maggiore ponderatezza e una maggiore attenzione. Il riconoscimento esprime invece l'intenzione di uscire da una prospettiva chiusa e autoreferenziale per includere il punto di vista, la prospettiva e l'interpretazione dei fatti dell'altro.

<sup>5</sup> Nel 1994 usciva negli Stati Uniti *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* di A. Robert, B. Bush e J.P. Folger (San Francisco, Jossey-Bass), un testo sulla mediazione che provocò un forte impatto sulla comunità dei professionisti della risoluzione alternativa dei conflitti. I due studiosi e mediatori statunitensi proponevano infatti di abbandonare il classico approccio alla mediazione di tipo *problem solving*, per lavorare invece sulla capacità e possibilità dei due contendenti di trovare da soli una soluzione alla propria controversia aumentando l'*empowerment* di ciascuno e il riconoscimento reciproco, così da trasformare gradualmente la qualità della loro interazione da oppositiva e conflittuale a costruttiva e collaborativa.

sistema e si riverbera sul ritorno di immagine dell'azienda stessa e sulla qualità dei servizi offerti. In questo senso uno stile di direzione che gioca sulla negazione dei problemi e/o degli errori crea un'immagine negativa che tende a consolidarsi nel tempo, ingenerando sfiducia nell'utente che quindi può essere più propenso ad adire le vie legali alla prima occasione<sup>6</sup>. Il rischio oggi è, dunque, che si sviluppi un rapporto tra cittadini e professionisti e organizzazioni sanitarie, costruito sulla conflittualità e sulla reciproca diffidenza. Ciò significa un drammatico incrinarsi del patto tra cittadini e istituzioni e del rapporto di fiducia tra le categorie coinvolte (sanitari da un lato, pazienti e loro familiari dall'altro). Reagire a questa crisi, per le organizzazioni sanitarie, significa prendere in considerazione una pluralità di strumenti e tra questi vi è la mediazione trasformativa dei conflitti<sup>7</sup>. Difatti, la mediazione trasformativa intende per contenzioso non solo quello finalizzato ad un risarcimento del danno, ma soprattutto quello relazionale<sup>8</sup>. Considerate le difficoltà emergenti giorno dopo giorno da situazioni sempre più complesse e incontrollabili e dalle relazioni, dove ad un riconoscimento e

<sup>6</sup> È bene sottolineare che nei casi di *malpractice* che comportino danni al paziente, il risarcimento deve essere garantito così come devono essere individuate le rispettive responsabilità. Tuttavia, sempre più spesso si assiste al proliferare di azioni legali promosse perché spinti dall'impeto della cattiva percezione del servizio da parte dell'utenza. Ed è proprio questa fascia di conflittualità che interessa la mediazione trasformativa.

<sup>7</sup> A. De Palma, F. Marozzi e A. Quattrocchio, *Responsabilità professionale e mediazione trasformativa dei conflitti*, in «Gyneco Aogoi», 2006, 8, pp. 15-16; A. De Palma e A. Quattrocchio, *La mediazione tra medico e paziente. Un intervento imparziale sul fenomeno crescente del contenzioso per responsabilità professionale medica*, Modena, Athena Medica, 2009; A. De Palma e A. Quattrocchio, *Mediazione dei conflitti nelle strutture sanitarie: un caso concreto*, in «Quaderni di mediazione», II, 2006, 4; A. De Palma e A. Quattrocchio, *La mediazione tra medico e paziente*, cit.

<sup>8</sup> Si deve precisare che il modello di mediazione proposto per la gestione della conflittualità sorta in ambito sanitario cd. trasformativo si contrappone a quello definito della c.d. *Satisfactory Story*, che è concepito e declinato con l'obiettivo esplicito di portare i soggetti in conflitto da una relazione caratterizzata da ostilità, contrapposizione e diffidenza ad una modalità relazionale fondata sulla collaborazione al fine di trovare un accordo reciprocamente soddisfacente. Tale impostazione persegue, dunque, il fine della risoluzione della lite, sollecitando le capacità di *problem solving* delle parti, che sono invitate dal mediatore a considerare il conflitto come un problema che le accomuna. Esistono, tuttavia, una serie di modelli di mediazione: tra i molti si vedano C. Baraldi, G. Corsi e E. Esposito, *Glossario dei termini della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhman*, Urbino, Montefeltro, 1990; C. Besemer, *Gestione dei conflitti e mediazione*, Torino, Ega, 1999; M. Bouchard e G. Mierolo, *Prospettive di mediazione*, Torino, Ega, 2000; D. Bramanti, *Sociologia della mediazione: teorie e pratiche della mediazione di comunità*, Milano, Angeli, 2005; S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, Cortina, 1996; J. Folberg e A. Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigations*, San Francisco, Jossey-Bass, 1984; J. Haynes, L. Fong e G. Haynes, *La mediazione: strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Roma, Edizioni Carlo Amore, 2003; F. Molinari e A. Amoroso, *Teoria e pratica della mediazione*, Milano, Angeli, 1999; C.W. Moore, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 1986; D. Paquette, *La médiation. Evolution historique d'un concept*, in «Migration Société», 1990, 8, pp. 29-54.

desiderio di rispetto delle individualità corrisponde l'incapacità pratica di sostenere questa posizione, tutti convengono sulla necessità di trovare soluzioni nuove, praticabili e soddisfacenti. La mediazione trasformativa è una modalità di risposta a problemi di conflitto già testata, sviluppata e applicata con risultati positivi anche in ambiti diversi dalle organizzazioni sanitarie negli ultimi anni<sup>9</sup>, in situazioni che fanno emergere la necessità di ricostruire la fiducia perduta tra aziende, professionisti ed utenti<sup>10</sup>.

La sua peculiarità consiste, infatti, nel porre al centro dell'attenzione proprio la dimensione relazionale, vale a dire l'insieme degli aspetti che nella gestione giurisdizionale del conflitto, per irrinunciabili esigenze di garanzia e di obiettività, non possono essere presi in considerazione. Nel nostro ordinamento, ad esempio, la mediazione è considerata, o è stata considerata sino ad oggi, soprattutto una via alternativa per ottenere il risarcimento di un danno o l'affermazione di un diritto. Al contrario, nella sua accezione trasformativa, il conflitto è soprattutto visto come parte delle dinamiche di base dell'interazione fra persone, piuttosto che come violazione di diritti o conflitto di interessi, perché attraverso di esso gli individui si sforzano di equilibrare la cura di se stessi e l'interazione con gli altri e non la rivendicazione di qualcosa.

Proprio con queste finalità si sono sviluppati i primi progetti di mediazione trasformativa in alcune strutture sanitarie nazionali. Tra le prime regioni italiane a sperimentare questo nuovo strumento è stata l'Emilia-Romagna, che ha partecipato al primo progetto di ricerca nazionale sulla mediazione trasformativa. Le aziende sanitarie regionali hanno preso parte, con la Asl di Modena designata quale unità operativa capofila, al progetto «Gestione extragiudiziale del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie»<sup>11</sup>, il quale ha posto l'accento sull'idea che la competenza di mediazione può contribuire al miglioramento del clima lavorativo ed essere anche strumento di diffusione culturale all'interno dell'azienda, finalizzato al miglioramento dei rapporti esterni, ma anche interni, alla luce delle diverse origini delle situazioni conflittuali che possono essere le più varie: strutturali, professionali, di errata gestione della comunicazione e della relazione nonché quelle legate all'asimmetria informativa tra professionista e utente<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Ad esempio la mediazione trasformativa è riconosciuta ed accettata come un consolidato approccio nello Stato del Maryland (USA). Al termine di due anni di ricerca promossi dal *Maryland Program for Mediator Excellence (MPME)*, la mediazione trasformativa è stata identificata come uno dei quattro approcci (dei mediatori, in mediazione) ufficialmente riconosciuti nello Stato: facilitativo, inclusivo, trasformativo ed analitico.

<sup>10</sup> Tra i commenti italiani si segnalano D. Bramanti, *Sociologia della mediazione*, cit.; A. Emanuele e S. Giovanni, *Conflitti e mediazione. Introduzione a una teoria generale*, Milano, Mondadori, 2003; C. Berti, *Psicologia sociale della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>11</sup> Progetto di ricerca co-finanziato dal governo *ex art. 12-bis* del d.lgs. 229/1999.

<sup>12</sup> Tra gli altri progetti regionali, volti alla deflazione del contenzioso, devono essere segna-

L'offerta di un'attività di mediazione trasformativa, da parte delle organizzazioni sanitarie risponde anzitutto all'esigenza di colmarne le lacune sul piano del risanamento del rapporto umano e professionale, oltre che di prevenire il contenzioso giudiziario, ma persegue anche obiettivi di più ampia portata. Tra questi vi è il ripristino della fiducia non soltanto verso il singolo medico, ma soprattutto nei confronti dei servizi e delle istituzioni<sup>13</sup>.

Essere malati e pazienti è un'esperienza particolarmente provante, che generalmente acuisce la sensibilità delle persone, le quali si trovano a provare emozioni nuove, ingombranti e difficili da definire, ma di cui si avverte la necessità dell'accettazione da parte degli altri, *in primis* da parte degli operatori della sanità. Ad esempio, il bisogno che sia riconosciuta la legittimità dell'angoscia, dell'essere più recettivi ai segnali negativi che a quelli positivi.

Nel modello di mediazione definita trasformativa, i mediatori accolgono le parti non per soffocare il conflitto, ma per consentire l'espressione del dolore, dell'amarezza, della rabbia e degli altri aspetti emotivi e cognitivi che lo attraversano. I mediatori non hanno il compito di giudicare né di proporre soluzioni, bensì quello di accompagnare le persone coinvolte nella lite. La loro funzione è far emergere non soltanto i fatti relativi al conflitto, quanto i bisogni e i vissuti sperimentati dagli attori, al fine di permettere a questi la riattivazione dei canali di comunicazione e consentire, in ultimo, l'approdo ad un reale e profondo riconoscimento reciproco<sup>14</sup>. Lo strumento che il mediatore utilizza è quello del cosiddetto «specchio». Attraverso tale tecnica il mediatore avvia un lavoro che si basa sui sentimenti e che si fonda sull'empatia:

lati la deliberazione della Giunta regionale dell'Emilia-Romagna, 9 novembre 2009, n. 1706 e s.m.i. «Individuazione di aree di miglioramento della qualità delle cure e integrazione delle politiche assicurative e di gestione del rischio», come modificata dalla d.g.r. 2108/09, in particolare «Comunicazione al paziente e comunicazione istituzionale pubblica», fra i documenti dell'allegato 3; nonché il secondo progetto regionale sulla gestione extragiudiziale del contenzioso, formulato nell'anno 2004 e cofinanziato dall'allora Ministero della Sanità nell'ambito della ricerca finalizzata 2005, *ex art.* 12 del d.lgs. 502/92 e s.m.i., «Un nuovo ruolo nelle aziende sanitarie della regione Emilia-Romagna per le Unità Operative di Medicina legale».

<sup>13</sup> N. Fraser, distingue l'idea di giustizia di *distribution des biens* da un'idea di *justice de reconnaissance*, nel volume *Que'est ce-que la justice sociale? Reconnaissance et distribution*, trad. e introd. di E. Ferrarese, Paris, Edition la Découverte, coll. «Textes à l'applui/politique et sociétés», 2005.

<sup>14</sup> Sulle tecniche di mediazione trasformativa adottate si vedano: J.P. Bonafé Schmitt, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in *La sfida della mediazione*, a cura di G.V. Pisapia e D. Antonucci, Padova, Cedam, 1997, pp. 21-49; J.F. Six, *Le temps des médiateurs*, Paris, Seuil, 1990; F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione*, Padova, Cedam, 2008; A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, III, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 713-809, in particolare p. 797; A. De Palma, F. Marozzi e A. Quattrocchio, *Responsabilità professionale e mediazione trasformativa dei conflitti*, cit.; A. De Palma e A. Quattrocchio, *La mediazione tra medico e paziente*, cit.

egli in primo luogo ascolta il soggetto e, successivamente, si rivolge a lui cercando di rinviare ciò che, a livello di sentito, cioè di sentimenti, ha percepito. [...] Successivamente riparte proprio da quest'espressione, da ciò che ha ricevuto e percepito nuovamente attraverso la relazione empatica e rinvia altri sentiti, in un meccanismo di «rimbalzo», di restituzione continua alla parte delle emozioni che emergono dalla sua narrazione, consentendo al soggetto di andare oltre, fino al centro e all'origine della sua sofferenza<sup>15</sup>.

Le fasi del percorso sono tre. La prima è costituita dai colloqui preliminari con ciascuna parte del conflitto separatamente. La seconda fase, stante la spontanea adesione di entrambe le parti all'offerta di avvalersi dello strumento mediativo, è costituita dall'incontro dei confliggenti con 3 mediatori al tavolo della mediazione. L'ultima fase è costituita da un colloquio con ciascuna parte nell'ambito del quale si raccolgono gli esiti della mediazione compiuta, onde valutarne gli effetti prodottisi sui singoli e sulla relazione.

La più forte garanzia rispetto a un esercizio concretamente corretto della funzione di mediatore, con spirito di imparzialità e di equi-prossimità al cittadino e all'operatore, risiede nell'essere neutrale anche rispetto all'esito della singola mediazione (questa è la principale ragione che motiva la totale anonimità della procedura, anche rispetto al collezionamento dei dati).

Il progetto di mediazione trasformativa avviato in Emilia-Romagna ha suscitato molto interesse ed ha consentito la sperimentazione di attività per l'ascolto e la mediazione tra medici e pazienti. Per tali ragioni ad esso hanno aderito anche le aziende sanitarie di Lecco e Rovigo; ulteriori esperienze si sono poi concretizzate, negli anni successivi, presso le aziende sanitarie del Piemonte e della Lombardia, dove sono già stati formati numerosi mediatori<sup>16</sup>.

L'auspicio sarebbe che tutte le aziende sanitarie italiane si dotassero di mediatori professionisti da adibire all'attività di ascolto e mediazione tra medici e pazienti e tra professionisti delle strutture sanitarie per prevenire i conflitti, ma anche per migliorare i servizi e le prestazioni, per realizzare una sanità efficiente e vicina ai propri utenti, nella ricostruzione di un clima di empatia e condivisione che garantisca servizi e qualità sempre migliori.

<sup>15</sup> F. Brunelli, *La tecnica di mediazione*, in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Padova, Cedam, 1998, pp. 273-282.

<sup>16</sup> La formazione dei mediatori in queste aziende sanitarie è stata curata dall'Associazione Me.Dia.Re. di Torino, il cui sito è consultabile alla pagina [www.me-dia-re.it](http://www.me-dia-re.it).



### 3. Metodologia di indagine

Come si è detto, la sperimentazione delle tecniche di mediazione trasformativa in ambito sanitario è stata avviata presso diverse aziende sanitarie nazionali. Tra esse spiccano in particolare due progetti: quello emiliano-romagnolo e quello piemontese. Queste due esperienze si caratterizzano da un lato per la loro ampiezza e durata, poiché si sviluppano su scala regionale coinvolgendo tutte le aziende sanitarie del territorio da quasi un decennio, dall'altro per la loro affinità concettuale e realizzativa.

Proprio per tali ragioni questo studio si è focalizzato sull'analisi di questi due progetti, attraverso l'incontro e l'intervista dei soggetti coinvolti. In particolare grazie alle Agenzie sanitarie regionali è stato possibile sia studiare il percorso che ha condotto alla formazione dei mediatori nelle aziende sanitarie, sia monitorare i risultati raggiunti in questo periodo.

Al fine di ottenere dati concreti circa i risultati dei progetti regionali si è scelto di contattare personalmente i mediatori delle diverse aziende coinvolte ed intervistarli. Le interviste sono state condotte su un unico modello *one-to-one*, semi strutturato (v. Appendice 1), sia per via telefonica che per via cartacea (tramite invio del modello di intervista via mail, v. Appendice 2), in forma anonima.

L'intervista mira principalmente ad indagare quattro ambiti specifici:

1. conoscenza del mediatore: chi è il mediatore e come opera all'interno della struttura;
2. esperienza di mediazione: quali sono le procedure per l'attivazione del percorso di mediazione, come avviene, e qual è il numero dei casi affrontati;
3. valutazione circa i risultati della mediazione: mira ad ottenere una valutazione personale e percettibile dell'esperienza, in termini di diminuzione del conflitto sia relazionale che risarcitorio;
4. valutazione sulla mediazione: mira a conoscere i vantaggi e i limiti dell'esperienza e le necessità connesse.

Si è cercato di intervistare almeno un mediatore di ogni struttura sanitaria partecipante al progetto, al fine di includerle tutte nella valutazione. Tuttavia, data la volontarietà della partecipazione all'intervista e, in alcuni casi, l'impossibilità concreta di partecipare, non tutte le aziende sono state mappate. Al fine di colmare questa lacuna si è tenuto, per la regione Emilia-Romagna, un incontro di studio con i mediatori ed i responsabili del progetto dell'Agenzia sanitaria, durante il quale si sono commentati/valutati ed integrati i risultati ottenuti.

Le tabelle 1 e 2 riportano il numero dei mediatori intervistati e la loro collocazione aziendale.

Inoltre grazie al supporto degli uffici delle due Agenzie regionali incaricati del progetto, è stato possibile organizzare un incontro di confronto sulle

TAB. 1. Mediatori contattati suddivisi per azienda sanitaria Emilia-Romagna

Azienda	N.	Collocazione aziendale
Domus Nova Ravenna	1	Direzione sanitaria
Ausl Modena	2	Medicina legale
Ausl Bologna	2	Urp/Servizio territorio
Ausl Imola	1	Urp
IOR	1	Urp
Ausl Parma	1	Servizio legale
Ausl Piacenza	1	Dirigenza infermieristica
Montecatone R.I.	1	Urp
Ausl Ferrara	–	
Ausl Reggio Emilia	–	
Ausl Forlì	1	<i>Risk management</i>
Ausl Ravenna	–	
Totale	11	

Fonte: Elaborazione propria.

TAB. 2. Mediatori contattati suddivisi per azienda sanitaria Piemonte

Azienda	N.	Collocazione aziendale
Mauriziano	1	Urp
To1	1	Medico
Asl To2	2	<i>Risk management</i> /Urp
Asl To4	1	<i>Risk management</i>
Asl Cn1	3	Urp/Medicina del lavoro
Molinetto/Azienda ospedaliera Città della Salute e della Scienza di Torino*	2	<i>Risk management</i> /Coordinamento Ufficio Relazioni con il Pubblico
Totale	10	

\* La Città della Salute è di recente istituzione ed ha sostituito gli ospedali Molinette, Sant'Anna, Regina Margherita e Cto.

Fonte: Elaborazione propria.

due esperienze. Gli incontri successivi hanno così permesso di verificare i dati ottenuti e di colmare le eventuali lacune.

Una volta ottenuti e verificati i dati, essi sono stati organizzati in modo da ottenere un quadro sistematico della nascita e sviluppo dell'esperienza nelle singole regioni e dei risultati ottenuti. Da ultimo si sono raffrontate le due realtà per valutare i risultati raggiunti sino ad oggi, rilevare le differenze e ipotizzare nuove prospettive di sviluppo futuro. Attraverso questa indagine si vuole valutare quale sia stato l'impatto della mediazione dei conflitti sia sotto il profilo della risoluzione del conflitto relazionale, sia sotto il profilo della sua gestione e delle ricadute in termini di prevenzione futura.

#### 4. *Analisi dell'esperienza della regione Emilia-Romagna: il progetto*

La regione Emilia-Romagna ha avviato un programma di gestione extra-giudiziale dei conflitti in ambito sanitario fin dal 2005. Il progetto, intitolato «La mediazione dei conflitti per la preparazione/riduzione del contenzioso nelle organizzazioni della regione Emilia-Romagna», ha avuto come obiettivo quello di formare un certo numero di mediatori che si occupassero della gestione delle *malpractice* presso le diverse strutture ospedaliere/aziende sanitarie della regione.

Il termine *malpractice*, così come inteso nell'ambito di questo progetto, identifica non solo la generica negligenza professionale (cioè una condotta dell'operatore sanitario che arreca un danno al paziente) ma, soprattutto, lo «scarto» che si produce tra uno standard di performance professionale e/o di servizio che dipende dalla struttura organizzativa, rispetto ad una situazione di disagio percepita dall'utente (ovvero un disservizio di qualsivoglia natura percepito durante il ricovero o la degenza nella struttura sanitaria) che incrina il rapporto fiduciario paziente-struttura ospedaliera.

Il progetto della regione Emilia-Romagna<sup>17</sup> è nato per accrescere le competenze del personale all'interno delle aziende sanitarie e dotarle di figure professionali in grado di implementare la funzione di mediazione dei conflitti, al fine di prevenire l'insorgere di conflitti tra operatori e pazienti o loro familiari e di gestire situazioni critiche o di tensione.

In particolare gli obiettivi nel breve e medio periodo sono stati individuati nella:

- gestione di situazioni conflittuali «esterne»<sup>18</sup>;
- promozione e salvaguardia dell'immagine aziendale attraverso la ricostruzione della relazione fiduciaria fra cittadino e operatore;
- riduzione delle procedure giudiziarie e richieste di risarcimento;
- gestione delle situazioni conflittuali interne alle aziende;
- miglioramento dei canali comunicativi interni ed esterni.

Mentre gli obiettivi nel medio-lungo termine si propongono di:

- favorire la creazione di un clima empatico di ascolto e attenzione tra professionisti del sistema sanitario e pazienti;
- stimolare l'adozione da parte dei professionisti di comportamenti che riducano il rischio di conflittualità con i pazienti;

<sup>17</sup> Si vedano, tutti dello stesso autore: A. Quattrocchi, *Il percorso specifico proposto per l'ambito sanitario dell'Emilia-Romagna: la mediazione trasformativa dei conflitti in ambito sanitario. Presupposti teorici e operativi del percorso formativo*, Dossier 158-2007, «Mediare i conflitti in sanità. L'approccio dell'Emilia-Romagna», in [www.asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/collana\\_dossier/doss158.htm](http://www.asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/collana_dossier/doss158.htm), pp. 19-47; *Mediare i conflitti nella relazione medico-paziente*, in «Quaderni di mediazione», 2005, 1 e *La mediazione trasformativa*, in «Quaderni di mediazione», 2006, 3.

<sup>18</sup> Per situazioni conflittuali esterne ci si riferisce a tutte le ipotesi di conflitto tra struttura sanitaria e utenti.

– creare una «cultura» della mediazione all'interno dell'azienda.

Il progetto si è articolato in 3 anni di corsi di formazione, dal 2005 al 2007, con circa 70 mediatori formati. Si sono poi avuti un quarto ed un quinto corso di formazione tra il 2009 e il 2012. I mediatori avviati al percorso formativo sono stati selezionati tra le persone che già avevano a che fare con la gestione del rischio e selezionati in base al *curriculum vitae* tra personale Urp, personale di medicina legale, operatori medici e infermieri, direzione sanitaria, *risk management* aziendale, direzione amministrativa e direzione infermieristica.

Le aziende coinvolte sono state: azienda Usl di Piacenza; azienda Usl di Parma; azienda ospedaliero-universitaria di Parma; azienda Usl di Reggio Emilia; azienda ospedaliera di Reggio Emilia - Arcispedale S. Maria Nuova; azienda Usl di Modena; azienda ospedaliero-universitaria di Modena - Policlinico; azienda ospedaliero-universitaria di Bologna - Policlinico S. Orsola Malpighi; azienda Usl di Bologna; Istituto ortopedico Rizzoli di Bologna; azienda Usl di Ferrara; azienda ospedaliero-universitaria di Ferrara - Arcispedale S. Anna; azienda Usl di Imola; azienda Usl di Forlì; azienda Usl di Cesena; azienda Usl di Rimini; azienda Usl di Ravenna.

Benché ogni azienda abbia deciso in modo autonomo la selezione e la conseguente collocazione dei mediatori al proprio interno, così come la successiva regolamentazione delle procedure di ascolto, è possibile individuare una prassi comune di modello operativo della conduzione della mediazione, che si sostanzia in due fasi. La prima, costituita da colloqui individuali con ciascun confliggente, condotti da 2 mediatori; la seconda, costituita dall'incontro dei 2 confliggenti al tavolo della mediazione, insieme a 3 mediatori<sup>19</sup>, a cui può fare seguito una terza fase, eventuale, di *reporting*.

Il percorso di mediazione si presenta, ad ogni modo, sempre parallelo rispetto a quello giudiziale e non è obbligatorio. L'obiettivo primario è la ricostruzione fiduciaria del rapporto paziente-struttura sanitaria, che può influire anche sul piano risarcitorio.

Attualmente, il progetto si è concluso per ciò che attiene il profilo della formazione, mentre continua il lavoro dei mediatori nelle diverse strutture regionali.

L'esperienza di mediazione avviata all'interno delle aziende ospedaliere della regione Emilia-Romagna, attraverso il progetto «La mediazione dei conflitti per la preparazione/riduzione del contenzioso nelle organizzazioni della regione Emilia-Romagna» rappresenta, quindi, una fonte preziosa di informazioni circa la gestione del conflitto in ambito ospedaliero e la sua prevenzione attraverso i metodi alternativi di risoluzione dei conflitti.

<sup>19</sup> Deve precisarsi che questo set non è rigido benché sarebbe la composizione migliore per condurre gli incontri di mediazione; infatti, il numero dei mediatori che partecipano a ciascun incontro può variare in base alle esigenze ed al numero dei mediatori presenti in azienda.

#### 4.1. Valutazione dei dati raccolti

Uno dei dati principali che emerge dalle interviste condotte è la varietà dei percorsi di mediazione all'interno delle diverse strutture sanitarie, sia sotto il profilo della titolarità della procedura, sia per la scelta del tipo di *malpractice* da affrontare. In particolare anche i metodi di selezione dei mediatori appaiono differenti tra le diverse aziende, così come non vi è unitarietà nelle metodologie scelte per attivare i canali di ascolto.

Il dato che, invece, appare costante è rappresentato dalla gestione della procedura di mediazione vera e propria, che si svolge secondo le regole classiche dell'incontro separato dei due confliggenti, ciascuno con un mediatore ed un incontro conciliativo faccia a faccia tra i soggetti coinvolti, supportati dai mediatori.

Altro dato significativo è che solo l'esperienza della Asl di Modena sia strutturalmente indirizzata alla gestione dei veri e propri casi di *malpractice* medica che comportano liquidazione del danno ed intervento dell'autorità giudiziaria.

Nella maggior parte delle strutture regionali la mediazione viene riservata ai casi che tendenzialmente delineano un conflitto interpersonale e relazionale ovvero di natura più organizzativa. Inoltre, si rileva che la gestione dei conflitti interni è stata iniziata solo in un secondo momento e non è ancora attiva in tutte le aziende. Questa esperienza muove infatti dall'idea che un'incrinatura del rapporto fiduciario rischi di ingenerare anche richieste risarcitorie da parte della struttura, mentre la diminuzione delle micro conflittualità relazionali dovrebbe aiutare ad evitare azioni risarcitorie da parte degli utenti.

#### 4.2. La figura del mediatore

La tabella 3 mostra la collocazione aziendale dei mediatori che hanno partecipato ai primi tre corsi formativi.

La partecipazione al quarto corso rispecchia, sostanzialmente, i dati raccolti per i primi tre corsi formativi, anche se non è ancora disponibile un monitoraggio completo. L'ultimo corso è stato avviato tra maggio e dicembre del 2012 ed ha portato alla formazione di nuovi mediatori da inserire nell'azienda ospedaliera Policlinico Sant'Orsola Malpighi di Bologna<sup>20</sup>.

Come si nota dai dati riportati, la maggior parte dei mediatori proviene dall'Urp, dalle direzioni sanitarie, dalla medicina legale e dai servizi legali, nonché dalle direzioni infermieristiche e dai servizi infermieristici. Non è un caso che i mediatori abbiano queste provenienze: infatti, questi organi rap-

<sup>20</sup> Il corso ha previsto 25 giornate d'aula per un totale di 200 ore di formazione.

TAB. 3. Collocazione aziendale mediatori formati ER

Collocazione aziendale	Primo corso	Secondo corso	Terzo corso	Totale
Urp	5	8	10	23
Direzione sanitaria	2	3	3	8
Medicina legale	5	2	3	10
Servizi legali	3	3	0	6
Direzione infermieristica	3	3	3	9
Servizi infermieristici	2	2	0	4
Direzione amministrativa	1	0	0	1
Servizi amministrativi	0	1	0	1
Servizi tecnici	0	0	3	3
ASSR*	1	0	1	2
Totale	22	22	23	67

\* Acronimo di Agenzia sanitaria e sociale.

Fonte: Dati forniti dall'Agenzia sanitaria e sociale dell'Emilia-Romagna. Si precisa che i primi tre corsi ed il quinto sono stati curati dall'Associazione Me.Dia.Re, di Torino, mentre il quarto dalle professoresse Donatella Bramanti e Manuela Tomisich (Università Cattolica del Sacro Cuore) nel corso del Master in Mediazione familiare e comunitaria, Alta Scuola di Psicologia A. Gemelli, Centro Studi e Ricerche sulla Famiglia - Facoltà di Psicologia.

presentano già i luoghi di elezione per la raccolta dei reclami e delle doglianze degli utenti. Pertanto, i soggetti che lavorano in questi ambiti sono per ragioni di servizio a contatto stretto con le *malpractices* delle strutture sanitarie, perché per varie ragioni sono i soggetti incaricati di gestire il «contenzioso» all'interno della rispettiva azienda.

Proprio per questi motivi, come emerge anche dalle interviste svolte, i mediatori sono stati scelti dai dirigenti per il loro ruolo all'interno della struttura, a seconda delle esigenze e della configurazione stessa della gestione dei reclami nell'organizzazione di riferimento.

Dalle interviste emerge, inoltre, che a fronte del numero elevato di mediatori formati, pochi di essi hanno scelto di partecipare ai corsi per iniziativa personale e la maggior parte è stata «assegnata» dalla dirigenza interna, soprattutto nei primi anni di formazione. Questo dato mostra da un lato la volontà delle strutture sanitarie di dotarsi di organismi di mediazione dei conflitti interni, dall'altro mette in luce le criticità di un percorso che rimane affidato a poche persone, le quali si trovano a dover sovrapporre il ruolo di mediatore a quello professionale d'origine. Si tornerà in sede di analisi dei risultati della mediazione su questo tema, tuttavia preme sottolineare fin d'ora che tutti i mediatori intervistati hanno espresso la difficoltà di conciliare il ruolo professionale con quello di mediatore, sia per il carico di lavoro extra, sia per le pressioni emotive; infatti, riuscire a rimanere imparziali costituisce una difficoltà rilevante, soprattutto nei casi di strutture piccole dove tutti si conoscono o laddove il mediatore sia una persona molto visibile all'interno dell'azienda.

Sempre a guisa di premessa deve ricordarsi che il «mediatore dei conflitti» è un ruolo e non una funzione. Ciò comporta che il mediatore non ri-



ceve un compenso extra per l'incarico svolto, ma è solo coperto per le spese e/o viene sostituito per i turni che potrebbe perdere a causa dell'impegno rappresentato dagli incontri dedicati alla mediazione.

In questo senso, dunque, i costi della mediazione dei conflitti ricadono interamente sull'azienda e costringono i mediatori ad una organizzazione personale che permetta loro di ricavare del tempo da dedicare alla mediazione stessa (tempo che si ricorda deve essere ricavato all'interno delle ore di servizio, a scapito di altri impegni professionali).

#### 4.3. Gestione dell'attivazione della procedura di mediazione

Bisogna premettere che il percorso di mediazione si attiva con forme differenti nelle diverse esperienze regionali.

Come criterio comune le aziende Ausl e le aziende ospedaliere della regione Emilia-Romagna, hanno individuato una categorizzazione delle diverse tipologie di reclamo contro la struttura sanitaria, secondo un codice colore (o *triage*) che ne individui la gravità.

##### *Rosso:*

- reclami con richieste di risarcimento danni;
- istanze studi legali;
- grave negligenza clinico-assistenziale;
- reclami pubblicati su quotidiani che possono arrecare grave danno di immagine;
- comunicazioni da e per l'autorità giudiziaria.

##### *Giallo:*

- reclami di natura tecnico professionale o strutturale o denuncia di disservizio grave con riserva di ulteriori azioni o reclami che possono recare grave danno di immagine all'azienda;
- esposti presentati alle autorità di polizia giudiziaria (che non rientrano nella grave negligenza clinico-assistenziale).

##### *Verde:*

- reclami strutturali e relazionali non gravi ed eventi ripetuti.

##### *Bianco:*

- senza attribuzione codice colore.

L'individuazione di un codice colore da associarsi al tipo di reclamo presentato, permette agli operatori di riconoscere agevolmente la tassonomia di questo e quindi indirizzarlo al percorso di mediazione. Infatti, si deve ricordare che la premessa metodologica che sottende l'esperienza di mediazione è il conflitto relazionale. In questo senso i mediatori hanno come scopo

principale quello di sanare la frattura verificatasi tra le parti coinvolte, con finalità ben diversa rispetto ad una «semplice» riduzione delle richieste di risarcimento<sup>21</sup>.

Per questo motivo alcune aziende scelgono, come metodo operativo, di non sottoporre a mediazione i casi che sottendono una potenziale o concreta richiesta di risarcimento, onde evitare sovrapposizione tra i percorsi legali e di mediazione.

Un'altra considerazione deve essere tenuta presente: ogni azienda sanitaria dell'Emilia-Romagna è strutturata nel senso di prevedere nel suo organico un *risk manager*<sup>22</sup>, cioè un soggetto, con qualità dirigenziali, che ha il compito di gestire e attuare la politica di contenimento/prevenzione del rischio, all'interno della propria struttura sanitaria. Non è dunque un caso che questa figura sia individuata come la figura di snodo tra la struttura sanitaria e il mediatore nel momento dell'individuazione e della scelta dei casi di conflittualità adatti al percorso mediativo.

Inoltre, ogni struttura si è dotata di un tutor di mediazione, ovvero una figura con esperienza che dirige i lavori del gruppo di mediatori e che, nelle strutture complesse, dialoga con il *risk manager* e che può essere lo stesso *risk manager* nelle strutture meno complesse.

#### 4.4. Le aziende coinvolte

Le diverse aziende ospedaliere della regione hanno autonomia, come detto, nella scelta dei tipi di casi da sottoporre al percorso mediativo. Alcune non intervengono in quei casi già sottoposti, o che sicuramente saranno sottoposti all'autorità giudiziaria, altre invece, pur senza sovrapporsi all'attività legale, si confrontano con i casi di vera e propria *malpractice* medica.

La scelta operata dall'azienda Ausl di Bologna è quella di sottoporre al percorso di mediazione tutti e tre i codici colore di rischio. Tuttavia, mentre i casi con codice colore rosso vengono, in prima battuta, gestiti dagli affari generali e legali, e solo successivamente passati alla direzione *risk manager*, che ha il compito di valutare se proporre o meno il percorso di mediazione, i reclami che rientrano nei codici colori giallo e verde, al contrario, transitando dagli Urp<sup>23</sup>, arrivano direttamente al *risk manager* che li valuta al fine

<sup>21</sup> Dalle interviste emerge chiaramente che la riduzione delle richieste risarcimentorie nei confronti della struttura sanitaria è un elemento secondario rispetto al percorso di mediazione. Onde, laddove questo porti alla rinuncia della richiesta di risarcimento, sarebbe solo un fine secondario rispetto alla soluzione del conflitto relazionale.

<sup>22</sup> Il *risk management* in sanità rappresenta l'insieme di azioni complesse messe in atto per migliorare la qualità delle prestazioni sanitarie e garantire la sicurezza del paziente, sicurezza basata sull'apprendere dall'errore.

di decidere se portarli in mediazione. Infatti, in questa azienda si è scelto, in un primo momento, di non proporre il percorso di mediazione in tutti quei casi in cui esso si sovrapporrebbe a procedure *lato sensu* giudiziali e/o risarcitorie già intraprese dal cittadino. L'azienda sposa l'idea che la mediazione dei conflitti debba mantenere il proprio ruolo extra legale e relazionale e quindi non debba sovrapporsi alle procedure predisposte per la gestione legale della *malpractice* (sia perché la figura del mediatore non possiede autorità vincolante per l'azienda, sia per il rischio di azioni nei confronti dell'azienda stessa). La procedura, che è stata codificata, ha preso spunto da quella istituita a Modena ed è poi stata riadattata alla realtà bolognese, che è una realtà molto più complessa per dimensioni e per numero di personale. Si rileva tuttavia che, dal periodo 2012-2013, anche i casi con codice colore rosso, già avviati ad un percorso giudiziale, vengono presi in considerazione dalla azienda per l'avvio della procedura di mediazione.

La scelta operata dall'azienda di Modena è molto diversa e più strutturata rispetto alle altre esperienze regionali. Al contrario delle altre aziende, Modena non tratta casi di codice colore verde, ma solo casi colore giallo e rosso.

La procedura interna di attivazione del percorso mediativo è stata approvata con la delibera 080/2007 e prevede che i reclami selezionati come codici rossi siano inviati dal referente Urp, via telefax, alla direzione sanitaria aziendale/medicina legale. In particolare la medicina legale da un lato, inoltra il reclamo al servizio attività legali e assicurative per l'apertura del sinistro e dall'altro, procede per gli adempimenti relativi e in taluni casi selezionati attiva anche il percorso mediazione dei conflitti.

Nel primo caso il servizio attività legali e assicurative informa l'Urp referente, dell'apertura del sinistro. L'Urp predispone la comunicazione al cittadino dell'avvenuto inoltro della segnalazione alla compagnia assicuratrice. Questa comunicazione è a firma del direttore del distretto. Negli altri casi, invece, laddove si preveda il percorso di mediazione dei conflitti, il tutor del team di mediazione o un suo delegato prende accordi con il cittadino e fissa la data e l'ora dell'incontro; di questo provvedimento viene informato, attraverso e-mail, l'Urp o la direzione distrettuale di riferimento e il servizio attività legali e assicurative.

La direzione del distretto nei casi selezionati come codici gialli procede, invece, all'avvio dell'istruttoria interna attraverso l'attenta valutazione e assegnazione della segnalazione ai diretti responsabili nonché ad informare il team di mediazione dei conflitti del caso segnalato.

Il referente Urp invia una copia della segnalazione, via fax, al tutor del team presso l'unità operativa di medicina legale dell'azienda Usl, per valu-

<sup>23</sup> Il personale responsabile degli Urp è stato formato affinché attivi la procedura di segnalazione dei casi al *risk manager*.

tare l'opportunità di effettuare incontri di ascolto e mediazione. Nei casi in cui si ritenga fattibile l'incontro di ascolto un operatore del team contatta telefonicamente il reclamante per sondare la disponibilità e fissare un appuntamento in base alle reciproche disponibilità. Se il reclamante non è disponibile, il tutor del team (o un suo delegato) avverte la direzione distrettuale, attraverso un'e-mail, che procederà secondo l'usuale procedura dei codici gialli.

Negli altri casi, a colloquio avvenuto, un operatore del team avverte via e-mail il direttore del distretto e l'Urp sull'esito dell'ascolto e fornisce una sintesi per la successiva stesura (da parte del distretto/Urp) della lettera di risposta al cittadino, oppure avverte che è stata ritenuta soddisfacente la sola risposta legata all'attività di mediazione.

In tali casi, la direzione distrettuale invia comunque una comunicazione di chiusura della pratica al cittadino con i ringraziamenti per la disponibilità, senza allegare alcun esito dell'istruttoria condotta.

Qualora l'attività di ascolto/mediazione non possa essere completata nei tempi previsti (20 giorni), il tutor del team (o un suo delegato) informa via e-mail la direzione del distretto dell'impossibilità di concludere l'iter nei tempi stabiliti, riportando la motivazione e fissando un termine presumibile per la conclusione. Il direttore del distretto, in collaborazione con il referente Urp, informa il cittadino e l'associazione che eventualmente lo rappresenta, attraverso una comunicazione scritta, del protrarsi dei tempi; tale comunicazione interrompe i tempi di risposta previsti dalla normativa vigente in materia di obblighi di risposta delle amministrazioni pubbliche<sup>24</sup>.

In particolare con riferimento ai codici gialli, nei casi in cui si è ritenuto opportuno attivare l'ascolto/mediazione dei conflitti si procede attraverso l'ascolto/mediazione condotti entro i 20 giorni dalla trasmissione della segnalazione Urp/team mediazione, allo scopo di fornire una risposta unitaria al cittadino. Sono previste diverse ipotesi: nel primo caso il mediatore del team informa l'Urp/direzione, che l'ascolto/mediazione ha avuto esito positivo e il cittadino non vuole un'apposita risposta scritta poiché si ritiene già soddisfatto<sup>25</sup>. Ovvero il mediatore del team informa l'Urp /direzione che la mediazione ha avuto esito positivo ma è opportuno inviare specifica risposta scritta al cittadino ed in questo caso il mediatore fornisce una sintesi del colloquio per la successiva stesura della lettera di risposta al cittadino, a firma del direttore del distretto.

Se invece, il mediatore informa l'Urp che la mediazione ha esito positivo (chiarimento) ma, poiché il reclamo tratta anche altri problemi, ad es. orga-

<sup>24</sup> Si deve ricordare che ai sensi del d.p.c.m. 21 gennaio 1994, le amministrazioni pubbliche sono tenute a rispondere alle segnalazioni di negligenza e/o problema sottoposte dai cittadini/utenti nel termine di 30 giorni.

<sup>25</sup> In questo caso la direzione distrettuale invia una comunicazione di chiusura al cittadino con i ringraziamenti per la disponibilità senza allegare alcun esito dell'istruttoria condotta.

nizzativi, gestionali, ecc., il cittadino deve avere una specifica risposta scritta, la direzione distrettuale invia una comunicazione di chiusura con i ringraziamenti per la disponibilità integrando l'esito. Infine qualora la mediazione abbia esito negativo, il mediatore informa l'Urp e la direzione distrettuale, ricevuta l'istruttoria da parte dei responsabili delle unità operative territoriali/direzione sanitaria ospedaliera/servizi centrali interessati, predispone in collaborazione con il referente Urp, la risposta al cittadino.

Da ultimo possono aversi ipotesi di mediazione programmata e condotta in tempi medio-lunghi (tempo insufficiente per il rispetto dei 30 giorni previsti dal d.p.c.m. 21 gennaio 1994).

In questi casi il tutor del team (o un suo delegato) informa la direzione del distretto della eventuale impossibilità di osservare i tempi, motivando e fissando un termine presumibile per concludere il percorso. Anche in tali casi il direttore del distretto, in collaborazione con il referente Urp, informa per iscritto il cittadino e l'associazione che eventualmente lo rappresenta, del protrarsi dei tempi dell'attività di ascolto. La procedura, così come formalizzata, permette all'azienda un monitoraggio costante dei reclami contro la struttura, con una gestione più snella di essi nonché la possibilità di attivare il percorso di mediazione, con una legittimazione forte da parte della azienda stessa.

L'esperienza modenese è un'esperienza strutturata, in cui il percorso mediativo è stato codificato e dunque è conosciuto e sponsorizzato in azienda, inserendosi di diritto tra gli strumenti riconosciuti di *risk management* ed utilizzati costantemente (con il corollario di essere mappato e di avere una raccolta dati sistematica), fino dalla sua origine.

Una terza esperienza è quella sviluppata dalle Aziende Usl di Imola-Montecatone Rehabilitation Institute di Imola-IOR Bologna-Ospedale privato Domus Nova di Ravenna, con un accordo interaziendale sottoscritto nel 2008.

Le ridotte dimensioni di queste strutture non permettono di creare al loro interno un gruppo di mediatori che possa mantenere una distanza rispetto al caso trattato, e che dunque possa operare con terzietà nel percorso mediativo. Al fine di superare queste problematiche, le aziende si sono associate creando un gruppo di mediatori interaziendale misto, che gestisce i casi a rotazione.

In queste strutture, quindi, esistono uno o più mediatori interni che si occupano dei casi meno problematici, mentre si ricorre alla cooperazione interaziendale quando il caso è particolarmente delicato o coinvolge in modo più diretto l'intera azienda.

Benché in questo caso non sia prevista una procedura scritta per l'avvio del percorso mediativo interaziendale (anche per le ridotte dimensioni delle aziende, che dunque facilitano la conoscenza del conflitto e la sua emersione verso i canali di ascolto), i mediatori si sono organizzati in modo da ruotare

per esigenze di servizio e da tenere riunioni annuali di coordinamento. In queste esperienze è l'Urp che, direttamente, si fa carico di ricevere e selezionare i casi di conflittualità che possono essere avviati ad un percorso di mediazione e li segnala al gruppo di mediazione.

L'azienda IOR rappresenta un mondo a sé rispetto le altre esperienze sviluppatesi in regione. Infatti, essendo una struttura di degenza temporanea, fuori dai casi di cooperazione interaziendale, l'avvio del percorso di mediazione avviene già nel momento in cui il conflitto si manifesta. In questa struttura si lavora solo su casi relazionali e mai, invece, sui codici rossi, che sono affidati ad un broker esterno. Questa azienda è, di conseguenza, una delle poche che non utilizza i codici colori per suddividere i reclami.

Le altre strutture del gruppo, invece, utilizzano sempre il codice colore, e si strutturano in modo che sia l'Urp direttamente coinvolto, sia come organo di ricezione dei reclami, sia come organo mediativo. In queste esperienze i codici rossi non sono, generalmente, trattati.

Anche l'esperienza della Domus Nova di Ravenna, presenta delle particolarità. Fuori dall'accordo interaziendale, infatti, in questa azienda esiste un percorso interno di mediazione, che si associa e si integra con altri percorsi della gestione del rischio per una «gestione integrata» dei reclami, con un gruppo di 4 mediatori. In questa struttura si è fatta molta pubblicità dei percorsi di mediazione, sia nei confronti dei cittadini che nei confronti dei professionisti e ciò ha permesso di far crescere l'esperienza di mediazione.

L'azienda di Piacenza ha un solo mediatore, che è stato scelto tra il personale del *risk management* e che in azienda svolge un ruolo attivo nella gestione del contenzioso a vari livelli.

L'esperienza della mediazione dei conflitti in questa azienda è cominciata nel 2007. La procedura di avvio del percorso di mediazione non è codificata ufficialmente (ma è in fase di approvazione); nel tempo, tuttavia, si sono sperimentati diversi percorsi, anche per le problematiche concernenti gli assetti organizzativi. Pertanto, ad oggi, il mediatore individua i casi direttamente, in quanto, ricoprendo una posizione privilegiata nella gestione del management dei rischi, riceve i casi per conoscenza o per chiamata diretta, dato che le unità operative sono state sensibilizzate e segnalano i casi direttamente al mediatore. Al contrario, il mediatore non gestisce i casi provenienti dall'Urp, perché lì vi è un altro soggetto che li tratta *front-desk*. Inoltre, si deve segnalare che negli obiettivi del *risk management* 2013 è stata inserita la formazione di nuovi mediatori.

L'azienda forlivese ha optato, invece, per la predisposizione di una procedura interna che si preoccupa di stabilire i canali dedicati a raccogliere le richieste e di indirizzarle verso il percorso mediativo. Il Gruppo di lavoro è composto da 5 mediatori misti tra formazione, 2 del primo corso, 3 dell'ultimo, che si occupano di gestire sia i casi esterni che interni.

L'Urp è uno dei punti di raccolta dei reclami, tuttavia in azienda non si usano i codici colore, anche se vengono trattati anche i casi che le altre



aziende codificano come «rossi». La scelta operata è stata quella di sensibilizzare e pubblicizzare la mediazione tra i professionisti in modo da favorire la loro collaborazione nella segnalazione dei possibili casi da avviare al percorso mediativo, facilitando l'ingresso delle doglianze in azienda.

L'Asl di Parma è un'azienda territoriale con diversi distretti in provincia. La procedura di mediazione è stata codificata da circa due anni ed è stata adottata dalla direzione aziendale e prevede delle verifiche periodiche.

I canali di attivazione del percorso mediativo sono stati individuati in 4 uffici Urp; benché non esista un *triage*<sup>26</sup> codificato, sono state classificate le tipologie di segnalazioni in base alla gravità, le quali vengono segnalate dall'Urp, al tutor aziendale che le valuta e, laddove lo ritenga necessario, le assegna ai mediatori.

L'équipe originaria constava di 5 mediatori ma oggi si è dissolta per ragioni diverse (trasferimenti e malattie) rimanendo solo 2 mediatori (un responsabile Urp e un membro del servizio legale dell'azienda).

Nelle aziende non mappate, la procedura prende avvio, solitamente, su segnalazione dell'Urp inviata al *risk manager*, il quale deve individuare i casi interessanti ed affidarli ai mediatori affinché questi contattino le parti del conflitto.

#### 4.5. Prima valutazione dei risultati

Come si è già evidenziato, le diverse dimensioni delle strutture sanitarie coinvolte nel progetto ed il numero dei mediatori formati incidono profondamente sull'organizzazione del processo di mediazione dei conflitti. Per tali ragioni il numero dei casi trattati varia notevolmente da struttura a struttura. Un secondo fattore che deve essere tenuto presente è che, se per mediazione si intende l'intero percorso (colloqui individuali seguiti da colloqui di confronto e poi fase di *reporting*), molto spesso essa non viene portata a termine, perché non ve ne è la necessità. Quindi, molte volte il percorso si arresta già al primo *step* perché l'utente o il professionista si sente soddisfatto di quanto ottenuto, ovvero non vuole comunque incontrare la controparte. Se nel primo caso l'esito è comunque positivo, tuttavia esso diminuisce il numero delle mediazioni complete portate a termine. Si deve comunque tenere presente che la terza fase, quella di monitoraggio, viene effettuata dai mediatori attraverso il *reporting* dei casi affrontati, mentre non sono disponibili schede di valutazione per gli utenti.

<sup>26</sup> Il termine indica l'azione di smistamento in base alla gravità di soggetti coinvolti in infortuni più o meno gravi. Si applica in tutti gli ambiti sanitari: pronto soccorso, infermieristico, ecc., e si basa su codici colori al fine di consentire una rapida classificazione e trattazione dei pazienti.

Oltre al numero dei casi affrontati, anche la loro tipologia differisce. Fino a pochi anni fa, infatti, lo strumento era scarsamente utilizzato per i conflitti tra il personale sanitario, rimanendo riservato ai conflitti che si sviluppano tra l'utenza ed il personale e/o l'azienda stessa, mentre i professionisti erano coinvolti nel processo solo in quanto controparti di un reclamo. Inoltre, nella maggioranza delle aziende, il conflitto prettamente relazionale entra nel circuito mediativo senza ricomprendervi i conflitti che conseguono ad un danno da *malpractice* subito da un paziente, con l'evidente eccezione dell'esperienza modenese.

I mediatori coinvolti nell'indagine, nonché l'Agenzia sanitaria e sociale regionale, hanno fornito i dati numerici dei casi affrontati, monitorati fino al 2011, nonché quelli del 2012.

La tabella 4 mostra il totale dei casi affrontati tra il 2008 e il 2012 così come monitorati dall'ASSR, mentre la suddivisione dei casi affrontati tra il 2008 e il 2012 è riportato nelle tabelle 5 e 6<sup>27</sup>.

TAB. 4. Dati casistica 2008/2012, ER, numero totale casi affrontati annualmente

	2008	2009	2010	2011	2012
N. tot. casi	192	199	247	296	327

TAB. 5. Numero di cittadini e operatori che utilizzano il servizio di ascolto e mediazione per anno, ER

	2008	2009	2010	2011	2012
N. cittadini	172	213	250	258	315
N. operatori	122	55	93	75	109

TAB. 6. Casistica casi affrontati ER (numero mediatori attivi/totale casi affrontati/indice di attività per caso preso in carica (colloqui effettuati)/indice attività media di ogni mediatore per anno)

	2008	2009	2010	2011	2012
Casi	192	199	247	296	327
Mediatori	47	28	31	27	30
N. tot. colloqui	434	404	453	365	456
Indice colloqui/caso	2,3	2,0	1,8	1,2	1,4
Indice casi/mediatori	4,1	7,1	8,0	11,0	10,9

<sup>27</sup> Si deve precisare che i casi riguardano i singoli eventi scatenanti il conflitto; gli operatori e i cittadini contattati sono le teste che effettivamente hanno utilizzato il servizio di ascolto e mediazione; i colloqui effettuati sono il numero di incontri tenuti dai mediatori (quindi il loro numero è maggiore delle teste in quanto un utente può essere chiamato più volte).

Ciò che emerge dalle interviste condotte e dai dati rilevati è la generale soddisfazione dei mediatori nei confronti del proprio ruolo e degli esiti dei percorsi di mediazione intrapresi.

Uno dei dati più positivi sembra essere il fatto che lo strumento della mediazione dei conflitti aiuta, da un lato l'azienda a conoscere le debolezze organizzative e i processi errati che arrecano danni agli utenti, dall'altro fa percepire all'utente la vicinanza e la correttezza della struttura anche nel momento in cui si verifica una qualsiasi *malpractice* (sia essa di tipo relazionale, organizzativo ovvero colposa). La mediazione viene vissuta come un gesto di grande attenzione da parte del cittadino, come un atto di vicinanza, mentre anche il professionista coinvolto si sente meno giudicato.

Tuttavia, deve dirsi di alcuni elementi che contribuiscono a depotenziare questa esperienza: da un lato, l'assenza di pubblicità dello strumento nella maggioranza delle aziende, fa sì che i pazienti non conoscano il percorso e dunque non possano accedervi se non una volta contattati dai mediatori interni all'azienda (scelta peraltro consapevole e voluta dalle aziende per non sovraccaricare il sistema, che non potrebbe reggere un carico maggiore di lavoro), dall'altro il sistema di coordinamento, di raccolta e catalogazione dei dati, per essere uno strumento con efficacia statistica, andrebbe potenziato.

Nella sostanza, il progetto della regione Emilia-Romagna propone un modello alternativo di risoluzione delle controversie esterne ed interne alle aziende, che si fonda sulle tecniche di ascolto e di comunicazione. La figura del mediatore non è associata ad una figura professionale ma piuttosto ad una funzione, ed è per tali ragioni che i mediatori scelti provengono da aree che rappresentano già i canali di ingresso delle segnalazioni per il *risk management* aziendale.

Grazie al lavoro di queste figure il *risk manager* aziendale conosce i casi di conflittualità interna ed esterna, direttamente, attraverso un canale aziendale privilegiato<sup>28</sup>, potendo quindi intervenire prima di un'eventuale richiesta formale.

Uno dei dati certamente più positivi è il fatto che lo strumento della mediazione dei conflitti serve all'azienda per conoscere le debolezze organizzative e i processi errati che arrecano danni agli utenti, nonché concorre a far sì che l'utente percepisca la vicinanza e la correttezza dell'azienda anche nel momento in cui si verifica una qualsiasi *malpractice*.

Il percorso di mediazione rappresenta per il cittadino un atto di trasparenza dell'azienda che si mette a disposizione dell'utente che ha subito un danno per chiarimenti e ascolto. Dall'altro lato i professionisti, a loro volta, si sentono parte di una struttura che li supporta anche in caso di *malprac-*

<sup>28</sup> Si tenga presente che tendenzialmente i casi di *malpractice*, risarcimento, ecc. arrivano alle direzioni sanitarie per il tramite della medicina legale che è investita in prima persona delle richieste legali e dunque da una fonte esterna che conosce il caso solo dopo che la procedura legale è già stata avviata.

tice più o meno grave, e li inserisce in un circuito virtuoso, consentendo un dialogo con il paziente anche al di fuori di percorsi strettamente giudiziali, senza il vincolo di una posizione di garanzia.

Inoltre si rileva che negli ultimi due anni lo strumento ha cominciato ad essere applicato sempre più diffusamente nel contenzioso tra professionisti all'interno dell'azienda. Proprio per rispondere a questa esigenza le équipes di mediatori propendono per la realizzazione di gruppi di mediatori interaziendali per garantire la terzietà e soprattutto per avere un costante dialogo interaziendale. L'aumento dei casi di mediazione interna comporta un maggior carico di lavoro per i mediatori, anche per l'esigenza di garantire terzietà rispetto al professionista. Nonostante ciò, il numero di quelli ancora attivi è diminuito rispetto a coloro che erano stati originariamente formati, a causa di trasferimenti, cessazione, pensionamenti, ecc. Questi due fattori, sommandosi, creano un notevole aumento del carico lavorativo in capo a ciascun mediatore evidenziando come il successo dell'esperienza determini la necessità di implementare nuovamente la funzione e la formazione dei mediatori.

Nonostante i dati positivi che emergono da questa esperienza, primo fra tutti la possibilità di raccogliere dati circa lo stato dei servizi offerti agli utenti, e di effettuare eventuali *review*, il fenomeno della mediazione dei conflitti mostra diverse criticità connesse all'operatività stessa del modello scelto.

#### 4.6. Debolezze del sistema

Anzitutto, si sottolinea che il percorso della mediazione dei conflitti è ancora un fenomeno che interessa un numero limitato di casi (circa 2.500 casi trattati fino ad oggi) rispetto alla quantità di reclami che ricevono le aziende ospedaliere della regione Emilia-Romagna. Inoltre, deve ricordarsi che la mancanza del riconoscimento di un ruolo ufficiale del mediatore all'interno dell'azienda indebolisce la credibilità e l'affidabilità stessa dello strumento.

A fronte, poi, di una gestione dei reclami troppo burocratica e scollegata all'interno delle aziende sanitarie, spesso accompagnata da una «tendenza all'omertà» rispetto a situazioni di disagio che possano compromettere la reputazione dell'azienda, il percorso di mediazione rimane frammentario e scollegato rispetto ad una gestione più coesa del *risk management*.

Altro fattore che deve essere tenuto in considerazione è il costo di questo tipo di procedure: infatti, l'assenza di risorse proprie per implementare una figura professionale di mediatore dei conflitti all'interno delle aziende non permette l'istituzione di veri e propri uffici di mediazione, limitando la portata dell'esperienza. Come si è già ricordato, poi, il numero dei mediatori attivi allo stato attuale, è inferiore rispetto al numero complessivo dei mediatori formati in questi anni, per una serie di ragioni. Questo fatto comporta un depotenziamento dell'esperienza, perché a fronte della crescita del nu-

mero degli ascolti effettuati e delle situazioni rilevate, nonché delle richieste da parte di utenti e professionisti, la mancanza di personale adeguatamente formato al ruolo, limita il potenziale deflattivo della mediazione, rischiando di lasciare inascoltati molti contenziosi che invece meriterebbero attenzione. A fronte della realtà organizzativa delle aziende sanitarie che, attualmente, vede limitare sempre più i propri fondi, è dunque necessario contenere il numero dei casi da affrontare. A tale scopo sarebbe necessario stabilire dei criteri certi per l'individuazione dei casi più meritevoli. Infatti, i mediatori lamentano le difficoltà legate proprio alla scelta dei casi da sottoporre al percorso mediativo, la quale dovrebbe avvenire in base a regole certe e determinate, non sempre agevoli da individuare, che tuttavia devono garantire la trasparenza del sistema.

Benché lo strumento non si proponga prioritariamente di evitare le richieste di risarcimento, posto che le richieste risarcitorie sono governate dai procedimenti giudiziari e dal ruolo delle assicurazioni, esso, laddove correttamente impiegato, consente una riconciliazione delle criticità, alleggerendo i toni del conflitto e preparando un terreno più collaborativo anche sul fronte giudiziale.

Inoltre, la raccolta sistematica e precisa dei dati raccolti potrebbe fornire una grande quantità di informazioni circa il numero e la tipologia dei reclami rivolti alle aziende, permettendo un monitoraggio su scala regionale, che contribuirebbe alla adozione di percorsi di miglioramento e di gestione del *risk management* attraverso un maggior coordinamento delle *best practice* messe a punto dalle singole aziende.

##### 5. La mediazione dei conflitti in Piemonte: il progetto

Anche in Piemonte, l'Agenzia regionale dei servizi sanitari (AReSS) ha deciso di favorire la nascita e lo sviluppo di una cultura di mediazione, idonea a prevenire le esacerbazioni del contenzioso relazionale, cioè quelle difficili relazioni che spesso intercorrono tra paziente-familiari-operatori sanitari. Così nel 2009 ha affidato all'Associazione Me.Dia.Re la formazione di un gruppo di mediatori nell'ambito del progetto «Ascolto e mediazione dei conflitti: la mediazione dei conflitti per la prevenzione e la riduzione del contenzioso nelle aziende sanitarie della regione Piemonte»<sup>29</sup>. La scelta è

<sup>29</sup> Il progetto, che si realizza attraverso un percorso formativo di 24 incontri (da marzo a dicembre 2009) per approfondire le tecniche di gestione delle controversie, porterà alla costituzione all'interno delle ASR di appartenenza di micro-équipe di professionisti «addestrati» a gestire i conflitti. Su di esso si veda A. D'Alfonso, S. Giordano e A. Quattrocchio, *Ascolto e mediazione dei conflitti per la prevenzione del contenzioso nelle Aziende Sanitarie della regione Piemonte*, in «Quaderni scientifici Aress», 2009, 4, *Clinical governance, La strategia della regione Piemonte, L'accreditamento istituzionale in regione Piemonte, Ascolto e mediazione dei*

stata motivata da una duplice ragione: da una parte, per cercare di risolvere i vissuti di tradimento e abbandono sperimentati dal cittadino e i suoi sentimenti ostili verso l'organizzazione e dall'altra, per comunicare all'operatore che l'ente non lo lascia solo a fronteggiare una situazione critica, ma si preoccupa della sua condizione professionale e personale.

In particolare, gli obiettivi specifici individuati, sono quelli di offrire la possibilità ai cittadini e ai professionisti di essere accolti e ascoltati nelle situazioni di conflitto, così da integrare i normali percorsi di accertamento dell'evento segnalato, con una maggiore attenzione alla persona, al fine di:

- ridurre l'avvio di procedure giudiziarie e di richieste di risarcimento, considerando quanto numerose sono le richieste di risarcimento improprie che occupano i percorsi legali, costituendo costi non trascurabili;

- risolvere quell'ostilità, sospettosità e spirito di rivalsa che impediscono spesso una soluzione concordata della vicenda;

- integrare un sistema di risposte che talora crea delusione e insoddisfazione nell'utente, aumentando la conflittualità;

- ridurre il carico gravante sulle spalle dei professionisti e dei loro responsabili, ma anche degli altri operatori che si occupano della gestione dell'evento avverso e delle relazioni con il pubblico, nel far fronte al cittadino insoddisfatto, arrabbiato e deluso;

- recuperare o evitare le talora gravi perdite che patiscono gli enti in termini di immagine aziendale.

Rispetto al progetto emiliano quello piemontese ha previsto, sin dalla sua fase iniziale, la propria applicabilità ai conflitti non solo esterni ma anche interni. Pertanto è possibile, attraverso i medesimi canali, attivare un percorso di mediazione trasformativa anche tra il personale sanitario.

### *5.1. Valutazione dei dati raccolti*

Il progetto avviato dalla regione Piemonte ha inizialmente coinvolto 7 delle 21 aziende sanitarie regionali, di cui 4 Asl (Torino 2, Novara, Biella, Cuneo 1) e 3 aziende ospedaliere (Alessandria, OIRM-Sant'Anna e CTO Maria Adelaide), nonché l'Assessorato regionale alla tutela della salute e sanità. Per ciascuna azienda sanitaria partecipante, sono stati selezionati tre operatori di diverso profilo professionale.

Dal 2009 al 2011 poi, tutte le strutture sanitarie della regione sono state oggetto di una formazione attivata dall'Associazione Me.Dia.Re, per un totale di 75 mediatori formati<sup>30</sup>.

*conflitti per la prevenzione e la riduzione del contenzioso nelle Aziende Sanitarie della regione Piemonte*, dicembre 2009.

<sup>30</sup> I corsi dell'Associazione Me.Dia.Re. (Mediazione Dialogo Relazione, [www.me-dia-re.it](http://www.me-dia-re.it)) per mediatori prevedono 192 ore di formazione interattiva e un tirocinio. Nel 2009 hanno



Contestualmente, l'Aress ha attivato un gruppo centrale, costituito da un rappresentante per ciascuna équipe, convocato periodicamente dal responsabile e dai coordinatori del progetto, con il compito di monitorare a livello regionale l'attività di mediazione. L'obiettivo è stato quello di supportare la fase di implementazione e monitoraggio presso le singole realtà aziendali e di costituire una rete regionale di mediatori, attraverso una costante attività di confronto fra pari e con l'Associazione Me.Dia.Re (responsabile della formazione). Fra i vari obiettivi del progetto rientravano inoltre l'adozione di atti ufficiali di istituzione delle équipes nelle singole aziende, la condivisione delle linee di indirizzo «Raccomandazioni per l'attività di ascolto e mediazione dei conflitti nelle aziende sanitarie della regione Piemonte», l'attivazione di percorsi di supervisione e approfondimento e la verifica delle ricadute organizzative.

## 5.2. La figura del mediatore

Le figure professionali che hanno seguito il corso per mediatori dei conflitti in ambito sanitario, attivato dalla regione Piemonte provengono da alcuni settori ben individuati: direzione sanitaria, gestione del rischio clinico, personale infermieristico, medicina legale, personale dell'organizzazione e sviluppo risorse umane (OSRU) e dell'Urp, rappresentanti del comitato pari opportunità.

La scelta, rispetto al personale da formare alla funzione di mediatore, durante il primo progetto formativo è stata compiuta direttamente dalle dirigenze sanitarie, attraverso una selezione interna, con il consenso della persona individuata, dato che la scelta di diventare mediatore è comunque e sempre volontaria. Per i successivi corsi, invece, si sono selezionati i candidati anche in base alla presentazione di candidature, ma sempre nell'ambito del personale afferente ai settori individuati dalla regione per la selezione: il *risk management*, gli Urp e il comitato pari opportunità; questo perché attraverso tali organi transitano già le segnalazioni degli eventi avversi verificatesi nelle strutture e, dunque, rappresentano un canale privilegiato rispetto alla conoscenza degli eventuali conflitti inter ed extra aziendali. Infatti, il personale di questi uffici svolge attivamente il compito di occuparsi delle segnalazioni ed è pertanto preparato a gestire le doglianze dell'utenza e del personale<sup>31</sup>. Poiché la mediazione dei conflitti non è uno strumento escluso

partecipato: AO CTO, AO OIRM-Sant'Anna, Asl AL, Asl BI, Asl CN1, Asl NO, Asl TO2, Assessorato alla Sanità; nel 2010: AO Ordine Mauriziano, AO SS. Antonio e Biagio e C. Arigo, AOU Maggiore della Carità, AOU S. Giovanni Battista, Asl CN2, Asl TO1, Asl TO5; e nel 2011: AOU S. Luigi Gonzaga, IRRC-Candiolo, Asl CN2, Asl NO, Asl TO3, Asl TO4, Asl VC, Asl VCO.

<sup>31</sup> Si rinvia a quanto già sottolineato in proposito rispetto alla scelta effettuata dalla regione Emilia-Romagna. In particolare pp. 181 ss., capitolo 5, par. 4.2.

sivamente fine a se stesso, ma può supportare altri tipi di procedure, perché insegna a rapportarsi all'altro in maniera più empatica, anche al di fuori della procedura stessa costituisce una tecnica intercambiabile ed integrativa rispetto ad altri percorsi di ascolto e quindi può fornire nuovi strumenti agli operatori che devono affrontare le segnalazioni.

All'interno di questo inquadramento generale fornito dalla regione, le singole aziende hanno avuto la libertà di individuare l'ufficio e le persone più idonee al ruolo, al fine di consentire che le attività di mediazione fossero, il più possibile, adatte ed integrate alla realtà concreta della singola struttura. Si sottolinea che, anche nelle esperienze piemontesi, il mediatore continua a svolgere il proprio ruolo professionale pregresso in azienda al quale aggiunge una funzione, quella appunto del mediatore; la selezione di queste figure, condotta dalle aziende, ha infatti puntato a sovrapporre il ruolo di mediatore a quello professionale, partendo dal presupposto che i mediatori avrebbero svolto la propria opera in concomitanza con la propria posizione lavorativa. Infatti, la funzione di mediatore dei conflitti si associa e si integra con le altre che già sono proprie dei soggetti coinvolti, evitando così uno sdoppiamento di ruoli che avrebbe creato un appesantimento del lavoro di ciascuno favorendo, al contrario, lo sviluppo di qualità di empatia ed ascolto che migliorano anche l'approccio agli altri compiti istituzionali.

### 5.3. Gestione dell'attivazione della procedura di mediazione

Una volta formati i mediatori, le aziende ospedaliere piemontesi hanno scelto di non strutturare la procedura secondo un medesimo protocollo, questo per poterlo adattare alle esigenze delle singole strutture<sup>32</sup>. Tuttavia, a livello regionale, l'Urp è stato indicato quale centro di raccolta e di smistamento delle richieste di ascolto, dato che esso rappresenta già il primo punto di contatto con il cittadino in azienda.

Benché l'Urp sia il canale attraverso cui vengono raccolte le segnalazioni dei casi di contenzioso dei cittadini (anche perché è l'ufficio dedicato a dare risposte e chiarimenti entro i 30 giorni previsti dal d.p.c.m. 21 gennaio 1994)<sup>33</sup>, non è l'Urp l'ufficio dedicato alla gestione della *malpractice*, bensì il canale attraverso cui i mediatori vengono contattati. Questa decisione è stata presa per evitare di accentrare la gestione degli incontri di mediazione nell'ufficio relazioni con il pubblico, scindendo l'operato delle équipes di mediazione da quello di altri soggetti. In molte aziende, inoltre, la gran parte delle segnalazioni arrivano all'équipe di mediazione attraverso il portale web, da cui è accessibile e percorribile la via dell'ascolto e della mediazione dei

<sup>32</sup> Si vedano le Raccomandazioni per l'Attività di ascolto e mediazione, Aress, Piemonte, 2008, in [www.aress.piemonte.it](http://www.aress.piemonte.it)

<sup>33</sup> Cfr. nota 24.

conflitti<sup>34</sup> e, pertanto, in tali occasioni l'Urp raccoglie la segnalazione telematica e la inoltra all'équipe di mediatori.

Una volta inoltrato il caso all'équipe di mediatori, essi valutano la possibilità concreta di sottoporlo al percorso di mediazione. Questa scelta si basa essenzialmente sulla natura stessa della segnalazione. Il caso deve, infatti, riguardare un conflitto che sia di tipo relazionale e non di tipo giudiziale con conseguente richiesta di risarcimento del danno, ma deve tuttavia essere un conflitto di una gravità tale da aver incrinato fortemente il rapporto fiduciario tra le parti coinvolte, rischiando di compromettere il sereno proseguimento del rapporto terapeutico o di quello di lavoro.

Operativamente gli incontri avvengono in due momenti distinti: il primo *step* consiste in un colloquio singolo tra l'équipe ed il paziente/professionista (l'ottimale sarebbe davanti a 2 mediatori nei colloqui singoli e 3 in quelli plurimi), seguito da un altro incontro tra l'équipe e l'operatore coinvolto. Questi colloqui non sono obbligatori ed hanno un basso livello di coerenza, pertanto l'operatore sanitario può anche rifiutare il percorso, così come può rifiutarlo l'utente. Se però le parti accettano, a questo punto il colloquio avviene tra tutti gli attori coinvolti, alla presenza di tre mediatori, terzi e neutrali rispetto alle posizioni dei confliggenti: durante gli incontri i mediatori hanno il ruolo di facilitatori della ripresa del dialogo interpersonale. Lo scopo della mediazione trasformativa è di arrivare a una conciliazione relazionale, cui si giunge attraverso l'emersione dei bisogni e dei vissuti di ciascuno, al fine di pervenire a un riconoscimento reciproco, anche attraverso la presentazione di scuse (fatto che tuttavia non sempre si verifica). L'ideale conclusione del percorso di mediazione consiste nel ripristino di quella relazione di fiducia che dovrebbe sempre legare medico e paziente e professionista e struttura. Lo scopo del mediatore è invece quello di far sentire la persona compresa e riconosciuta, in quanto tale.

Nei casi di contenzioso originato da un errore clinico, questa mediazione ha lo scopo di umanizzare la figura dell'operatore sanitario, mentre il contenzioso procede su un binario parallelo e solo in poche occasioni vi è spazio anche per la procedura di mediazione.

#### 5.4. Le aziende coinvolte

Come rilevato, la fase pilota del progetto ha coinvolto, inizialmente, 7 aziende sanitarie, insieme all'Assessorato regionale alla tutela della salute e sanità, ed è poi stato esteso nel 2010-2011 a tutte le aziende sanitarie. An-

<sup>34</sup> Cfr., ad esempio, il portale della Città della Salute della città di Torino, accessibile al link [www.molinette.piemonte.it/images/stories/MOLINETTE/Utenti/Mediazione\\_conflitti.pdf](http://www.molinette.piemonte.it/images/stories/MOLINETTE/Utenti/Mediazione_conflitti.pdf). Si deve rilevare che ad oggi il 9% delle aziende piemontesi ha un canale web dedicato al percorso di ascolto e mediazione.

che se le singole aziende hanno avuto libertà nella scelta delle modalità di implementazione del percorso di ascolto e mediazione, si riscontra una procedura unitaria rispetto al canale di ingresso delle segnalazioni in azienda. Le strutture già esistenti (*risk management*, l'ufficio legale, il personale infermieristico, ecc.) accolgono le varie doglianze di pazienti e personale sanitario e le filtrano smistandole tra l'ufficio legale, l'ufficio lavoro e assicurazioni e l'Urp, il quale a sua volta le indirizza, ove previsto, all'équipe di mediazione (questo ufficio dunque rappresenta il fulcro della raccolta delle segnalazioni da sottoporre a mediazione). Le équipes sono costituite da tre o cinque persone (generalmente tre), a seconda della grandezza della struttura, e si possono attivare anche spontaneamente ogniqualvolta vengano a conoscenza di un contenzioso tra paziente/parenti e operatori sanitari. Ciò accade raramente, poiché l'attivazione dell'équipe su segnalazione dell'Urp o ufficio legale è sicuramente il caso più frequente. L'attivazione dell'équipe avviene sia in caso di evento avverso, anche dovuto ad alea terapeutica, sia in caso di conflitti interpersonali, che possono essere interni o esterni. Sono interni quando riguardano la sfera lavorativa degli operatori sanitari, sono esterni quando i poli delle tensioni sono costituiti dai professionisti appartenenti alla struttura sanitaria da una parte, e la persona (paziente o familiare) che si rivolge all'ente per ricevere cure. Il conflitto esterno è acuito dall'asimmetria informativa che connota il rapporto medico-paziente anche perché quest'ultimo versa spesso in una situazione di forte stress, accentuato dall'incertezza della gravità della malattia e/o della prognosi, dalla preoccupazione per l'evoluzione di una patologia che non conosce e che deve affrontare da solo. È evidente che nel personale ospedaliero il paziente ricerchi anche un bisogno di ascolto e comprensione frutto di un più moderno approccio alla cura, basato sulla contrattazione.

Generalmente l'équipe di mediazione entra in gioco per disinnescare le minacce costituite dal contenzioso relazionale, anche se la sua azione non è preclusa nei casi più gravi poiché non concorre con le dinamiche del risarcimento del danno eventualmente offerto dalla struttura sanitaria: la mediazione mira a restituire ai soggetti protagonisti del conflitto il potere e la volontà di ristabilire una relazione interrotta. Si sottolinea, infatti, che l'attività di ascolto e mediazione rimane indipendente dagli altri percorsi formalizzati presenti in azienda (ad esempio la gestione dei reclami, delle denunce/ricieste risarcimento, delle segnalazioni di eventi avversi/sentinella/*near miss*...), per cui può avere luogo parallelamente a tali modalità gestionali.

Dai dati raccolti risulta che in 14 aziende, sulle 21 che hanno aderito al progetto, è stata attivata anche una delibera di istituzione dell'équipe, nello specifico presso l'azienda ospedaliera CTO, quella OIRM-Sant'Anna, e dell'Ordine Mauriziano, nella AOU Maggiore della Carità e AOU S. Giovanni Battista e AOU S. Luigi Gonzaga, nelle ASL AL, CN1, NO, TO1, TO2, TO 3, TO 4 e VCO. In quasi un quarto dei casi inoltre la struttura si

è occupata di continuare la formazione e l'informazione sullo strumento, sia tra i professionisti che tra gli utenti.

### *5.5. Prima valutazione dei risultati*

Dalle interviste condotte, in linea con quanto rilevato per la regione Emilia-Romagna, risulta che la quasi totalità dei mediatori coinvolti nell'esperienza è soddisfatta del proprio lavoro. Questo sentimento deriva da due diversi fattori. Da un lato, vi è la consapevolezza che le qualità di mediatore sono utili anche al di fuori del proprio ruolo, in quanto determinano l'acquisizione di capacità relazionali e di ascolto, che migliorano le relazioni tra i singoli anche nell'ambito personale; dall'altro, emerge che la percezione del percorso da parte dell'utenza è molto positiva, poiché il cittadino coinvolto in una situazione di conflitto con l'azienda o il suo personale trova nel percorso di mediazione dei conflitti una valvola di sfogo, un luogo in cui si sente preso sul serio e quindi apprezzato come persona. Il dato più positivo sotto questo profilo è certamente il fatto che molti utenti rimangono sorpresi e felici di essere contattati dai mediatori, perché per la prima volta si sentono davvero ascoltati dall'azienda. La circostanza che l'utenza sia sorpresa dell'attenzione riservatale dalla struttura sanitaria fa riflettere sul fatto che ciò che dovrebbe essere un dovere, ovvero l'attenzione ai propri pazienti, è ormai divenuto qualcosa di inusuale e di inaspettato. Questo dato è significativo di una grossa carenza, non solo del settore sanitario ma di gran parte della pubblica amministrazione (PA). Nel nostro paese, più che in altri, si avverte un senso di impotenza del cittadino nei confronti delle PA. Questo allontanamento della PA dai suoi utenti, trova proprio negli strumenti che qui si descrivono il proprio correttivo, perché in un clima di sfiducia e diffidenza, il cittadino perde il senso dei diritti che gli spettano e rimane succube del contesto; ribaltare questo schema, attraverso il riposizionamento del cittadino al centro della relazione con la PA, è uno degli obiettivi che si propone anche la mediazione trasformativa. Far sentire l'utente, il professionista e l'azienda parte di un tutto che comunica in trasparenza, allevia le tensioni, riconcilia gli animi e di fatto crea un clima di reciproca fiducia e rispetto, che di per sé giova alla azienda, ai professionisti e quindi agli utenti stessi.

La tempestività dell'attivazione dell'équipe di mediazione è pertanto fondamentale per riuscire a deflazionare il futuro contenzioso. Infatti, quanto prima l'azienda si interessa al caso tanto più l'utente ha la percezione di non essere solo e di avere qualcuno con cui «sfogarsi». Tale situazione determina, quale conseguenza, il fatto che spesso non sia affatto necessario portare a termine il percorso di mediazione, perché l'utente si sente soddisfatto già per il solo fatto di aver parlato con una figura aziendale, che è pronta a

starlo ad ascoltare, ridando dignità ai problemi che si lamentano e quindi alla persona stessa. Allo stesso modo è molto importante la composizione dell'equipe, poiché il mediatore può trovarsi in una situazione di familiarità pregressa con il professionista o con l'utente. Questi si può sentire giudicato e non percepirne la neutralità; pertanto le équipe devono essere attente a gestire una tale sovrapposizione, specie qualora il conflitto sia intra-aziendale. Questa problematica si acuisce, infatti, quando coinvolti nel conflitto sono solo i membri del personale aziendale. Nelle aziende piemontesi il percorso di mediazione è spesso utilizzato (quasi nel 50% dei casi) anche per risolvere il contenzioso che si crea all'interno della singola azienda, tra i diversi professionisti e in queste ipotesi è ancor più importante che l'unità di mediazione rimanga neutrale e distante rispetto alle soggettività stesse. I risultati di questa attività appaiono molto promettenti, perché la possibilità offerta ai professionisti di avere un incontro chiarificatore alla presenza di un terzo neutrale stempera i conflitti interni migliorando il clima lavorativo e garantendo maggior tempo e dedizione al proprio ruolo.

#### *5.6. Debolezze del sistema*

Benché i mediatori siano generalmente soddisfatti del loro ruolo, vi sono diverse criticità che è necessario analizzare. Anzitutto si deve notare che non sempre è possibile sottoporre un conflitto al percorso di mediazione dei conflitti. Infatti, come ampiamente sottolineato, dato che il percorso vuole deflazionare in primo luogo il contenzioso relazionale, i casi di conflitto che presuppongono un risarcimento del danno quasi mai o raramente entrano nel circuito mediativo. Non è quindi possibile stabilire direttamente se la mediazione dei conflitti possa essere uno strumento efficace per il contenimento del contenzioso sanitario. Quel che tuttavia sembra emergere dall'indagine è che, a seguito degli incontri di mediazione, la quasi totalità degli intervenienti si reputa soddisfatta, tanto che spesso non è necessario procedere al secondo incontro di confronto, tra le parti coinvolte. Questo dato, pur non essendo direttamente correlato alla diminuzione delle richieste di risarcimento del danno, consente di affermare che anche in caso di successiva azione per risarcimenti, questa sarà connotata da toni più contenuti e animi più sereni.

Nonostante questi dati positivi, emerge che la figura del mediatore fatica a diffondersi nelle realtà piemontesi. Se da un lato, grazie alla collocazione aziendale stessa dei mediatori, essi possono svolgere il proprio ruolo in concomitanza con la loro mansione principale, sembra che le aziende della regione non sempre valorizzino tale strumento e molti mediatori rilevano la mancanza di un adeguato coordinamento e riconoscimento da parte delle singole aziende e a livello regionale. Questa mancanza di attenzione genera



di conseguenza la mancanza di reportistica ufficiale. Benché naturalmente le singole équipe tengano traccia del lavoro svolto, questi dati non si concretizzano in report aziendali ufficiali e tantomeno in report regionali. Questo dato è scoraggiante perché tale mancanza vanifica gli sforzi fatti non consentendo di prendere spunto da questa casistica per migliorare l'attività aziendale.

Un secondo ordine di fattori di criticità deve essere rilevato nella mancanza di strutture adeguate per accogliere il percorso di mediazione, ossia spazi per effettuare gli incontri, nonché la mancanza di tempo da dedicare allo strumento. Sotto questo profilo deve rilevarsi che il percorso mediativo richiede tempo: da un lato perché ogni partecipante deve avere il diritto di esprimersi pienamente, e, dall'altro, perché la strutturazione per incontri separati ed eventualmente congiunti può richiedere anche diverse settimane, a seconda degli impegni di tutti. Questo, sommato al numero limitato di mediatori in servizio, ha un effetto diretto sul numero stesso di casi che possono essere sottoposti al percorso, che risulta di molto inferiore al numero delle segnalazioni ricevute dagli Urp. Di conseguenza, anche la selezione dei casi deve essere condotta secondo criteri che permettano di affrontare i conflitti più meritevoli e significativi.

Vi è infine da notare che proprio in riferimento ai casi di contenzioso risarcitorio, nella maggioranza di essi si assiste al rifiuto alla partecipazione alla mediazione da parte dell'utente, spesso perché il vissuto è troppo doloroso da condividere o perché non si vuole parlare con l'azienda, preferendo adire le vie legali.

Da ultimo, si segnala che gli obiettivi indicati dall'Aress nel 2008<sup>35</sup>, per supportare l'attività di ascolto e mediazione nelle aziende sanitarie regionali, non sono stati del tutto raggiunti. In particolare benché tutte le aziende piemontesi si siano dotate di équipe di mediatori interni, non è possibile affermare che si sia giunti ad attivare sul territorio regionale una rete dei mediatori. Questo è dovuto principalmente al fatto che la valutazione finale delle attività svolte e dei risultati ottenuti in termini di «conflitti risolti» e la restituzione alle aziende di reportistica inerente i risultati delle attività di ascolto e mediazione, non sono state implementate e portate a termine.

## 6. I due progetti a confronto

Anzitutto, deve sottolinearsi come il focus principale dei progetti avviati in Emilia-Romagna e Piemonte sia il medesimo. Obiettivo primario dell'esperienza di mediazione dei conflitti è, lo si ribadisce, la risoluzione di un conflitto interpersonale che si genera all'interno della struttura sanitaria in-

<sup>35</sup> Si vedano le Raccomandazioni per l'Attività di ascolto e mediazione, Aress, Piemonte, 2008, in [www.aress.piemonte.it](http://www.aress.piemonte.it)

teressata, conflitto che può essere esterno o interno ma che in ambo i casi mina il rapporto fiduciario tra utente-struttura e tra professionista e struttura.

L'idea che accomuna queste esperienze è quella di creare un «clima di ascolto», all'interno delle strutture sanitarie, che favorisca una ricomposizione delle micro conflittualità, al fine di creare un ambiente positivo in cui il paziente si senta davvero compreso ed aiutato ed il professionista possa operare senza tensioni e quindi con maggiore efficienza. In questo senso la mediazione dei conflitti dovrebbe rendere la struttura sanitaria un luogo non solo di cura, ma anche di comprensione, dove il servizio medico si associa ad una maggiore attenzione al paziente, inteso non solo quale malato ma quale persona portatrice di una serie di problematiche che possono andare al di là del solo dato clinico<sup>36</sup>.

Senza voler creare degli organismi che possano ricondursi all'ascolto terapeutico (di tipo socio e psico assistenziale) la mediazione dei conflitti vuole prevenire e gestire tutto quel substrato conflittuale che spesso nulla ha a che fare con le richieste risarcitorie ma che, tuttavia, genera un allontanamento dell'utente dalla struttura sanitaria in termini di fiducia e di affidamento.

Benché i progetti della regione Emilia-Romagna e Piemonte muovano da una medesima idea appare tuttavia evidente come questi si sviluppino in modo autonomo.

Una prima differenza è data dalla stessa articolazione della procedura di avvio del percorso mediativo. Mentre in Emilia-Romagna ogni struttura si è organizzata autonomamente per l'attivazione dei canali di ascolto e pertanto la singola azienda crea al suo interno una procedura strutturata o semi strutturata, in Piemonte l'avvio del percorso può avere genesi diverse, non ultima quella che deriva dall'iniziativa spontanea del paziente, anche se l'Urp rimane il naturale ricettore individuato per le doglianze, con la conseguenza che non si rinvengono procedure codificate a livello di singola azienda.

Diversamente, la scelta degli operatori da formare come mediatori risulta analoga nelle due regioni. Infatti, questa ricade su personale che nella struttura già si occupa della gestione dei conflitti, intesa in senso lato, e dunque il personale Urp, infermieristico e del *risk management*, ma anche personale dell'ufficio legale o dei comitati di pari opportunità. A tale proposito si rileva tuttavia che mentre nelle strutture piemontesi il mediatore è stato scelto tra il personale che ricopriva già una funzione di raccolta e gestione delle segnalazioni dei cittadini e dei professionisti operando frontalmente (ren-

<sup>36</sup> Su questi temi A. Quattrocolo e V. Trombini, *Esperienze di mediazione in sanità*, in «Consumatori Diritti e Mercato. Rivista quadrimestrale Altroconsumo», 17, 2011, 2, pp. 131-141; S. Boverini e A. Quattrocolo, *Abusi, conflitti e possibilità di mediazione*, in *La tutela del minore*, a cura di E. Franceschetti, Forlì, Expert Edizioni, 2005; M. D'Alessandro e A. Quattrocolo, *La mediazione trasformativa come prassi*, in «Quaderni di mediazione», 2007, 5.

dendo così più agevole la conciliazione del ruolo di mediatore con il proprio lavoro), ciò non sempre accade nelle aziende emiliano-romagnole, con la conseguenza che l'organizzazione del lavoro per questi mediatori è sicuramente più difficoltosa sia in termini di tempo che di attenzione.

Anche la procedura stessa della mediazione dei conflitti è analoga nelle due esperienze: prima fase di ascolto individuale e seconda fase di confronto, con l'assistenza di 3 mediatori, eventuale terza fase di raccolta dati.

Entrambe le esperienze puntano, poi, a lasciare distinti l'ambito operativo della mediazione dei conflitti o trasformativa e quello dei percorsi volti all'instaurazione del contenzioso giudiziale, puntando sull'ascolto e la composizione del conflitto interpersonale, senza vincolare l'azienda da un punto di vista legale. L'esperienza, infatti, non vuole incidere immediatamente sulla deflazione dei contenziosi giudiziali quanto piuttosto sulla ricomposizione di un clima di serenità, attraverso la mutua accettazione dell'altro, della sua umanità e conseguente fallacia, così da diminuire la distanza tra utente ed operatore e tra utente e struttura sanitaria, in un'ottica di integrazione dei conflitti, loro accettazione e loro gestione.

Benché sia in Emilia-Romagna che in Piemonte si riscontrino diverse difficoltà, soprattutto di tipo organizzativo (si pensi alla mancanza di un riconoscimento ufficiale del ruolo di mediatore quale funzione propria, il carico di lavoro, la scarsità di risorse umane e tecniche e la mancanza di fondi), il monitoraggio di queste esperienze dimostra come questo tipo di azioni, laddove supportate correttamente, possano dare ottimi risultati in termini di alleggerimento del conflitto. Tuttavia, proprio per la natura non vincolante dello strumento, la raccolta dei dati rispetto a tipologia e numero degli eventi segnalati risulta essere problematica; infatti, poiché la mediazione dei conflitti è un percorso volontario e totalmente estraneo alle richieste di risarcimento, esso è anche anonimo. Ciò comporta il fatto che i mediatori tengano nota solo della tipologia di conflitto affrontata, tralasciando altri dati e che siano poi gli stessi mediatori a segnalare al *risk manager* i conflitti maggiormente significativi che possono portare alla emersione di problematiche più ampie legate alla organizzazione della struttura sanitaria. In pratica è lasciato ai singoli mediatori e quindi al *risk manager* il compito di individuare quei conflitti che effettivamente possono derivare da mancanze del sistema e che dunque possono essere utili per migliorare i servizi aziendali. Ciò significa che una mappatura completa dei conflitti affrontati in mediazione non è disponibile o quantomeno non in forma precisa tale da stilare una casistica significativa in termini statistici, con la conseguenza che l'eventuale attività di miglioramento aziendale su problematiche specifiche, rimane legata alla «buona volontà» degli operatori coinvolti e dalla loro capacità di individuare un caso quale risultato di una mancanza più generale del sistema.

L'insufficienza del sistema di controllo e raccolta dati rischia, pertanto, di relegare queste esperienze tra le tante che cominciano e poi si arrestano.

Sembra opportuno che questi progetti vengano potenziati, dato non solo l'investimento umano e capitale sostenuto dalle regioni, ma per la loro natura, che li rende strumenti utili sia a conoscere concretamente i conflitti interni ed esterni alle aziende, sia a generare un forte potenziale di pubblicità positiva. In riferimento a questo la regione Emilia-Romagna continua nel monitoraggio dei risultati aziendali ed ha attivato un nuovo corso di formazione nel 2012, dimostrando la propria fiducia nello strumento, ricollocandolo tra quelli previsti per la programmazione del *risk management* dei prossimi anni.

Uno degli aspetti più problematici di queste esperienze rimane, ancora una volta, quello del finanziamento. L'attività di mediazione dei conflitti, infatti, implica costi di formazione e aggiornamento, di implementazione delle strutture, nonché costi umani ed in termini di tempo. Consapevole di questo fatto la regione Emilia-Romagna ha optato per un controllo stringente sul numero dei casi da portare in mediazione, favorendo sì la diffusione dello strumento, ma senza renderlo totalmente pubblico; da ciò nasce la scelta di non attivare un canale di segnalazione attraverso la pagina web. Infatti, la regione è intenzionata a far progredire questo strumento e pertanto ha dovuto trovare un compromesso tra i casi da sottoporre alla mediazione e i costi che ciò comporta. Al contrario, molte aziende sanitarie piemontesi hanno attivato canali di ingresso della segnalazione tramite il portale web. Il recente scioglimento dell'Aress piemontese ha creato, tuttavia, confusione e ripartizione dei ruoli, cosa che ha comportato una maggiore difficoltà nella collazione dei dati regionali.

Si deve poi rilevare che, perché un clima di ascolto si instauri in azienda, è necessario che le tecniche e gli strumenti di mediazione siano conosciuti al suo interno<sup>37</sup>. È quindi necessario che le aziende investano molto nella pubblicità interna dello strumento, perché la sua conoscenza può facilitare l'ingresso delle segnalazioni anche da parte degli stessi professionisti, agevolando in tal modo la risoluzione del conflitto.

Nonostante le difficoltà segnalate, i progetti hanno riscosso notevole successo, soprattutto tra l'utenza, tanto che diverse altre realtà nazionali si sono attivate in anni recenti per sviluppare autonomi percorsi di mediazione. Ciò che appare maggiormente interessante è che questo strumento è molto maleabile rispetto alle esigenze ed alle caratteristiche della singola azienda in

<sup>37</sup> Per capire l'opinione dei medici sull'introduzione della mediazione in sanità, Assomedico ha condotto, nell'aprile del 2010, un'indagine su un campione di medici associati (il 62% dei quali è in regime di convenzione con il SSN e il 57% esercita la libera professione). In particolare emerge che ben il 66,5% dei medici non è a conoscenza della normativa in oggetto, il 21% ne ha sentito parlare e solamente il 12,5% è preparato. Interessante è sottolineare che più dell'88% dei professionisti intervistati ritiene valida la modalità di mediazione in caso di controversia. Questo modo di procedere è visto come positivo per entrambi dal 79% degli intervistati, come positivo solo per il medico dal 9% e positivo solo per i pazienti per il restante 10%.

cui viene introdotto e può essere riadattato facilmente a realtà anche molto diverse fra loro. Anche la strutturazione interna del percorso mediativo (2 mediatori nei colloqui individuali e 3 nella fase di definizione) non rappresenta un set rigido e può essere regolata rispetto alle esigenze concrete del caso che si sta trattando, come effettivamente accade nelle esperienze che si sono esaminate. Affinché questo strumento sia realmente efficace è necessario che il mediatore sia correttamente formato, perché deve essere preparato sia professionalmente che umanamente al ruolo che andrà a ricoprire, soprattutto in termini di carico emozionale e di gestione del proprio ruolo di neutralità. Per tali ragioni si ritiene che il ruolo di mediatore dei conflitti debba essere rafforzato in quanto è strategico in un'ottica di gestione corretta del rischio aziendale<sup>38</sup>. Attraverso la mediazione, infatti, passano tutti quei contenziosi relazionali che ingolfano la macchina della salute e che finiscono per riverberarsi sui soggetti più deboli, ovvero i pazienti. Se il fine ultimo dei servizi sanitari è quello di garantire il diritto alla salute dei cittadini è necessario ricomprendervi non solo l'eccellenza nella cura ma anche il trattamento globale offerto al paziente. La mediazione dei conflitti si occupa di quest'ultimo aspetto, sia a livello esterno, garantendo l'ascolto, la valorizzazione della dignità della persona, il ristabilimento della fiducia e la crescita personale, sia a livello interno, favorendo la nascita di un clima disteso, lo sviluppo del dialogo e la capacità di risolvere tempestivamente i problemi; tutti questi fattori contribuiscono a garantire un rischio controllabile nei sistemi sanitari ed una sua migliore gestione globale.

Se a prima vista, dunque, il progetto di mediazione dei conflitti non incide direttamente sul numero delle azioni giudiziali promosse contro le aziende e gli operatori sanitari, esso disinnesca comportamenti ed atteggiamenti che possono danneggiare l'azienda sia in termini di prestigio che propriamente risarcitori<sup>39</sup>.

Vi è poi un secondo fattore di rilievo. Benché la mediazione trasformativa non si proponga di arrestare le richieste di risarcimento<sup>40</sup>, dal momento che le domande giudiziali sono legate a doppio filo al ruolo delle assicurazioni e alle aspettative risarcitorie, questo strumento, laddove correttamente impiegato, consente una riconciliazione del vissuto altrui, favorendo anche la distensione del clima giudiziale e quindi delle richieste risarcitorie. Essere

<sup>38</sup> A tale proposito si rileva che la mediazione dei conflitti in ambito sanitario necessita di una formazione adeguata e specifica.

<sup>39</sup> Dati specifici su questo argomento non sono disponibili; tuttavia, si ritiene che il deflazionamento del contenzioso interno (ovvero tra operatori e struttura) dovrebbe avere un effetto importante sulla diminuzione delle controversie lavorative, sia in équipe che contro l'azienda, consentendo un alleggerimento del carico assicurativo su questo fronte.

<sup>40</sup> Per una disamina sintetica sul tema si veda V. Trombini, *La mediazione trasformativa come risorsa nella prevenzione e gestione dei conflitti in materia sanitaria. I (rari) punti di contatto e le (molte) differenze con la conciliazione prevista dal d.lgs. 28/2010*, in «Temi di mediazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie», marzo 2011.

in grado di diminuire il contenzioso non legato alla sola *malpractice* medica potrebbe, dunque, avere effetti positivi anche nella gestione delle polizze assicurative. Infatti, il monitoraggio costante dei dati raccolti potrebbe fornire utili informazioni per mappare il numero e la tipologia dei reclami rivolti alle aziende, permettendo l'individuazione delle principali cause di conflitti infra-ospedalieri su scala regionale. Ciò potrebbe contribuire all'adozione di percorsi che possono portare all'emersione dei rischi latenti e di gestione della *malpractice* attraverso la condivisione dei risultati di tutte le aziende, con evidenti ricadute sul mercato assicurativo. L'affinamento di questi dati consentirebbe, inoltre, di meglio definire le probabilità di rischio di ogni contratto assicurativo, parametrandone i costi secondo indici condivisi. La virtuosità di un'azienda sanitaria potrebbe portare alla negoziazione del premio in ragione della minore tendenza alla *malpractice* della struttura sanitaria.

Si osserva, tuttavia, che lo strumento principale per raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione delle informazioni recuperate tramite la revisione sistematica è la sintesi quantitativa, che cerca di fornire una stima dell'effetto complessivo di un determinato intervento, preservando l'identità delle singole situazioni. Il lavoro di sintesi quantitativa comporta l'impegno di numerose risorse, sia economiche che personali e, nonostante ciò, esso garantirebbe uno studio analitico degli eventi avversi e una loro economicizzazione sotto il profilo assicurativo, consentendo alle aziende sanitarie di valutare esattamente il rischio a cui sono esposte e quindi di avere strumenti contrattualistici adeguati.

Infine, si deve ricordare che le esperienze sin qui descritte si inseriscono nel più ampio panorama della cultura di mediazione, che poco per volta comincia ad interessare molti settori. Infatti, in diverse regioni, province e comuni italiani, sempre più esperienze di mediazione vengono utilizzate per risolvere i conflitti più vari, da quelli di vicinato o condominiali ai piccoli e grandi problemi tra persone di diversa età e cultura, o nei contrasti familiari<sup>41</sup>. Questo dato dimostra che l'esigenza di riportare il modello dell'ascolto e dell'empatia nelle relazioni di tutti i giorni è sempre più avvertito nella nostra società: le esperienze analizzate si giustificano allora e si alimentano, proprio alla luce della necessità di ristabilire dei canali comunicativi tra i vari livelli, al fine di garantire un vero diritto alla salute dei cittadini.

<sup>41</sup> Tra le molte esperienze, nei diversi ambiti segnalati, si segnalano: Comune di Ferrara, area tematica servizi in [www.servizi.comune.fe.it](http://www.servizi.comune.fe.it); Comune di Reggio Emilia, area tematica servizi sociali e welfare in [www.municipio.re.it](http://www.municipio.re.it); Comune di Cuneo, area tematica socio-educativo in [www.comune.cuneo.gov.it](http://www.comune.cuneo.gov.it); Comune di Prato, area tematica come fare per, in [www.comune.prato.it](http://www.comune.prato.it); Comune di Modena, aree tematiche abitare, in [www.comune.modena.it](http://www.comune.modena.it); Comune di Milano, Progetto di mediazione un amico comune, in [www.comune.milano.it](http://www.comune.milano.it); Comune di Firenze, area tematica mediazione sociale, in [www.comune.fi.it](http://www.comune.fi.it).



La mediazione, così come concepita in queste esperienze, è uno strumento estremamente orientato a un'umanizzazione del sistema sanitario e il suo valore sta proprio nella particolare attenzione che pone alla persona, sia essa un cittadino o un professionista dell'azienda.

L'ascolto interessato e partecipe e la totale assenza di giudizio rappresentano certamente i punti di forza di questa metodologia. L'esperienza suggerisce invece che i pazienti, se posti da un punto di vista umano su un piano paritetico, sono in grado di comprendere e accettare l'errore medico, chirurgico o assistenziale anche se gli ha arrecato un danno. Diventa allora importante non esimersi da questo compito difficile, impegnativo ma necessario, di dialogare con i pazienti e con i loro familiari.

In altre parole, occorre anche ascoltare i loro timori, indagare il loro mondo fantasmatico associato alla malattia e occorre essere espliciti sui limiti sia della medicina che degli esseri umani che la praticano.

Le esperienze di mediazione dei conflitti non sono certo la panacea a tutti i mali del sistema sanità, sicuramente però rappresentano un primo passo verso una visione più globale della cura, intesa non solo come servizio teso a ristabilire le condizioni di salute del paziente, ma anche quale elemento che incide sulle emozioni e le reazioni del paziente e del professionista, al fine di rivalutare tutte le sfaccettature che compongono e garantiscono la tutela effettiva del diritto alla salute della persona<sup>42</sup>.

## 7. Altre esperienze regionali

Come già rilevato, il progetto «La mediazione dei conflitti» è stato sperimentato anche in altre regioni italiane, pur non in forma così compiuta come in quelle analizzate, a causa principalmente della loro recente istituzione e per tale motivo lo studio non ha previsto una mappatura ampia come quella dedicata alle regioni Piemonte ed Emilia-Romagna.

La regione Lombardia ha promosso lo sviluppo di un'attività di gestione del rischio e dei programmi di *risk management* interna alle strutture ospedaliere del proprio territorio, fin dal 2004<sup>43</sup>. Lo scopo di questa iniziativa è stato quello di creare un flusso informativo, per conoscere il fenomeno e

<sup>42</sup> A questo proposito deve segnalarsi l'indagine Censis 2010, commissionata dal Ministero della Salute sulle aspettative e la soddisfazione dei cittadini rispetto a salute e sanità, in «Quaderni del Ministero della Salute», n. 5, settembre-ottobre 2010. Secondo i dati raccolti il 30% degli intervistati ritiene molto probabile che un paziente ricoverato possa incorrere in un errore, percentuale che sfiora il 40% al sud e isole. Peraltro paragonati ad altri cittadini europei gli italiani sono quelli che temono di più di incorrere in *malpractice* medica, secondo l'Indagine Altroconsumo, gennaio-aprile 2011, in «Test salute Altroconsumo», ottobre 2011, *Ti senti in buone mani?*

<sup>43</sup> Emanando la circolare regionale 46/SAN del 27 dicembre 2004.

favorire una maggiore consapevolezza negoziale con le compagnie assicurative. A questo fine è stato avviato il progetto di mappatura dei rischi risarcimento conto terzi ospedaliero (RCT/O), per avere una panoramica sui dati relativi agli accadimenti verificatisi dal 1999 in poi e per conoscere le aree di sinistrosità per aree aziendali, la durata media del contenzioso e il suo dimensionamento economico, con un particolare focus sulla mappatura delle richieste di risarcimento danni inviate alla struttura ospedaliera o sanitaria; delle denunce cautelative dell'azienda ospedaliera o sanitaria per eventi che potrebbero dar luogo in futuro a richieste di risarcimento danni; dei procedimenti penali (solo se la polizza RCT/O prevede una sezione tutela legale); e delle polizze di RCT/O.

In questo più ampio quadro di gestione del *risk management*, nel 2009, la Direzione generale della sanità della regione Lombardia ha affidato all'Associazione Me.Dia.Re l'incarico di sviluppare un progetto formativo sul tema «Ascolto e mediazione dei conflitti per la prevenzione/riduzione del contenzioso nelle aziende sanitarie della regione Lombardia».

La formazione svolta e organizzata presso l'I.R.E.F. – Scuola di direzione in sanità – ha portato, mediante due corsi, a formare un team di ascolto e mediazione in tutte le 33 aziende ospedaliere e fondazioni Irccs della Lombardia. Un terzo corso si è svolto da marzo a giugno 2011 per costituire équipe di ascolto e mediazione in tutte le Asl della regione. Ancora prima, tra il 2009 e il 2010, un progetto formativo di 192 ore, aveva portato alla costituzione di un gruppo di ascolto e mediazione presso la fondazione Irccs-Istituto nazionale dei tumori di Milano. L'équipe costituita in questo centro, si attiva su segnalazione dell'Urp, che direttamente contatta il cittadino per proporgli il percorso, il quale qualora accettato dall'utente, si svolgerà secondo lo schema classico degli incontri separati e del successivo incontro congiunto.

Un altro gruppo di ascolto e mediazione è poi stato istituito nella azienda sanitaria di Lecco<sup>44</sup>, composto da due professionisti, di cui uno maggiormente (ma non esclusivamente) dedito alla mediazione, il quale partecipa alle riunioni sia dell'unità di gestione del rischio, sia del comitato valutazione sinistri. Il team si compone di due operatori opportunamente formati presso Éupolis<sup>45</sup>, che già operavano all'interno dell'azienda, con una

<sup>44</sup> Con delibera n. 202 del 20 aprile 2011, questa azienda ha adottato il Piano annuale di *risk management* per l'anno 2011. Nel Piano suddetto è previsto, tra i progetti specifici, anche l'implementazione dell'attività di ascolto e mediazione in azienda.

<sup>45</sup> Éupolis Lombardia è l'Istituto superiore per la ricerca, la statistica e la formazione di regione Lombardia, operativo dal 1° gennaio 2011, a sottolineare l'attenzione crescente alla conoscenza come fondamento dell'azione politica e amministrativa. La *mission* dell'Istituto è sintetizzata nello stesso nome: il prefisso avverbale greco *Eu* è esplicitamente valoriale e significa «bene»; *Pólis* è la città intesa quale comunità politica, sociale e territoriale, alla cui vita partecipano attivamente tutti i cittadini. *Éu-polis* – quindi – la città buona, il buon governo.

specifica funzione e che, all'occorrenza, vengono contattati per l'attività di ascolto ed eventualmente mediazione, da svolgersi comunque in orario di servizio. Nello svolgimento della propria funzione il mediatore agisce nel rispetto della privacy ed ha diritto di accesso alle informazioni e ai documenti necessari. Un ruolo centrale ha, in questa esperienza, il *risk manager* che diviene il coordinatore del servizio di mediazione dei conflitti, avendo il compito di individuare i casi da trattare, di convocare i mediatori e di tenere traccia dell'attività svolta, mentre l'invito delle parti avviene a cura dei mediatori direttamente. Inoltre, il coordinatore deve favorire la diffusione in azienda della cultura dell'ascolto, con apposite comunicazioni volte a portare a conoscenza di operatori e utenti l'esistenza del servizio.

Dal 2012 è poi attivo, presso la Asl di Bergamo, il Centro di ascolto e mediazione (CAM), in cui viene offerto un percorso di incontri condotti da mediatori, appositamente formati e messi a disposizione dall'azienda. Il momento di confronto è improntato alla realizzazione di una mediazione trasformativa, puntando sui colloqui individuali a cui, ove se ne ravvisi la possibilità, si può anche far seguire un incontro fra le parti, per chiarire al meglio le reciproche posizioni. Questo centro si propone principalmente, di sanare le situazioni con un coinvolgimento emotivo molto forte, ovvero i casi in cui non appare chiara l'esatta dinamica degli avvenimenti da cui sono scaturiti comportamenti ostili o, comunque, non reciprocamente compresi.

### 7.1. *L'esperienza delle camere di conciliazione in sanità*

Nell'ambito, invece, delle iniziative tese ad istituire forme organizzate di ADR in ambito sanitario, quantomeno a livello loco-regionale, allo stato attuale nel nostro paese, esistono alcune limitate esperienze<sup>46</sup>. Si deve rilevare che per la maggior parte queste esperienze mirano a trovare soluzione ad un contenzioso giudiziario già in atto o in potenza e per tanto si discostano dall'esperienze di mediazione trasformativa qui illustrate. Tuttavia, esse mostrano come sempre più sia avvertita l'esigenza di conciliare le controversie

<sup>46</sup> Si possono rinvenire le fondamenta dell'attuale tendenza a predisporre strutture *ad hoc* che svolgano funzione conciliativa in materia sanitaria nella legge istitutiva d.lgs. C.P.S. del 13 settembre 1946, n. 233, relativa alla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse che, all'art. 3, lett. g), individua le attribuzioni che spettano al Consiglio direttivo di ciascun Consiglio dell'Ordine: «interporre, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, o fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari e per altre questioni inerenti all'esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere nelle controversie stesse». Tale previsione riconosce ai Consigli dell'Ordine dei medici, nelle controversie in materia sanitaria, la facoltà di favorire forme di composizione negoziata dei conflitti come strumenti che promuovono una soluzione, in chiave soddisfacente, della controversia.

che insorgono, piuttosto che ottenere esclusivamente una soddisfazione economica, ciò non perché il risarcimento non sia importante, quanto piuttosto perché si ammette che in questo settore, l'allocazione di responsabilità e l'ottenimento di un risarcimento, non sono le uniche vie soddisfattive per colui che ha subito un danno, riconoscendosi invece il bisogno di trovare una soddisfazione che sia più personale ed umana.

Sul piano del contenimento del contenzioso strettamente risarcitorio la regione Veneto ha emanato la legge 31 luglio 2009, n. 15, recante «Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario» volta alla promozione di «modalità di composizione stragiudiziale delle controversie insorte in occasione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie»<sup>47</sup>. Per il perseguimento di queste finalità viene istituita una Commissione conciliativa regionale, con il compito di comporre in via stragiudiziale le controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni erogate dalle aziende sanitarie locali, nonché dalle strutture private convenzionate. Vengono inoltre stabiliti principi e criteri direttivi cui si deve ispirare il procedimento davanti alla Commissione, fra i quali la non obbligatorietà, la volontarietà, la gratuità, la imparzialità, la celerità e la riservatezza del procedimento. La definizione della controversia, in caso di accordo tra le parti, avviene con una transazione. Questa legge è stata oggetto di ricorso costituzionale da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. *l*), della Costituzione in materia di competenza statale riservata nel campo dell'«ordinamento civile» e della «giurisdizione e norme processuali». Tale ricorso era stato proposto nelle more dell'approvazione della legge 18 giugno 2009, n. 69 con cui si delegava al governo l'emanazione del decreto sulla mediazione. La Corte costituzionale, con la sentenza 14 maggio 2010, n. 178, ha rigettato il ricorso, sottolineando come la legge impugnata fosse finalizzata a ridurre il fenomeno della medicina difensiva che nuoce alla qualità della prestazione sanitaria<sup>48</sup>. La Corte ricordava, poi, come «la predisposizione di servizi volti a facilitare la conciliazione stragiudiziale in materia di danni da responsabilità sanitaria è stata oggetto di altre leggi regionali».

Tra le varie prassi regionali spicca, ad esempio, l'esperienza messa a punto dalla Provincia di Bolzano<sup>49</sup>, per organizzazione e compiuta previsione della procedura conciliativa. Questo strumento prevede l'intervento di una Commissione conciliativa sulla responsabilità medica, composta da tre

<sup>47</sup> Art. 1, comma 1, della legge citata.

<sup>48</sup> M.R. Fascia, *La mediazione e la responsabilità medica*, in «I Contratti», 2011, 4, pp. 425-428.

<sup>49</sup> Decreto del presidente della Provincia 18 gennaio 2007, n. 11, *Disposizioni relative alla commissione conciliativa per questioni di responsabilità medica*, in Bollettino Ufficiale Provincia di Bolzano, 27 febbraio 2007, n. 9 (supplemento n. 1), [www.provincia.bz.it/sanita/com-conciliativa\\_i.htm](http://www.provincia.bz.it/sanita/com-conciliativa_i.htm).

membri stabili, rappresentati da un magistrato con funzioni di presidente, un medico legale ed un avvocato esperto di responsabilità professionale sanitaria. La Commissione conciliativa è competente per i casi in cui si ritiene che il danno alla salute possa essere dovuto ad un presunto errore medico nella diagnosi o nella terapia o essere una conseguenza dell'omessa o irregolare informazione<sup>50</sup>.

Il ricorso alla Commissione conciliativa può essere effettuato solo prima di ricorrere all'autorità giudiziaria. L'obiettivo, infatti, è quello di arrivare ad una transazione stragiudiziale tra le parti; la procedura è gratuita ad eccezione degli oneri derivanti da eventuali legali o consulenti di cui la parte intenda avvalersi. La procedura, molto strutturata per quanto attiene le professionalità coinvolte, scandita nei tempi e nei costi, affidata ad un organismo stabile ed istituzionalizzato, ha forti elementi di similitudine con le Commissioni conciliative tedesche, di cui detto. La possibilità di ricorrere ad esperti esterni sembra, infatti, garantire l'apporto di specificità tecniche, laddove il caso le richieda, mettendo al riparo da critiche inerenti la competenza della Commissione stessa ad accedere a tutti i variegati ambiti propri alla responsabilità medica. Inoltre nella Provincia Autonoma di Bolzano sono attive anche le cosiddette Commissioni miste conciliative che hanno quale scopo, quello di deflazionare il contenzioso tra amministrazione sanitaria e paziente, al fine di risolvere tutti quei reclami ai quali l'Urp non ha saputo far fronte. Queste Commissioni si attivano a seguito di un ricorso scritto e sono composte da tre membri aziendali e tre membri selezionati dalle associazioni di volontariato e tutela dei diritti dei pazienti.

Il «Progetto Accordia» è, invece, la sperimentazione di uno Sportello della conciliazione nato per iniziativa dell'Ordine dei medici e degli odontoiatri di Roma nel 2005<sup>51</sup>. Esso prevede la possibilità per il cittadino di ottenere un esame gratuito della vicenda clinica, tramite una commissione tecnica costituita da due avvocati, due medici legali ed un esperto assicurativo di comprovata esperienza. Lo Sportello accetta solo vertenze civili che inerenti professionisti sanitari/strutture sanitarie, operanti nella provincia di Roma, con valore della richiesta risarcitoria non superiore a 25.000 euro. La Commissione tecnica esprime il suo parere entro trenta giorni dalla presentazione della domanda e, previo accordo delle parti, la pratica viene trasmessa alla Camera di conciliazione presso l'Ordine degli avvocati, dove un conciliatore convocherà le stesse parti per la definizione della vicenda.

Ancora, deve segnalarsi l'istituzione di un Servizio regionale per le con-

<sup>50</sup> U. Izzo e G. Pascuzzi, *La responsabilità medica nella Provincia Autonoma di Trento. Il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, Provincia Autonoma di Trento, 2003.

<sup>51</sup> Vedi Progetto Accordia, [www.ordinemediciroma.it/OMWeb/Files/Documenti/doc400033.pdf](http://www.ordinemediciroma.it/OMWeb/Files/Documenti/doc400033.pdf), commentato da C. Vaccà, *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell'Ordine dei medici di Roma*, in «I Contratti», 2007, 10, pp. 933-935.

troversie che nascono nelle aziende sanitarie toscane<sup>52</sup>. Il progetto prevede l'istituzione «di un servizio ispirato ai principi di terzietà, autonomia ed indipendenza di giudizio e valutazione» e si propone come obiettivi di «favorire il riavvicinamento del cittadino con il SSR [...] deflazionare il contenzioso giudiziario [...] assicurare una più rapida risoluzione delle controversie». La sperimentazione prevede che siano le aziende sanitarie a dover definire l'ambito di applicazione dell'esperienza, individuando anche le modalità di concorso delle compagnie di assicurazione, oltre a definire la procedura in termini di accesso, avvio ed esito del procedimento e della conciliazione. Il conciliatore è figura per cui viene precisato solo che deve essere «neutrale, indipendente e deve essere in possesso di una approfondita esperienza in tecniche della comunicazione e mediazione [...] Il conciliatore se necessario potrà avvalersi di un medico legale, di un procuratore legale, di un medico specialista». Il progetto pilota sembra un lodevole tentativo di introdurre una forma istituzionalizzata di conciliazione, ciò non di meno dovrà, come previsto dalla norma, essere meglio definito sia in riferimento alla procedura da adottarsi, sia relativamente alla figura del conciliatore, la cui attività sembra rivestire, allo stato, caratteristiche più simili a quella di un mediatore.

Anche la regione Abruzzo, con la legge 9 maggio 1990, n. 65 ha previsto la creazione presso le proprie aziende sanitarie locali di Commissioni conciliative. La Commissione mista conciliativa (CMC) è qualificata quale organismo di tutela di secondo livello, competente per l'esame delle osservazioni, opposizioni, denunce e reclami contro atti o comportamenti che limitano o negano la fruibilità dei servizi sanitari.

Il principio ispiratore dell'attività della CMC è quello di rappresentare, in posizione terza, le esigenze dell'utente e delle aziende sanitarie locali, al fine di giungere ad una conciliazione, sperando ogni tentativo. Essa ha il compito di riesaminare i casi oggetto di esposto o segnalazione qualora l'utente, singolarmente o per il tramite delle associazioni di volontariato o di tutela dei diritti dei cittadini, si sia dichiarato insoddisfatto della definizione del reclamo e abbia formalmente comunicato la sua insoddisfazione, con i relativi motivi, alla CMC. Al ricorrente non è comunque inibito adire le vie legali.

L'esperienza delle camere conciliative in materia sanitaria, si ritrova anche in altre regioni, ed in particolare in Basilicata, in Friuli-Venezia Giulia ed in Liguria<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Delibera di Giunta regionale 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*.

<sup>53</sup> La Commissione conciliativa della regione Basilicata, con sede a Potenza, ha il compito principalmente di riesaminare i casi oggetto di reclamo o segnalazione qualora l'utente si sia



Un altro esempio recente di Commissioni conciliative sanitarie è rappresentato dal progetto «Hippocratica civitas» dell'Ordine dei medici e odontoiatri della Provincia di Salerno, volto a creare un luogo di incontro e confronto tra medici ed odontoiatri, pazienti e assicurazioni<sup>54</sup>.

Gli interventi e le iniziative di questi organismi, che sono presenti in molte realtà italiane, assumono una particolare valenza nell'attuale momento storico, dove la politica di rigore imposta dal governo si sta traducendo in una drastica riduzione delle prestazioni e dei servizi sanitari. Il diritto alla salute, peraltro costituzionalmente garantito, rischia di rimanere limitato nei contenuti, perché i tagli mettono a repentaglio l'erogazione di prestazioni necessarie alla tutela della salute. Le Commissioni miste conciliative costituiscono un valido presidio territoriale, quanto meno per reprimere fenomeni di malasania e per incentivare pratiche di attenzione specie in tema di tempi di attesa delle prenotazioni. Queste Commissioni sono, dunque, degli organismi di tutela di secondo livello, a composizione paritetica, presieduti da persone esterne alle aziende sanitarie che hanno una funzione *super partes*. La finalità dell'organismo è quella di gestire e risolvere le controversie tra pazienti e personale sanitario con procedure conciliative, per giungere ad una decisione condivisa dalle parti, al di fuori di ogni altro mezzo amministrativo o giurisdizionale, attraverso l'accertamento dei fatti e l'individuazione delle cause che hanno limitato o negato il diritto alla prestazione sanitaria.

Rispetto alle esperienze che qui si sono analizzate è evidente come queste Commissioni si discostino da un modello relazionale e puntino ad an-

dichiarato motivatamente insoddisfatto della decisione del direttore sanitario o amministrativo o loro delegati, ovvero di esaminare i casi in cui l'Urp, con adeguata motivazione, ha ritenuto di non essere in grado di proporre alcuna risposta all'interessato.

In data 9 maggio 2009 è stata presentata dal Consiglio regionale del Friuli-Venezia Giulia una proposta di istituzione di una Commissione conciliativa per la responsabilità medica e sanitaria nell'ambito del Servizio sanitario regionale, al fine di migliorare il rapporto di fiducia dei cittadini con il sistema sanitario regionale e di prevenire situazioni di contenzioso che possono coinvolgere gli operatori sanitari. Tuttavia la III Commissione consiliare, ha deciso nel 2010 di sospendere l'esame della proposta di legge perché nel frattempo è intervenuto il legislatore nazionale con un decreto che introduce la conciliazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per la responsabilità sanitaria.

In Liguria esistono, invece, alcune Commissioni conciliative, nelle diverse aziende sanitarie locali; la caratteristica di questi organi è che essi hanno principalmente il compito di esaminare in seconda istanza i reclami, trasmessi dal responsabile dell'Urp, rispetto ai quali il cittadino si sia dichiarato motivatamente non soddisfatto della risposta ottenuta, con esclusione dei reclami a contenuto tecnico-professionale. Si veda su questi temi N. Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obbiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. Varano, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 317-348.

<sup>54</sup> Centro studi Hippocratica Civitas, Salerno, Progetto di Commissione conciliativa avviato nel 2008.

ticipare una eventuale causa legale, legata ad una controversia di tipo amministrativo e/o processuale e/o delle strutture sanitarie. Nondimeno anche questo tipo di gestione del conflitto all'interno delle aziende sanitarie denota un'attenzione sempre maggiore delle strutture verso soluzioni più conciliative delle controversie che sorgono al loro interno, dimostrando come una cultura della mediazione, intesa nel senso più ampio di questo termine (ADR, conciliazione, mediazione, *mediation*) sia quanto mai sentita a tutti i livelli. Si potrebbe dire che si stia assistendo ad un passaggio da una «era dei tribunali» ad una «era dei mediatori». Senza qui volersi soffermare sui problemi connessi alla tematica della disponibilità dei diritti conciliabili<sup>55</sup> e di quando e perché essi possano essere mediati senza che ne sia sminuito il valore, è evidente come una società sempre più litigiosa necessiti di correttivi, che a quanto pare sembrano ricercarsi in una più ampia cultura della mediazione. Infatti, a differenza di quanto accade nell'area civilistica, attraverso l'istituto della mediazione, le esperienze di cui si è discusso in questo paragrafo mirano alla composizione amichevole della controversia tra struttura e cittadino, attraverso una scelta volontaria e facoltativa che può portare alla conclusione di un accordo di transazione ovvero alla certezza che tale accordo non può essere trovato. Esse si pongono dunque quali antecedenti, rispetto ad un eventuale giudizio, e non si sovrappongono ad esso proponendosi, al contrario, di intervenire prima, affinché il paziente possa trovare soddisfazione senza la necessità di ricorrere ai tribunali.

#### 8. I progetti di mediazione e ascolto in un'ottica di «*risk management*»

Certamente i progetti della regione Emilia-Romagna e del Piemonte, così come quelli che si stanno sviluppando nelle altre regioni italiane, rappresentano un interessante esperimento di mediazione dei conflitti all'interno delle aziende sanitarie.

Come già rilevato il progetto emiliano ha preso forma e corpo su iniziativa del *risk manager* di Modena, come strumento di *governance* alternativa dei conflitti interni ed esterni all'azienda.

Il nucleo del procedimento era focalizzato nella gestione dei conflitti utente-professionista, al fine di meglio governare i casi di *malpractice* e le richieste risarcitorie. L'allargamento del progetto a tutte le aziende regionali ha certamente comportato un affievolimento della gestione dei casi strettamente connessi alle richieste risarcitorie<sup>56</sup>: lo spirito del progetto è tuttavia

<sup>55</sup> M.F. Ghirga, *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, 2, pp. 357-379.

<sup>56</sup> Infatti le aziende che trattano in mediazione i codici colore rosso sono un numero esiguo.

rimasto quello di predisporre uno strumento efficace ed efficiente di gestione dei conflitti, da inserire accanto ad altre procedure di *risk management* interne alle aziende<sup>57</sup>.

Analogamente, il Piemonte ha creato un percorso di ascolto interno alle proprie strutture sanitarie che si caratterizza per la sua portata conciliativa. Queste prime iniziative di gestione del conflitto, all'interno delle strutture sanitarie regionali, fondano la propria ragion d'essere sulla consapevolezza che il luogo struttura sanitaria genera, per le sue stesse caratteristiche, conflitti tra operatori e utenti finanche tra operatori e operatori, creando un clima di tensione sia a livello umano che professionale. Da ciò la necessità di garantire un'efficace ed efficiente gestione di questo tipo di conflitti, che se non necessariamente coincidono con una azione legale da parte di uno dei soggetti coinvolti nei confronti della struttura sanitaria, tuttavia creano un clima di insoddisfazione che può minare nelle sue fondamenta quel patto sociale su cui si fonda la stessa professione medica ed il sistema che la governa. Infatti, deve ricordarsi che seppure non tutti i reclami degli utenti si traducono in una azione legale, il confine tra questi è molto labile, visto che un conflitto relazionale ben può incidere sull'eventualità che il soggetto che si sente insoddisfatto e abbandonato incanali il suo sentimento di rivalsa non solo in una richiesta risarcitoria ma addirittura in un'azione legale per i motivi più vari<sup>58</sup>.

La messa in opera e l'avvio di percorsi di *risk management* da parte delle strutture sanitarie nazionali sembra, dunque essere la tendenza preponderante oggi in ambito sanitario, per dare risposte a queste necessità.

Come detto nel capitolo 2, l'osservazione dei sistemi sanitari nazionali mostra una crescita tendenzialmente costante negli ultimi due decenni, dei costi sia strutturali che di gestione, supportata da un aumento delle richieste di risarcimento da parte dei pazienti e dall'importanza assunta dal ruolo delle assicurazioni, fattori che contribuiscono ad accentuare una tendenza generale ad un nuovo approccio e ad una nuova visione del mondo sanitario, che rimettono al centro dell'attenzione la persona del paziente, intesa non più solo come soggetto di una cura ma come un utente finale la cui soddisfazione incide, anche, sul modello di sviluppo dell'azienda di riferimento.

<sup>57</sup> Su questi temi A. Quattrocolo e C. Tereanu, *Transformative Mediation in Healthcare Organizations: A Resource*, in «Management in Health», XV, 2011, 1, pp. 16-23; V. Trombini e M.R. Fascia, *Conflitti in sanità: valgono di più le persone o l'accordo?*, in «Medicina e Diritto», 2012, 1, pp. 71-81.

<sup>58</sup> Si tenga presente che l'attuale configurazione della responsabilità sanitaria (cfr. il capitolo 1 di questo volume), permette in effetti di promuovere un'azione legale anche quando la lesione effettiva del bene integrità fisica sia minima. Insomma, anche in quei casi in cui il danno è minimo è possibile non solo ottenere un risarcimento, ma anche esperire un'azione giudiziale per ottenerlo e proprio in questi casi si registra un aumento di richieste quando il clima della struttura sanitaria è poco solidale con l'utente.

I programmi per il miglioramento della qualità dei servizi sanitari<sup>59</sup> e sociosanitari rappresentano, dunque, un investimento necessario per il miglioramento dell'assistenza prestata ai cittadini e per garantire la sostenibilità del sistema. Negli ultimi decenni si va dunque delineando, pressoché in tutti i sistemi sanitari avanzati, un nuovo modello di *governance* aziendale, sia strutturale che clinica, fondato su una più attenta gestione del rischio di impresa sanitario, in un'ottica di maggiore efficienza e trasparenza del sistema, al fine di ottimizzare la spesa. Appare chiaro che una gestione corretta del rischio sanitario, elemento sempre insito nel sistema, contribuisce ad una miglior efficienza delle strutture sanitarie, dato che percorsi di monitoraggio ed autovalutazione dovrebbero permettere di adottare comportamenti virtuosi in grado di incidere significativamente sugli indici di litigiosità interna ed esterna, corretta esecuzione delle procedure, minori contestazioni di natura risarcitoria, maggior soddisfazione dell'utente e dunque, in ultima analisi, minori costi.

Inoltre, il ruolo del mercato assicurativo, che ha assistito a partire dagli anni Novanta ad un'esplosione dei costi delle polizze<sup>60</sup>, continua a giocare un ruolo fondamentale nella allocazione dei costi di gestione del *risk management* sanitario, anche se pare evidente che la crescita dei premi sulla responsabilità civile, che le aziende sanitarie corrispondono alle compagnie (oramai stabilizzatisi su livelli decisamente preoccupanti) è solo in parte conseguenza di una crescita analoga dei risarcimenti corrisposti ai pazienti, dimostrando come la dinamica risulti, a tutti gli effetti, una variabile non governata dalle aziende sanitarie. Si aggiunga che in assenza di modalità in grado, da un lato, di gestire il livello di rischio sopportato e, dall'altro lato, di rappresentare oggettivamente il miglioramento perseguito da queste azioni nei confronti del mercato assicurativo, le aziende sanitarie non hanno la possibilità di modificare in alcun modo la dinamica delle polizze, o di contrattarne i prezzi facendo riconoscere al mercato le performance aziendali virtuose di gestione del profilo di rischio aziendale.

La gestione del profilo di rischio dell'azienda sanitaria presuppone, pertanto, la definizione di un intervento organizzato e consapevole, sistematico e continuo, che combini attività e decisioni di natura strategica e una fase di gestione operativa. Gli strumenti appena menzionati prendono in considerazione il fatto che gli errori si dividono in attivi (*active failures*) e latenti (*latent failures*), dei quali solo i primi sono sanzionabili, mentre spesso i secondi, che dei primi costituiscono il presupposto, pur non causando un danno immediato (non a caso questi danni vengono chiamati *disaster wai-*

<sup>59</sup> Cfr. M. Cavallin e P. Trucco, *Clinical Risk and Error Analysis (CREA): metodo per l'analisi dei rischi organizzativi nei processi ospedalieri*, Convegno scientifico nazionale *Sicurezza nei sistemi complessi*, Bari, 16-17 ottobre 2003.

<sup>60</sup> Si veda in proposito il capitolo 2, in particolare par. 2.

ting to happen)<sup>61</sup>, sono potenzialmente più rilevanti perché, è stato dimostrato che una falla del sistema può comportare risultati diversi<sup>62</sup>: i *latent failures* ineriscono dunque l'adozione di protocolli di cura e di linee guida, l'organizzazione delle risorse umane, l'organizzazione dei processi complessi e il monitoraggio. Sotto questo ultimo aspetto il nostro legislatore esita ad imporre sistemi di catalogazione dell'errore, nonostante sia già stata apertamente denunciata la loro importanza (talora detti anche *system deficiencies*)<sup>63</sup> che consentirebbero di evitare gli episodi di *malpractice* prevedibili<sup>64</sup>, disinnescando la bomba a orologeria costituita dall'errore latente. In Italia il primo tentativo organico di previsione legislativa in tema di gestione del rischio clinico nelle organizzazioni sanitarie risale al disegno di legge «Disposizioni in materia di sicurezza delle strutture sanitarie e gestione del rischio clinico nonché di attività libero-professionale intramuraria e di esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale» (2007). Tale progetto di legge mirava ad assicurare criteri di maggior rigore nei controlli delle attività e delle apparecchiature destinate agli interventi e alle prestazioni erogate dalle strutture del Servizio sanitario nazionale: in particolare, l'art. 1 era finalizzato alla «creazione di una funzione aziendale permanentemente dedicata al controllo e gestione del rischio clinico, attraverso misure di prevenzione e di monitoraggio degli errori e degli eventi avversi connessi a procedure diagnostiche e terapeutiche, al fine di poter migliorare la sicurezza dei pazienti, riducendo al massimo sia l'errore umano, sia quello causato da inefficienze del sistema sanitario». Previsioni che come si è sottolineato rimangono ancora oggi inattuato.

La gestione del rischio in sanità si presenta, dunque, come un processo decisionale che coinvolge considerazioni di ordine politico, sociale, economico e tecnico, mediante una ponderata analisi e valutazione dei rischi<sup>65</sup>, attraverso una procedura finalizzata al miglioramento della qualità e lo studio degli eventi indesiderati, uno strumento utile a promuovere l'approccio alla gestione del contenzioso<sup>66</sup>. In tale ottica sono stati concepiti anche i percorsi della mediazione dei conflitti di cui si è discusso, che sempre più si affian-

<sup>61</sup> M. Chang, *Promoting Patient Safety: Creating a Workable Reporting System*, in «Yale J. on Reg.», 2001, 18, pp. 388 ss.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>63</sup> B.R. Furrow, *Medical Mistakes: Tiptoeing toward Safety*, in «House J. Health L. & Policy», 2003, 3, pp. 195 ss.; L.T. Krohn e J.M. Corrigan, *To Err is Human: Building a Safer Health System*, Washington, D.C., National Academy Press, 2000.

<sup>64</sup> F.A. Sloan, A. Bovbjerg, R. Randall e P.B. Githens, *Insuring Medical Malpractice*, New York, Oxford University Press, 1991.

<sup>65</sup> La definizione di *risk management* è fortemente influenzata dalla dottrina anglosassone dove le esperienze di *governance* sanitaria si sono sviluppate proprio in queste direzioni. Si vedano a questo proposito le note 30 e 31 a p. 17 e la nota 80 a p. 91.

<sup>66</sup> M.R. Fascia, *La mediazione e la responsabilità medica*, cit.

cano ad altri percorsi e strumenti che vengono impiegati dai *risk management* aziendali.

Ebbene, come dimostra lo studio condotto, lo strumento potrebbe rivelarsi molto utile soprattutto quale fonte di raccolta di dati e informazioni per la gestione delle procedure interne alla azienda, mentre non è possibile valutare una sua effettiva efficacia in termini di riduzione del contenzioso prettamente risarcitorio.

La mancanza di una rete di raccolta dei dati e di scambio delle informazioni tra le diverse aziende impedisce ancora di avere una mappatura completa dei dati raccolti dai mediatori. Non è possibile, quindi, ottenere informazioni rispetto alla tipologia dei casi trattati e classificarli, sulla base di categorie riportabili alle prassi interne (es. reparti e unità operative coinvolti; procedure maggiormente problematiche, ecc.). Si rammenta a questo proposito che una delle ragioni della mancanza di una efficace rete di raccolta dei dati è connessa alla tutela della privacy di pazienti e professionisti coinvolti nel percorso<sup>67</sup>. Il progetto pertanto, se lasciato alla gestione delle singole aziende, senza che sia previsto un coordinamento regionale ed un inquadramento specifico del mediatore dei conflitti e del suo ruolo in azienda, rischia di essere depotenziato. La procedura dovrebbe essere maggiormente supportata dalle direzioni aziendali, attraverso interventi che mirino alla registrazione dei procedimenti e la rielaborazione dei dati raccolti, nell'ottica di una integrazione del sistema di controllo e autovalutazione interno alle aziende.

Il servizio che ha riscosso un buon successo soprattutto tra gli utenti, è spesso non sufficientemente conosciuto all'interno delle aziende e nonostante ciò si è rivelato utile nella soluzione dei conflitti tra personale medico ed azienda, deflazionando quel contenzioso relazionale che si genera a livello personale tra gli operatori della struttura, favorendo un clima di maggiore ascolto e condivisione.

Questi strumenti di management appaiano ancora sperimentali ed empirici e pertanto la valutazione dei loro risultati diventa complessa. Tuttavia, le esperienze straniere dimostrano che l'efficacia dei metodi del *risk management* è apprezzabile solo a posteriori ed in termini scientificamente difficili da delimitare. Certamente, deve rilevarsi la positività di tutte quelle azioni volte a costruire sistemi di management aziendali integrati, dove cioè l'azienda sia coinvolta sia nei procedimenti di acquisizione dati e analisi, sia nei connessi procedimenti di intervento e miglioramento.

La gestione delle *litigation* in ambito sanitario, data la sua naturale complessità, necessita, per una sua efficiente gestione, di dotarsi di tutti gli strumenti di analisi e autovalutazione che possano contribuire ad una cono-

<sup>67</sup> A questo proposito si rimanda a quanto detto nel capitolo 2, al par. 4, dedicato alle problematiche inerenti la tutela dei dati sensibili rispetto al monitoraggio dei sistemi sanitari.



scenza dettagliata dell'insorgere e dell'evoluzione di situazioni di criticità al fine di poter meglio prevenirle e gestirle<sup>68</sup>.

Per questo motivo, uno strumento capace di raccogliere direttamente le esperienze degli utenti, nel momento dell'insorgere di una criticità, è fondamentale per ottenere informazioni circa lo stato dei servizi offerti e le aspettative attese dagli utenti. La capacità di conoscere e prevenire i rischi in sanità, diventa sempre più urgente in sistemi in cui i costi di gestione lievitano a dismisura, la possibilità di effettuare autovalutazioni e *review* interne è un'occasione fondamentale per una gestione migliore e più efficiente delle risorse. Per questo motivo si ritiene che il progetto della regione Emilia-Romagna e quello della regione Piemonte siano particolarmente proattivi, seppur con i limiti sopra esposti, e possano offrire ottimi risultati nel breve e medio termine.

In questo quadro di esperienze disomogenee, merita nuovamente negativa segnalazione la non conversione in legge della novità introdotta dal più volte citato d.l. 158/2012. L'originario testo dell'art. 3-*bis* prevedeva infatti l'istituzione, in tutte le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate, di una unità di *risk management* individuata all'interno della propria organizzazione o con il ricorso a soggetti esterni dotati di specifica competenza in materia.

L'articolo è stato però modificato, per i maggiori oneri che comportava per la finanza pubblica. In questo modo si è persa l'occasione come più volte detto per creare una gestione strutturata in termini di prevenzione del rischio clinico, attraverso il *risk management*, indispensabile strumento per la promozione della qualità dei servizi sanitari e sociosanitari, per il miglioramento dell'assistenza prestata e per garantire un domani la riduzione dei costi, anche assicurativi, ed il contenzioso. Questa lacuna dovrebbe essere colmata al più presto, anche alla luce del fatto che questi monitoraggi, sono già in corso in molti paesi stranieri, permettendo così al nostro paese un dialogo costruttivo con altre esperienze internazionali.

## 9. La mediazione dei conflitti e le ADR a confronto

Sulla base di quanto sin qui detto, si possono delineare alcune differenze e somiglianze tra i due processi di mediazione di cui si è discusso in questa ricerca. Anzitutto deve rilevarsi che il mediatore dei conflitti o trasformativo va alla ricerca del ripristino del dialogo interrotto e basa la sua azione sull'ascolto e l'empatia, al contrario, la natura pre-giurisdizionale dell'istituto

<sup>68</sup> Sia permesso di rinviare a S. Coppola e E. Grasso, *Quel che resta della responsabilità medica: riflessioni sul ruolo delle strutture sanitarie*, in «Politica del diritto», XLIII, 2012, 4, pp. 643-674.

creato dal nostro legislatore attraverso il lungo iter precedentemente esposto, lo rende idoneo a definire la responsabilità e il conseguente risarcimento del danno.

La mediazione trasformativa sanitaria dovrebbe quindi sempre comportare la comprensione del punto di vista dell'altro. Al contrario, il processo giudiziario e la mediazione si caratterizzano per un'esigenza di obiettività, per cui la tematica che non emerge, è proprio quella relativa al rapporto interpersonale che intercorre fra il medico e paziente, posto che il compito dei giudici è quello di stabilire chi ha ragione e chi ha torto, mentre compito del mediatore civile è quello di raggiungere un accordo, senza preoccuparsi dell'interiorizzazione del conflitto. Da questa prospettiva, in particolare le decisioni dell'autorità giudiziaria non riportano la fiducia nel rapporto cittadino-struttura sanitaria, ma acuiscono l'insicurezza e la diffidenza di entrambe le parti<sup>69</sup>, con ricadute anche sulle scelte terapeutiche<sup>70</sup>.

Attraverso il confronto dei vari punti di vista, al contrario, il percorso della mediazione dei conflitti vuole fare emergere una nuova consapevolezza in capo ai configgenti: il valore dell'esperienza del percorso di mediazione attuato nelle regioni Piemonte e Emilia-Romagna non è tanto quello della riappacificazione, ma piuttosto e comunque quello di fornire alla persona un momento di ascolto che favorisca il ripristino di un sentimento di fiducia.

La responsabilità medica rientra fra gli argomenti tecnicamente più complessi e specialistici in quanto da un lato occorre tenere costantemente presenti i continui (quotidiani) progressi scientifici esistenti, dall'altro interessa una pluralità di parti che vengono coinvolte nella vicenda: oltre al paziente (e/o ai suoi parenti) vi sono il/i medico/i (o l'équipe) interessati e la/le struttura/e di appartenenza. Si tratta di soggetti portatori di interessi e punti di vista spesso fra loro contrapposti. Si pone dunque il problema della specifica qualificazione del mediatore rispetto al ruolo cui viene chiamato. Anche sotto questo punto di vista, oltre alla complementarità degli scopi dei due tipi di mediazione, essi potrebbero in prospettiva creare un sistema che si completi e si rimandi. Benché, infatti, le due esperienze abbiano natura

<sup>69</sup> Cfr. a questo proposito l'art. 28 del Codice di deontologia medica (sfiducia del cittadino): «Qualora abbia avuto prova di sfiducia da parte della persona assistita o dei suoi legali rappresentanti, se minore o incapace, il medico può rinunciare all'ulteriore trattamento, purché ne dia tempestivo avviso; deve, comunque, prestare la sua opera fino alla sostituzione con altro collega, cui competono le informazioni e la documentazione utili alla prosecuzione delle cure, previo consenso scritto dell'interessato».

<sup>70</sup> Cfr. Rapporto *Office of Technology Assessment (OTA), Defensive Medicine and Medical Malpractice*, per cui la medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, trattamenti o visite, o evitano pazienti o trattamenti ad altro rischio primariamente (ma non necessariamente in modo esclusivo) allo scopo di ridurre la propria esposizione al rischio di accuse di *malpractice*. Quando i medici eseguono *extra-test* o trattamenti primariamente per ridurre le accuse di *malpractice*, essi praticano la medicina difensiva positiva. Quando evitano determinati pazienti o interventi, essi praticano la *medicina difensiva negativa*.

e ambito di applicazione profondamente diversi (una è condizione dell'azione e statuisce su diritti, l'altra gestisce il contenzioso relazionale e non è vincolante) non è detto che in un futuro esse non possano dialogare, immaginando che il paziente che abbia subito il danno possa prima avere un confronto interno, attraverso la mediazione dei conflitti e successivamente, con animo più sereno e informazioni più precise, possa intraprendere un percorso di mediazione civile ai fini di un corretto risarcimento del danno. Si potrebbe altresì ipotizzare che i mediatori civili sanitari siano tenuti a seguire corsi di formazione in materia di mediazione trasformativa in sanità e viceversa, in modo da preparare figure professionali specializzate a tutto tondo.

#### 10. *La mediazione come fattore culturale*

Lo strumento della mediazione quale ipotesi di risoluzione alternativa delle controversie è una delle scelte preferenziali da parte del moderno diritto dell'Unione europea<sup>71</sup>.

Si è già rilevato che le origini della mediazione moderna, finalizzata alla conciliazione, si rinvengono, soprattutto, nei sistemi di *common law*. L'istituto della mediazione è infatti un istituto conosciuto e apprezzato, proprio per le sue caratteristiche di flessibilità e capacità di ristabilire l'equilibrio tra le parti contendenti. L'importanza dello strumento, quale alternativa ai lunghi tempi delle soluzioni giudiziarie, è riaffermata dalla recente approvazione della nuova direttiva sulle ADR segno di come l'Unione punti sempre più spesso sugli strumenti alternativi per velocizzare ed armonizzare la risoluzione delle controversie all'interno del proprio territorio.

La valenza di questo metodo sembra dunque incontestabile agli occhi delle istituzioni dell'Ue che anzi sollecita sempre più gli Stati membri a farne applicazione, non solo quale strumento squisitamente legal-processualistico ma anche come metodo di dialogo sociale.

Quanto detto dimostra come l'efficacia degli strumenti mediativi sia ampiamente riconosciuta a vari livelli e come, pertanto, la scelta operata dalle regioni Piemonte ed Emilia-Romagna risultino in linea con questo nuovo clima di valorizzazione della mediazione, anche se sotto il profilo della mediazione trasformativa e non conciliativa.

Pare, dunque, che attorno alla mediazione intesa nelle sue diverse accezioni (*mediation* – ADR – trasformativa) vi sia un grande fermento legisla-

<sup>71</sup> A tal proposito si segnala il documento 27 marzo 2013 COM(2013) 160 definitivo; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: «Quadro di valutazione UE della giustizia. Uno strumento per promuovere una giustizia effettiva e la crescita».

tivo e dottrinale, da parte di quanti vedono in questo strumento una reale alternativa alla conflittualità che alberga, oggi, nei nostri sistemi. Nell'ottica di questo studio le esperienze qui riportate si inseriscono, pertanto, in un quadro in grande mutamento dove le esperienze di mediazione non sono solo intese in senso civilistico-commerciale, ma anche familiare, conciliativo, ecc. Esse assumono sempre maggior rilievo ed attenzione anche da parte dei legislatori, nazionali e sovranazionali, dimostrando come un clima di empatia ed ascolto sia il primo passo per la costruzione di una società meno conflittuale e soprattutto pronta ad ammettere errori ed a ricercare soluzioni condivise<sup>72</sup>. In particolare, con riferimento alla tutela effettiva del diritto alla salute, deve rilevarsi che esperienze quali quelle qui esaminate hanno un impatto immediato sulla condizione del paziente, perché si concretano in azioni messe in capo direttamente nel momento in cui nasce il conflitto. Esse pertanto restaurano il dialogo e la fiducia dei cittadini nell'organizzazione sanitaria favorendo il paziente nella gestione di un danno che può avere diversa origine, ma che comunque causa una sofferenza, immediatamente percepita dal cittadino. Azioni di questo tipo sono dunque finalizzate alla creazione di quel clima di ascolto ed empatia che favorisce la relazione medico-paziente, incidendo anche sulle condizioni di cura e favorendo quindi una migliore gestione delle problematiche legate al rispetto della dignità e della personalità del paziente.

### Bibliografia

- Berti, C., *Psicologia sociale della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Besemer, C., *Gestione dei conflitti e mediazione*, Torino, Ega, 1999.
- Bonafé Schmitt, J.P., *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in *La sfida della mediazione*, a cura di G.V. Pisapia e D. Antonucci, Padova, Cedam, 1997, pp. 21-49.
- Bouchard, M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale*, Padova, Cedam, 1994.
- Bouchard, M. e Mierolo, G., *Prospettive di mediazione*, Torino, Ega, 2000.
- Boverini, S. e Quattrocchio, A., *Abusi, conflitti e possibilità di mediazione*, in *La tutela del minore*, a cura di E. Franceschetti, Forlì, Expert Edizioni, 2005, pp. 156-210.
- Bramanti, D., *Sociologia della mediazione: Teorie e pratiche della mediazione di Comunità*, Milano, Angeli, 2008.
- Castelli, S., *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, Cortina, 1996.
- Cavallin, M. e Trucco, P., *Clinical Risk and Error Analysis (CREA): metodo per l'analisi dei rischi organizzativi nei sistemi ospedalieri*, Convegno scientifico nazionale *Sicurezza nei sistemi complessi*, Bari, 16-17 ottobre 2003.
- Chang, M., *Promoting Patient Safety: Creating a Workable Reporting System*, in «Yale J. on Reg.», 2001, 18, pp. 383-408.

<sup>72</sup> M. Tocci, *La mediazione delle controversie: una risorsa per la giustizia*, Cesena, Invictus, 2013.

- Coppola, S. e Grasso, E., *Quel che resta della responsabilità medica: riflessioni sul ruolo delle strutture sanitarie*, in «Politica del diritto», XLIII, 2012, 4, pp. 643-674.
- Cuomo Ulloa, F., *La conciliazione*, Padova, Cedam, 2008.
- D'Alessandro, M., *La mediazione: «Prassi» o «Tecnica»*, in *La mediazione civile tra «Fare e Agire»*, a cura di B. Giannico, Caserta, Giuseppe Voza Editore, 2011.
- D'Alessandro, M. e Quattrocolo, A., *La mediazione trasformativa come prassi*, in «Quaderni di mediazione», II, 2007, 5.
- D'Alfonso, A., Giordano, S. e Quattrocolo, A., *Ascolto e mediazione dei conflitti per la prevenzione del contenzioso nelle Aziende Sanitarie della regione Piemonte*, in «Quaderni scientifici Aress», 2009, 4, *Clinical governance, La strategia della regione Piemonte, L'accreditamento istituzionale in regione Piemonte «Ascolto e mediazione dei conflitti per la prevenzione e la riduzione del contenzioso nelle Aziende Sanitarie della regione Piemonte»*, dicembre 2009.
- De Palma, A., Marozzi, F. e Quattrocolo, A., *Responsabilità professionale e mediazione trasformativa dei conflitti*, in «Gyneco Aogoi», 2006, 8, pp. 15-16.
- De Palma, A. e Quattrocolo, A., *Mediazione dei conflitti nelle strutture sanitarie: un caso concreto*, in «Quaderni di mediazione», II, 2006, 4.
- *La mediazione tra medico e paziente: un intervento imparziale sul fenomeno crescente del contenzioso per responsabilità professionale medica*, Modena, Athena Medica s.r.l., 2009.
- Emanuele, A. e Giovanni, S., *Conflitti e mediazione. Introduzione a una teoria generale*, Milano, Mondadori, Campus, 2003.
- Fascia, M.R., *La mediazione e la responsabilità medica*, in «I Contratti», 2011, 4, pp. 425-428.
- Fascia, M.R., Quattrocolo, A. e Trombini, V., *La mediazione in materia sanitaria: opportunità e criticità del d.lgs.28/2010*, in «Le Guide - il fisco», marzo 2012, Roma, Wolters Kluwer Italia s.r.l., pp. 78-83.
- Fascia, M.R. e Trombini, V., *Mediazione in sanità*, in «Mediaries», 2012, 19, pp. 35-56.
- Fraser, N., *Que'est ce-que la justice sociale? Reconnaissance et distribution*, traduzione e introduzione di E. Ferrarese, Paris, Edition la Découverte, coll. «Textes à l'applui/politique et sociétés», 2005.
- Furrow, B.R., *Medical Mistakes: Tiptoeing toward Safety*, in «House J. Health L. & Policy», 2003, 3, pp. 181-217.
- Gaddi, D., Marozzi, F. e Quattrocolo, A., *Voci di danno inascoltate: mediazione dei conflitti e responsabilità professionale medica*, in «Riv. it. med. leg.», XXV, 2003, 2, pp. 839-856.
- Haynes, J., Fong, L. e Haynes, G., *La mediazione: strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Roma, Edizioni Carlo Amore, 2003.
- Helmreich, R.L., *On Error Management: Lessons from Aviation*, in «BMJ», 2000, 320, pp. 745-749.
- Izzo, U. e Pascuzzi, G., *La responsabilità medica nella Provincia Autonoma di Trento. Il fenomeno, i problemi, le possibili soluzioni*, Trento, Provincia Autonoma di Trento, 2003.
- Krohn, L.T. e Corrigan, J.M., *To Err is Human: Building a Safer Health System*, Washington, D.C., National Academy Press, 2000.
- Molinari, F. e Amoroso, A., *Teoria e pratica della mediazione*, Milano, Angeli, 1999.
- Quattrocolo, A., *La mediazione trasformativa*, in «Quaderni di mediazione», I, 2005, 1, pp. 10-50.

- *Mediare i conflitti nella relazione medico-paziente*, in «Quaderni di mediazione», I, 2006, 3, pp. 74-98.
- *Il percorso specifico proposto per l'ambito sanitario dell'Emilia-Romagna: la mediazione trasformativa dei conflitti in ambito sanitario. Presupposti teorici e operativi del percorso formativo*, Dossier 158-2007, «Mediare i conflitti in sanità. L'approccio dell'Emilia-Romagna», in [www.asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/collana\\_dossier/doss158.htm](http://www.asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/collana_dossier/doss158.htm), pp. 19-47.
- Quattrocolo, A. e Tereanu, C., *Transformative Mediation in Healthcare Organizations: A Resource*, in «Management in Health», XV, 2011, pp. 16-23.
- Quattrocolo, A. e Trombini, V., *Esperienze di mediazione in sanità*, in «Consumatori Diritti e Mercato. Rivista quadrimestrale Altroconsumo», 17, 2011, 2, pp. 131-141.
- Sloan, F.A., Bovbjerg, A., Randall, R. e Githens, P.B., *Insuring Medical Malpractice*, New York, Oxford University Press, 1991.
- Trocker, N., *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. Varano, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 317-348.
- Trombini, V., *La mediazione trasformativa come risorsa nella prevenzione e gestione dei conflitti in materia sanitaria. I (rari) punti di contatto e le (molte) differenze con la conciliazione prevista dal d.lgs. 28/2010*, in «Temi di mediazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie», marzo 2011.
- Trombini, V. e Fascia, M.R., *Conflitti in sanità: valgono di più le persone o l'accordo?*, in «Medicina e Diritto», 2012, 1, pp. 71-81.
- Vaccà, C., *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell'Ordine dei medici di Roma*, in «I Contratti», 2007, 10, pp. 933-935.
- Vincent, C. et al., *Adverse Events in British Hospitals: Preliminary Retrospective Record Review*, in «BMJ», 2001, 322, pp. 517-519.



## Conclusioni

Le esperienze di mediazione dei conflitti analizzate in questa ricerca svelano scenari nuovi sotto il profilo della tutela del diritto alla salute. Esse rappresentano, infatti, azioni intraprese sul campo per cercare di migliorare la relazione tra strutture sanitarie, professionisti e cittadini. Come è stato dimostrato, la mediazione si innesta infatti in un movimento volto a riscrivere i rapporti fra gli individui, mediante una reimpostazione dei dispositivi di regolamentazione sociale. Recenti ricerche sull'evoluzione delle politiche pubbliche, in materia di salute mentale, hanno individuato differenti modelli di Stato, quello liberale, lo Stato sociale e quello che i ricercatori definiscono *Etat-réseau*, caratterizzato dalla presenza di meccanismi di negoziazione e connotato da requisiti di prossimità, efficacia, flessibilità, soddisfazione, cittadinanza. I diritti associati dell'*Etat-réseau* sono costituiti da un'estensione e un'evoluzione dei diritti umani e mirano a riportare al centro dei sistemi sanitari i pazienti nella loro veste di singoli. Il fruitore del sistema sanitario si dovrebbe infatti trovare immerso in un contesto che mira a valorizzare la sua autonomia, maturata attraverso l'informazione, la responsabilizzazione e il miglioramento degli standard delle cure. La giustizia evolve da un concetto tradizionale a un concetto di *justice de reconnaissance*, dove lo spazio di ascolto si concretizza come un dispositivo di giustizia al singolare: l'individuo necessita di non essere trattato come un numero, un fascicolo, ma ha bisogno di essere ascoltato nell'unicità della sua condizione. Per ciò che attiene questo studio, è indubbio che la mancanza di riconoscimento delle singolarità dei pazienti si ripercuote sulla litigiosità, a tutti i livelli, del settore sanitario.

La necessità di lavorare, da parte di tutti gli attori, alla riduzione del contenzioso sanitario è dunque un'esigenza fondamentale, soprattutto per scongiurare fenomeni quali la medicina difensiva, che sono tra le cause principali dell'incremento negativo dei costi globali della sanità, avviati a diventare insostenibili. La cultura della fiducia e dell'ascolto rappresenta pertanto uno dei cardini su cui si deve lavorare per avviare una riduzione della me-

dicina difensiva e delle richieste risarcitorie dei pazienti. La mediazione sanitaria appare così un punto importante nella costruzione di tale cultura, perché riavvicina le persone in un clima di ascolto reciproco, predisposto al riconoscimento delle posizioni dell'altro. Uno degli indicatori che sospinge a tali riflessioni è rappresentato dal fatto che il divenire della salute da condizione oggettiva a soggettiva si proietta oltre la mera dimensione fisica della persona, per abbracciare a pieno titolo anche la sfera psichica. E così non vi è più un metro oggettivo su cui misurare, con gli strumenti della scienza, la salute, ma occorre tener conto dell'esperienza individuale, dell'universo di valori culturali, religiosi e familiari con i quali essa deve armonizzarsi. Infatti, affinché la libertà sia piena, il paziente deve avere la possibilità di fare scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori. Il rapporto medico-paziente e la concezione che la società ad esso attribuisce sono mutati notevolmente nel XX secolo, passando da una visione quasi sacrale della scienza medica e dei medici ad un rapporto maggiormente incentrato sulla parità dei soggetti coinvolti. Questo dato è confermato anche dal fatto che sempre più spesso nei documenti ufficiali la parola paziente è sostituita da cittadino o utente, come nel Codice di deontologia medica. Il riferimento alla persona, al cittadino, intende evocare l'immagine di un soggetto protagonista insieme al medico del rapporto terapeutico, di cui il consenso informato rappresenta il baricentro. Questi mutamenti di sensibilità hanno anche favorito l'aumento del numero di pazienti che reputano se stessi o un loro familiare vittima di *malpractice* e che si rivolgono ad avvocati, giudici e associazioni al fine di ottenere «giustizia», attraverso la richiesta di un risarcimento del danno. Chi sceglie di adire le vie legali si vede frapporre lungo il percorso barriere ed ostacoli: costi, reticenza dei medici, poca trasparenza dell'iter giudiziale, tempi lunghissimi, burocrazia.

Molto spesso, tuttavia, l'errore che il paziente percepisce come errore medico non attiene effettivamente alla sfera medica. Il più delle volte si tratta di errori legati alla gestione della comunicazione con il paziente o con la sua famiglia, fonte di disagi e incomprensioni tali che il cittadino ha la sensazione di essere trascurato, non adeguatamente seguito o vittima di un errore medico. In queste occasioni il cittadino si sente offeso, non tutelato e oggetto di comportamenti lesivi della propria dignità, situazioni che non possono sempre trovare soddisfazione in un'azione legale.

Questi fattori contribuiscono alla crisi del sistema sanitario che negli ultimi decenni ha visto crescere enormemente i propri costi a fronte di una costante riduzione di risorse, con riflessi diretti sull'attenzione al paziente e sulla garanzia del suo concreto diritto alla salute.

Nel nostro paese questo diritto esplica al massimo grado la propria vocazione solidaristica, sia in senso positivo, ovvero per ciò che concerne l'ampia gratuità e l'accesso per tutti ai servizi di cura, sia in senso negativo, inteso quale onere gravante sulla collettività per il finanziamento attraverso

risorse pubbliche. Nella teoria dei diritti sociali quello alla salute massimamente dimostra l'inscindibile legame che intercorre tra il cosiddetto *welfare state* e i suoi cittadini. Tale legame si concretizza infatti nelle politiche di protezione del cittadino all'atto di sottoporsi alla cure mediche. In particolare, il sistema giuridico ed assicurativo che disciplina la responsabilità professionale svolge due funzioni fondamentali: quella di assicurazione sociale, compensando i pazienti che hanno subito un danno per effetto di comportamenti colpevoli di imprudenza, imperizia o negligenza da parte di operatori sanitari, e di disincentivo dalla adozione di tali comportamenti, esponendo gli operatori al rischio delle loro conseguenze penali, civili, disciplinari e professionali. L'obiettivo teorico è di realizzare l'equilibrio ottimo fra i benefici individuali e collettivi dell'assistenza sanitaria da un lato e i costi (monetari e non) derivanti sia dagli errori medici sia dalla c.d. medicina difensiva, attiva e/o passiva, dall'altro.

Alla luce di ciò, l'idea che muove questo lavoro è l'importanza che il dialogo ed il contatto tra organizzazioni sanitarie, personale e cittadini riveste nella gestione stessa delle politiche della salute. In particolare, come evidenziato, il mondo della sanità è in grande fermento perché spinto da diversi fattori ad un ripensamento rispetto alla sua gestione globale, al fine di migliorare l'offerta dei servizi, contenendone i costi e quindi riuscendo a garantire al massimo il diritto alla salute dei cittadini. Ciò significa migliorare la qualità delle cure, ridurre gli errori e risarcire equamente i danni. Pertanto è necessario intraprendere diverse azioni in molteplici campi. Sotto il profilo normativo è necessario avere indicazioni precise e definitive, che consentano agli operatori sanitari di operare in un quadro di riferimento chiaro e che favoriscano il lavoro delle Corti in sede di definizione della responsabilità sanitaria, anche rispetto alla determinazione dei risarcimenti dei danni a favore dei pazienti. La recente normativa in materia di mediazione obbligatoria evidenzia inoltre un secondo profilo di interesse: l'esigenza di prevenire l'insorgenza del contenzioso giudiziale proprio per il settore sanitario. Tale aspetto è interessante ai fini di questa ricerca perché dimostra l'importanza, sotto vari profili, degli strumenti di mediazione. Se da un lato si incomincia a parlare anche in Italia di mediazione, fenomeno peraltro conosciuto ampiamente nei paesi di *common law* e recentemente oggetto di interventi da parte dell'Unione europea, si rileva anche l'esistenza di altre metodologie proprie in materia di mediazione trasformativa in sanità. Il punto di partenza è l'idea che l'errore non sia solo un problema di cui il singolo è direttamente responsabile e per il quale deve essere chiamato a rispondere, ma secondo il modello della *patient safety* esso deve essere letto in una visione sistemica quanto all'origine e cooperativa quanto alla soluzione, ricercata per via organizzativa. Le riflessioni sul *risk management* e il suo ruolo nel contenimento dei rischi sanitari devono essere svolte alla luce anche del più ampio quadro delineato dalla giurisprudenza. Le decisioni dei giudici

hanno avuto e continuano ad avere, infatti, un impatto sui costi legati ai premi delle assicurazioni sanitarie, che determinano sia l'aumento dei fenomeni di medicina difensiva, sia recentemente le soluzioni di auto-assicurazione delle regioni, contribuendo a creare un clima di incertezza rispetto alla allocazione dei costi per il risarcimento dei danni subiti dai pazienti.

Anche lo sguardo al panorama internazionale mostra come i problemi qui rilevati siano al centro dell'attenzione degli studi in tutti i paesi sviluppati. Infatti, proprio in ambito sanitario, con evidenti finalità di una gestione coordinata e programmabile dei rischi, si sviluppano esperienze di mediazione che mirano a deflazionare da un lato il carico giudiziale e dall'altro a restaurare la fiducia dei cittadini nei sistemi sanitari.

Questi processi, finalizzati *in primis* al ripristino della fiducia perduta, possono infatti incidere sulla deflazione del contenzioso giudiziario, proprio perché fra le molte ragioni che comportano il deterioramento del rapporto medico-paziente vi è la crisi del dialogo, che avvelena gli animi e giunge a intaccare perfino il processo di guarigione. Benché queste esperienze non nascano, dunque, con la esclusiva finalità diretta di incidere sul numero delle richieste di risarcimento presentate dai pazienti, ma piuttosto con quella di ricomporre il rapporto paziente-professionista – struttura sanitaria, esse contribuiscono nell'ambito delle politiche di *risk management* sanitario alla diminuzione dei fattori di litigiosità sia interni che esterni, delle aziende sanitarie.

In questo contesto si è mossa anche la recente approvazione della legge 8 novembre 2012, n. 189, che prevede tra le novità la riforma della responsabilità medica per colpa, gli interventi sul comparto assicurativo, i criteri di risarcimento del danno biologico ed in parte il monitoraggio dei rischi aziendali. In un'ottica più ampia anche le novità in tema di mediazione civile e commerciale inducono riflessioni circa il ruolo dell'ascolto e della mediazione nel settore sanitario.

Questo studio dimostra che diversi fattori sospingono la riflessione legislativa e dottrinarina verso nuovi modelli di gestione delle *malpractice* mediche, al fine di garantire ancora alti standard di cura, sicurezza, qualità e trasparenza del Sistema sanitario nazionale. In particolare le esperienze sviluppate nelle strutture sanitarie delle regioni Piemonte e Emilia-Romagna, appaiono significative e degne di nota perché mirano alla ricomposizione della relazione terapeutica tra medico e paziente che oltre a essere strettamente legata alla prevenzione dei conflitti, condiziona anche la realizzazione del diritto alla salute. Inoltre, esse contribuiscono a disinnescare i conflitti latenti sia nei confronti dei pazienti che nei confronti dello stesso personale sanitario, favorendo l'emersione delle criticità, disponendo un ambiente neutrale in cui affrontarle e gestirle. Anche se da sole queste esperienze non sono sufficienti a porre rimedio a tutti i problemi oggetto di questo studio, è certo che esse influiscono immediatamente e concretamente sulla situazione

del paziente, rendendolo parte di un meccanismo che se ne prende cura anche nel momento in cui si verifica un evento avverso. L'utilizzo di tecniche trasformative avvicina l'azienda sanitaria e il personale sanitario alle esigenze del paziente, intervenendo immediatamente e impedendo che il conflitto degeneri. Proprio per tali ragioni si ritiene che queste esperienze, pur nei limiti e con i correttivi rilevati in questo studio, favoriscano effettivamente la tutela del diritto alla salute perché guardano al paziente nella situazione concreta di difficoltà, intervenendo sul conflitto attraverso la predisposizione di uno spazio neutrale di ascolto, dove le singole esigenze possono trovare sfogo e condivisione.

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino



## Appendici

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

## Appendice prima

# Risultati del progetto «La mediazione dei conflitti: la gestione stragiudiziale del contenzioso»

*Intervista telefonica ai mediatori: tot. min. ca. 20*

### 1. *Conoscenza del mediatore*

- Perché ha scelto di diventare mediatore?
- Qual è la caratteristica che ritiene più importante per rivestire il ruolo di mediatore?
- Come concilia il ruolo di mediatore con la sua mansione principale?

### 2. *L'esperienza di mediazione* (Le risposte alle seguenti domande sono mirate ad ottenere dati numerici circa i differenti casi di mediazione al fine di ottenere dati medi)

- Qual è il canale principale all'interno della struttura sanitaria attraverso cui riceve le segnalazioni?
- Come si avvia la procedura di ascolto e mediazione?
- Quanti casi ha affrontato?
- Quanti ascolti ha fatto?
- Quante mediazioni?
- Qual è l'oggetto delle segnalazioni? Risarcimento del danno, richiesta di aiuto per affrontare le difficoltà conseguenti all'insuccesso medico, richiesta di ammissione di colpa, richiesta di scuse, richiesta che il servizio migliori, richiesta che qualche addetto sia allontanato dal servizio, altro?
  - Chi sono i soggetti coinvolti più spesso?
  - Come si svolgono gli ascolti e le mediazioni?
  - Quanto dura in media un incontro?
  - Esiste un protocollo interno all'azienda sanitaria sulla procedura di ascolto e mediazione?

### 3. *Valutazione circa i risultati della mediazione*

- Qual è la tipologia di utenti che rifiuta l'incontro con voi mediatori?
- Gli utenti hanno percezione del percorso di ascolto e mediazione prima di un reclamo? Le è mai capitato che qualcuno si rivolgesse a lei per un incontro prima di ricevere la segnalazione da parte del canale dedicato?
- Quanti casi di ascolto e mediazione si interrompono o non vanno a buon fine? Quali sono le ragioni ricorrenti?
- Se dovesse giudicare l'esito dei percorsi di ascolto e mediazione quale sarebbe la sua impressione?
- Quanti casi ha condotto con esito positivo?
- Crede (o sa) che la mediazione scoraggi l'avvio di procedure legali nei confronti della struttura sanitaria (richieste di risarcimento, ecc.)?
- Reputa il suo ruolo di mediatore fondamentale, importante, sufficiente, poco apprezzato, inutile? La risposta si basa sulla percezione nei confronti dei partecipanti alla mediazione o da parte della struttura sanitaria?

### 4. *Valutazione sulla mediazione*

- Incoraggerebbe altri a intraprendere il suo percorso?
- Quali sono i pro e i contro della mediazione?
- Cambierebbe qualcosa della mediazione? Se sì cosa?

## Appendice seconda

### Intervista ai mediatori

*L'intervista può essere completata sul form e inviata a: elena.grasso@labdf.eu.  
Tempo necessario 10 min.*

#### 1. *Conoscenza del mediatore*

- Perché ha scelto di diventare mediatore?
- Qual è la caratteristica che ritiene più importante per rivestire il ruolo di mediatore?
- Come concilia il ruolo di mediatore con la sua mansione principale?

#### 2. *L'esperienza di mediazione*

- Qual è il canale principale all'interno della struttura sanitaria attraverso cui riceve le segnalazioni?
- Come si avvia la procedura di ascolto e mediazione?
- A quanti ascolti ha partecipato? (*indicare il numero approssimativo*)
- Qual è statisticamente l'oggetto più comune delle segnalazioni (*indicare con una x*):
  - a) risarcimento del danno
  - b) richiesta di aiuto per affrontare le difficoltà conseguenti all'insuccesso medico
  - c) richiesta di ammissione di colpa
  - d) richiesta di scuse
  - e) richiesta che il servizio migliori
  - f) richiesta che qualche addetto sia allontanato dal servizio
  - g) altro (specificare)
- Quale conflitto sorge più spesso (*indicare con una x*):
  - a) pazienti vs personale sanitario
  - b) personale sanitario vs personale sanitario

- Quanto dura in media un incontro?
  - Esiste un protocollo interno all'azienda sanitaria sulla procedura di ascolto e mediazione? (*indicare con una x*):
    - a) Sì, quale
    - b) No
3. *Valutazione circa i risultati della mediazione* (È sufficiente una risposta sintetica)
- Qual è la tipologia di utenti che rifiuta l'incontro con voi mediatori?
  - Gli utenti hanno percezione del percorso di ascolto e mediazione prima di un reclamo? (ossia le è mai capitato che qualcuno si rivolgesse a lei per un incontro prima di ricevere la segnalazione da parte del canale dedicato?) (*indicare con una x*):
    - a) Sì
    - b) No
  - Quanti casi di ascolto e mediazione si interrompono? (*indicare una percentuale es. 5%*)
    - Quali sono le ragioni ricorrenti?
    - Se dovesse giudicare in generale l'esito dei percorsi di ascolto e mediazione quale sarebbe la sua impressione? (*indicare con una x*):
      - a) molto buono
      - b) buono
      - c) discreto
      - d) sufficiente
      - e) non sufficiente
    - Quanti casi ha condotto con esito positivo? (*indicare una percentuale es. 5%*)
      - Crede (o sa) che la mediazione scoraggi l'avvio di procedure legali nei confronti della struttura sanitaria (richieste di risarcimento, ecc.) (*indicare con una x*):
        - a) Sì
        - b) No
      - Reputa il suo ruolo di mediatore (*indicare con una x*):
        - a) fondamentale
        - b) importante
        - c) sufficiente
        - d) poco apprezzato
        - e) inutile
      - La risposta si basa sulla percezione (*indicare con una x*):
        - a) nei confronti dei partecipanti alla mediazione
        - b) nei confronti della struttura sanitaria



4. *Valutazione sulla mediazione*

- Incoraggerebbe altri a intraprendere il suo percorso (*indicare con una x*):

a) Sì

b) No

- Quali sono i pro e i contro della mediazione?

Pro:

Contro:

- Cambierebbe qualcosa della mediazione?

Se sì cosa:

No

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

Finito di stampare nel mese di luglio 2014  
dalle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino

copyright © 2014 by Società editrice il Mulino