

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

Maria Carmen Agnello *

1. La relazione di cura tra medico e paziente verso una responsabilità sanitaria

Il modello di *welfare* care del sistema sanitario nazionale e l'innovazione nella diagnosi e terapia hanno aumentato le richieste risarcitorie per responsabilità professionale medica. Di conseguenza è emersa una "questione professionale", che ha richiesto plurimi interventi normativi nella gestione delle strutture sanitarie pubbliche e private. Al riguardo, giova ripercorrere il percorso normativo fino alla situazione attuale.

L'aspetto di maggiore rilievo riguarda il mutato rapporto tra medico e paziente nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, che ha rinforzato il rapporto tra la certezza dei mezzi con i risultati e ha condotto ad una sopra valutazione delle concrete potenzialità delle singole strutture sanitarie.

A fronte di ciò, si è verificata un'estensione dell'area risarcibile a favore del danneggiato, attraverso il risarcimento delle prestazioni sanitarie di non speciale difficoltà, delle situazioni di mero "peggiore delle condizioni del paziente", così come sono state valutate le complicanze o le situazioni inevitabili, quali forme di gravi errori o negligenze¹.

Tuttavia, la complessità nell'individuare i singoli ruoli nell'esercizio di tale attività ha mutato la responsabilità medica verso quella sanitaria, in cui il danno è riconducibile all'insieme dei fattori professionali ed organizzativi di una struttura sanitaria (c.d. carenze organizzative)².

Il presente articolo analizza la gestione del contenzioso nell'ambito dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale della responsabilità professionale medica e delle strutture sanitarie. A tale stregua, si è analizzato la mediazione, quale alternative dispute resolution in grado di garantire non solo un miglioramento organizzativo e nella relazione di cura, ma anche a prevenire dei contenziosi dall'eccessiva durata processuale e ridurre gli oneri finanziari per le parti coinvolte. Il background di tale istituto processuale è costituito dalle prime esperienze professionali espresse a livello regionale e dalle variegate realtà conciliative esterne al nostro ordinamento giuridico. In tale contesto, il d.lgs. n. 28 del 2010 ha introdotto l'obbligatorietà della mediazione nell'ambito sanitario. L'articolo si conclude con una valutazione relativa ai vantaggi derivanti dall'applicazione di tale istituto processuale, così come dei profili di criticità esistenti e potenziali, esistenti a livello sanitario e processuale.

(*) Avvocato Foro di Catania e Mediatore.

(1) Si v. G. COMANDÉ, G. TURCHETTI, *La Responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004.

(2) Si v. M. TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, pp. 342 ss.; J. DE-PAUL, *Symposium: medical malpractice: innovative practice applications transcript Presentation: Tort Reform*, 2003, 6, p. 309, individua le cause dell'incremento del contenzioso e della disorganizzazione del sistema sanitario americano.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

A tale stregua, occorre ripercorrere l'evoluzione del governo clinico e della gestione dei rischi sanitari nel perseguimento del "bene globale" degli assistiti.

In passato la gestione del rischio è stata attribuita alle compagnie assicurative, che hanno voluto superare le criticità del contenzioso paziente-medico attraverso la previsione di ampie coperture assicurative e conseguente aumento dei costi aziendali³.

In tempi recenti, a fronte di una riduzione delle risorse disponibili, le strutture sanitarie hanno elaborato differenti metodi di prevenzione/risoluzione delle controversie attraverso una gestione autonoma del rischio, comprensiva del contenzioso con le relative questioni problematiche. La prima riguarda l'inesistenza di metodi alternativi di gestione e risoluzione delle controversie relative alla responsabilità medica. Tale vuoto ha lasciato, quale unica forma di tutela il processo, con conseguente aumento dei procedimenti civili e penali. Di conseguenza, è emersa la necessità di una diversa regolazione dell'attività sanitaria, in grado di prevenire i danni attraverso un sistema fondato sul *risk management*⁴.

A seguito della trasformazione del Servizio Sanitario Nazionale, alle Regioni è stato attribuito un duplice ruolo di erogatore dei servizi sanitari e di ente responsabile della salute degli utenti. A tale stregua, le Regioni hanno avviato un percorso finalizzato a garantire un equilibrio tra i costi di gestione e l'erogazione dei servizi sanitari, attraverso misure preventive di riduzione del rischio, la promozione ed il sostegno di metodi conciliativi per ridurre il contenzioso derivanti da richieste risarcitorie⁵.

(3) Si v. H. COUSY, *Tort Liability and Liability Insurance: a Difficult Relationship*, in H. KOZIOL, B.C. STEININGER (eds.), *European Tort Law 2001*, rileva come in Austria e in America l'industrializzazione ha inciso sui costi in sanità.

(4) Si v. G. PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management?* in *Danno e Resp.*, 2003, pp. 428 s., in merito ai rapporti tra prevenzione, assicurazione e gestione del rischio.

(5) Si v. G. COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno e Resp.*, 2010, 11, pp. 977 e ss.; una ricostruzione storica, si v. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

L'avvio di tale percorso presenta "il rischio" di trattamenti difformi, derivanti dalla differente interpretazione ed applicazione della normativa relativa alla responsabilità e risarcimento del danno⁶. A tale stregua, il presente articolo intende illustrare il percorso normativo che ha condotto ad una gestione del servizio sanitario finalizzata al miglioramento dei servizi, alla prevenzione dei rischi ed al contenimento dei costi.

2. I profili comparati di responsabilità medica e nella gestione del contenzioso in sanità

Dopo avere introdotto le questioni di maggiore rilevanza, giova analizzare la regolamentazione a livello europeo della responsabilità medica e le modalità di gestione del contenzioso in tale settore: "tort", il "no-blame" e "misti".

Nel modello fondato sul "tort", il diritto al risarcimento sorge a seguito dell'accertamento della colpa medica. Tuttavia, tale sistema può dare adito a comportamenti distorsivi delle parti coinvolte nel giudizio attraverso l'occultamento di elementi probatori sui fatti da accertare.

Il modello "no-blame", adottato negli stati neozelandese, scandinavo e danese, esula dalla verifica della colpa "no fault", attraverso il riconoscimento di risarcimenti diretti secondo i criteri individuati dalla giurisprudenza. In tal modo è stato possibile ridurre il contenzioso, attraverso un'attenta distinzione tra casi di routine e di incerta qualificazione da quelli di complessa attuazione, l'adozione di specifiche misure di *risk management* e l'avvio di percorsi di ADR e forme compensative al risarcimento⁷.

Tuttavia, i sistemi di *no blame* e *no fault* sono stati criticati dagli economisti per la modesta funzione deterrente svolta, invece gli operatori del settore ritengono che l'abolizione della *negligence rule*

(6) Si v. G. COMANDÈ, *op. cit.*, rileva le differenze nelle discipline regionali relative all'erogazione della prestazione sanitaria.

(7) Tra i sostenitori dei sistemi di no-fault J. O'CONNELL, *Electric, No-Fault Liability by Contract for Doctors, Manufacturers, Retailers and Others*, 1977, Ins. L.J. 531.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

consentirebbe un miglioramento qualitativo dell'assistenza.

I sistemi misti si caratterizzano per la presenza di un'assicurazione obbligatoria e l'applicazione preventiva di procedure amministrative per il riconoscimento del risarcimento del danno. Nel sistema inglese, dal 2002 è stata introdotta l'assicurazione obbligatoria per le strutture sanitarie pubbliche e private e nel 2004 è stato istituito l'*Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et infections nosocomiales* (ONIAM), per la gestione di un sistema misto del contenzioso. Nell'ipotesi di accertamento del danno derivante da colpa medica, la commissione invita la Compagnia assicurativa ad avanzare una proposta di risarcimento, che non preclude l'azione giudiziaria, anche nell'ipotesi di rifiuto del paziente. Per i danni gravi, si riconosce un indennizzo, attinguto da un fondo destinato, la cui determinazione (*an e quantum*) prescinde dalla prova della colpa, secondo una valutazione svolta dalla *Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*⁸. Invece, nel sistema giuridico tedesco, si attribuisce una natura contrattuale che extra-contrattuale alle forme di responsabilità medica *ad personam* ed aziendali. Secondo tale impostazione l'onere probatorio è a carico del paziente, che agisce per ottenere il risarcimento del danno subito.

Infine, in Svezia dal 1997 è stato introdotto il Patient Injury Act (PIA), che ha previsto l'assicurazione obbligatoria alle aziende sanitarie e delle procedure di riparazione del danno, in base all'accertamento della colpa. Nelle ipotesi di mancato accordo tra le parti, l'eventuale riconoscimento del danno sanitario non può avere rilevanza in sede di un giudizio. Al fine di soddisfare le richieste risarcitorie per erroneità prescrittive e nella somministrazione di farmaci, le Aziende farmaceutiche hanno attuato un programma di accantonamento volontario in un fondo *ad hoc*⁹.

A questo punto è necessario esaminare le caratteristiche e le differenze dei metodi alternativi di riso-

luzione delle controversie in ambito sanitario, così come sono stati applicati in Europa.

Nella prima metà degli anni Novanta, il Tribunale di Grande Istanza di Parigi ha elaborato in modo *prae-ter legem* la *Mediation*. Tale istituto nato nella prassi e recepito a livello normativo, a differenza dalla conciliazione, consente al giudice di delegare a terzi la mediazione, per definire un diverso assetto di interessi. Le caratteristiche principali di tale procedimento sono la consensualità, il mantenimento di ampi poteri al giudice che adotta le misure necessarie e verifica la conclusione del procedimento con l'omologazione, (senza il procedimento riprende) e la non impugnabilità del provvedimento finale.

Il sistema giudiziario inglese attribuisce rilevanza al "*case law*". Con la sentenza Bolam è stata affrontata una fattispecie di responsabilità medica, che sancisce il principio secondo cui non ricorre la negligenza, allorché risulti che il sanitario anche se avesse agito secondo standard professionali riconosciuti e condivisi, non avrebbe potuto evitare il danno. In seguito, si stabilì che tale giudizio dovesse essere espresso dall'organo giudicante, invece che solo sull'opinione di altri medici. Nel 1995, è stata istituita la *National Health Service Litigation Authority* (NHSLA), al fine di gestire in modo preventivo il contenzioso sanitario, attraverso un team di legali specializzati in tale settore.

In seguito è stato introdotto in alcune strutture sanitarie, un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, l'*Online Dispute Resolution*, che gestisce i reclami inoltrati dai pazienti con strumenti informatici, quali e-mail, forum video-conferenze e *instant messaging*. Tali metodi di deflazione del contenzioso definiti ODR sono l'Automated Negotiation, l'Assisted Negotiation e l'Online Mediation.

L'*"automated negotiation"* è un metodo di risoluzione della controversia in cui la tecnologia assume un ruolo primario in fase di *negotiation*. Molti sistemi ODR in tale settore si caratterizzano per il metodo di *blind-bidding services* (offerte alla cieca), che iniziano con un'offerta ove le parti inseriscono le condizioni transattive e l'accordo è concluso, quando le reciproche offerte coincidono.

Il metodo di "*assisted negotiation*" consente di pervenire alla risoluzione della controversie, attraverso

(8) Nei casi di vaccinazione, il sistema inglese ha previsto un sistema di risarcimento automatico.

(9) Tale programma è stato applicato in Finlandia.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

so un supporto tecnologico di assistenza sia nella fase di valutazione delle specificità del caso concreto che finale di formulazione dell'accordo conclusivo. Altri due metodi di ODR sono la *mediation* e *arbitration* tradizionale. Al riguardo, giova osservare come la maggior parte dei *provider* internazionali utilizzano in via alternativa i differenti metodi di risoluzione esaminati.

Da quanto esposto emerge una notevole differenziazione negli Stati europei nella disciplina della responsabilità medica e nella gestione del contenzioso all'interno delle strutture sanitarie. A tale stregua, sarebbe necessario garantire una maggiore armonizzazione in tale settore, attraverso un approccio più uniforme nei singoli stati europei verso tali questioni.

3. Le risoluzioni alternative del contenzioso nell'ordinamento nazionale ed in alcune esperienze regionali

Nel nostro ordinamento, si sono attuate alcune forme alternative al giudizio formale, finalizzate nei rispettivi settori applicativi a ridurre il contenzioso e all'individuazione delle soluzioni più adatte per le parti.

In particolare il settore sanitario presenta delle caratteristiche e dei profili problematici che richiedono un'attenta analisi. Negli ultimi anni le criticità derivanti dall'aumento delle assicurazioni professionali ha condotto ad una differente gestione dei rischi. Tuttavia, l'eterogeneità delle soluzioni adottate anche all'interno della medesima Regione non hanno consentito una centralizzazione dei costi assicurativi. Inoltre, la previsione di un massimo annuale di copertura assicurativa ha determinato una riduzione dei rischi assicurati, così come l'applicazione di franchigie per una pluralità di sinistri ha impedito un'opportuna differenziazione di quest'ultimi. Quanto esposto ha creato delle criticità in riferimento ai casi più gravi, ove l'assicuratore ha un interesse a dilazionare il risarcimento, mentre l'assicurato ad ottenere al più presto quanto gli spetta.

Al fine di superare tali criticità l'adozione di misure alternative di risoluzione delle controversie quali la mediazione può essere una risorsa delle organizzazioni sanitarie, per ridurre il contenzioso.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, erano applicati gli accordi consensuali di transazione ex art. 1956 c.c. e la mediazione in modo differente dall'attuale istituto processuale. In particolare, nella gestione del contenzioso sanitario sono state adottate alcune forme negoziate, svolte da un terzo neutrale (conciliatore o facilitatore) con procedure semplificate ed alternative ad altri procedimenti, quali l'arbitrato.

La conciliazione sanitaria è stata in modo differente applicata a livello regionale.

Nel 2008 il gruppo di Adir Mediazione ha avviato a livello sperimentale un progetto di mediazione sanitaria in collaborazione con l'Azienda Sanitaria di Firenze e l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Careggi.

L'anno successivo, l'associazione "L'altro Diritto" ha sottoscritto con l'Azienda Sanitaria di Firenze una convenzione ad oggetto un Progetto di Riorganizzazione del Servizio Gestione Reclami, da attivare con la collaborazione sperimentale e gratuita, secondo i principi di partecipazione civica e politiche di miglioramento aziendali. In tale modo si è inteso garantire agli utenti dell'Azienda Sanitaria un altro strumento rispetto a quello fornito dall'Ufficio di Gestione dei Reclami. Il procedimento di conciliazione, così come disciplinato dal Regolamento di conciliazione interno, può essere attivato dall'utente, dalla AOUC, dalla struttura privata o dal libero professionista, attraverso il deposito di una domanda presso la Segreteria del Servizio, attivato dalla struttura sanitaria. In particolare, gli utenti della ASF in caso di conflitto con l'azienda sanitaria o con il personale possono rivolgersi all'Ufficio Gestione Reclami, e qualora gli operatori ne ravvisino i presupposti e previo consenso delle parti il caso è segnalato ai mediatori. Quest'ultimi fissano un colloquio preliminare ove si valuta la fattibilità dell'incontro di mediazione. Nell'ipotesi di esito positivo, inizia la seconda fase di incontro tra le parti, ove le parti sono aiutate dal team di mediatori presenti nell'elaborare il conflitto ed individuazione di una soluzione soddisfacente.

Tale modo stragiudiziale di risoluzione di conflitti di *medical malpractice* si caratterizza per il limite processuale di essere esperibile soltanto in ipotesi tassative, quali di errata terapia o somministra-

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

zione di farmaci, ritardo nella diagnosi, smarrimenti di protesi, cadute a terra e manovre di intubazione e nei limiti della soglia del valore della controversia non superiore a €50.000,00.

In Emilia-Romagna nel 2005 si è svolta un'esperienza di mediazione in ambito sanitario, caratterizzata da attività di ascolto e con metodi di risoluzione alternativi di controversie. A seguito dell'esito positivo, tali esperienze si sono diffuse in Emilia-Romagna (Aziende USL di Modena e di Piacenza) e in Lombardia (Azienda ospedaliera di Lecco)¹⁰.

Inoltre, occorre rilevare come alcune associazioni si sono attivate per l'istituzione in area sanitaria delle Commissioni Conciliative previste dal d.P.C.M. 19 maggio 1995. A tale stregua, sono state istituite delle camere conciliative (Progetto "Accordia") dall'Ordine dei medici di Roma, in collaborazione con l'Ordine degli avvocati, mentre a seguito di ostacoli burocratici tali commissioni non sono state attuate in modo completo in alcune regioni (quali la Sicilia).

Quanto esposto evidenzia l'interesse di alcune regioni nell'individuare metodi alternativi di gestione e di prevenzione delle criticità esistenti nel rapporto di cura e gestione del servizio sanitario attraverso l'applicazione di strumenti partecipativi e di conciliazione degli eventuali interessi confliggenti. Tuttavia, tali misure sono rimaste isolate in quanto attuate in modo sporadico ed in singole realtà sanitarie regionali, quindi si è avvertita la necessità di un intervento normativo, al fine di garantire un'uniforme applicazione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie sanitarie a livello nazionale.

4. La mediazione prevista dal d.lgs. n. 28 del 2010: l'applicazione in ambito sanitario

La mediazione in ambito sanitario costituisce un importante ed innovativo strumento stragiudiziale, che soltanto in tempi recenti è stato espressamente previsto ed applicato nel nostro ordinamento,

(10) Nel dossier n. 158 del 2007 "Mediare i conflitti in sanità", http://ase.regione.emilia.it/wcm/asr/collana_dossier sono esposti i metodi, i percorsi formativi attuati nella Regione Emilia-Romagna e la valutazione d'impatto organizzativo.

quale alternativa risoluzione delle controversie¹¹. Il legislatore con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in attuazione della dir. 2008/52/CE ha introdotto la mediazione obbligatoria per il risarcimento del danno derivante da responsabilità medica¹². L'applicazione di tale strumento processuale per le controversie relative al diritto fondamentale alla salute, è stata valutata in modo positivo, in quanto considerato una modalità complementare ed alternativa nel superare la conflittualità pazienti-operatori sanitari. Tuttavia, la mediazione sanitaria ha assunto un carattere peculiare, in considerazione delle criticità presenti nel nostro sistema sanitario e dell'aumento dell'insoddisfazione degli utenti dei servizi sanitari.

La mediazione relativa alla responsabilità medica si caratterizza per l'eterogeneità degli interessi espressi dai soggetti coinvolti. All'interno delle organizzazioni sanitarie il conflitto può nascere fra paziente e personale medico e paramedico e struttura sanitaria, così come all'interno delle équipe sanitarie, fra medico e struttura sanitaria. In tale contesto si inseriscono i rapporti tra gli operatori sanitari e le strutture sanitarie con le rispettive compagnie assicurative.

Da un lato, le questioni relative al rapporto tra medico ed il paziente sono caratterizzate dalla presenza di livelli elevati di conflitto tra le parti, che possono rendere difficile la comunicazione. Invece, le strutture sanitarie così come le compagnie assicurative, sono presenti in sede di mediazione attraverso la presenza dei propri rappresentanti, che possono agire nei limiti dei poteri di rappresentanza, conferiti con le deleghe. Tali criticità possono rendere com-

(11) Si v. C. Besso, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, G. Giappichelli, 2010, cap. 2, pp. 33 e 40, evidenzia le differenze tra la mediazione facilitativa e valutativa, previste dall'art. 1 del d.lgs. n. 28 del 2010, finalizzata la prima al raggiungimento di un accordo amichevole tra le parti, mentre la seconda "nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa" ed aggiudicativa, prevista solo dalla relazione illustrativa, ove il mediatore può su richiesta delle parti decidere della controversia. Per la mediazione trasformativa si v. nota 13.

(12) Si v. M. C. REALE, in *Sociologia del diritto*, n. 1 del 2014, pp. 95-120, analizza la strategia politica europea di armonizzazione delle legislazioni applicabili nel contesto economico e sociale e le misure sia europee che dei singoli stati membri finalizzate a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia in Europa.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

plexa l'attività del mediatore nel conoscere a fondo la vicenda, nel pervenire ad una soluzione in grado di soddisfare gli interessi espressi dalle parti e quindi si può compromettere l'efficacia dell'accordo.

A tale stregua, è apparso utile applicare la mediazione secondo una modalità "trasformativa", attraverso un procedimento bifasico. In una prima fase, "la direzione del procedimento" è svolta dalle parti, mentre il mediatore "facilita il processo di trasformazione", attraverso un'analisi attenta della vicenda ed in particolare del rapporto tra paziente, medico e struttura sanitaria, al fine di identificare le posizioni e comprendere gli interessi delle parti¹³. In sede delle riunioni separate e congiunte, il mediatore invece svolge uno specifico compito di de-strutturare le conflittualità, superare gli estremismi espressi ed avviare un confronto costruttivo in ordine alle questioni sollevate ed alle possibili soluzioni al conflitto. In tale confronto, la presenza delle compagnie assicurative può agevolare il mediatore nell'individuazione di soluzioni alternative rispetto a quelle esposte dalle parti direttamente coinvolte nella vicenda.

Alla luce delle sopra esposte considerazioni, il tentativo di mediazione obbligatoria pur essendo stato previsto dal d.lgs. 28/2010, soltanto per le controversie di risarcimento del danno derivante da responsabilità del medico, la prassi e la giurisprudenza hanno esteso l'ambito applicativo anche alla responsabilità sanitaria nelle diverse sfaccettature come sopra esposte.

Alla luce di quanto esposto, si evidenzia la rilevanza della mediazione in campo sanitario in quanto consente di prevenire il contenzioso e di pervenire ad un accordo, che al di fuori delle logiche meramente economiche sia in grado di risolvere il conflitto e soddisfare gli interessi delle parti, attraverso una ricomposizione del rapporto medico-paziente-struttura sanitaria. Tuttavia, in sede di mediazione possono persistere alcune criticità da carenze informative, determinate dai timori di eventuali rapporti con

un'azione penale, perseguibile d'ufficio o su iniziativa delle parti, ove può essere richiesto il risarcimento del danno e dalle possibili remore dei funzionari nel sottoscrivere un accordo, da cui possono derivare delle conseguenze negative in termini di responsabilità amministrativa o professionale, al di là della soluzione adottata in sede di mediazione¹⁴.

5. La mediazione in materia medica e sanitaria a seguito delle novità del decreto Balduzzi e del Decreto del Fare: le incertezze interpretative ed il dibattito giurisprudenziale relativo alla natura della responsabilità medica e sanitaria

Il profilo di maggiore rilevanza riguarda l'individuazione della natura della responsabilità sia del medico e degli operatori sanitari che della struttura sanitaria pubblica o privata. La soluzione di tale questione coinvolge ulteriori aspetti consequenziali, quali l'onere probatorio a carico delle parti, così come l'applicazione del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione risarcitoria.

A seguito di un vivace dibattito dottrinario, la giurisprudenza ha espresso la necessità di attribuire una qualificazione sistematica alla responsabilità del medico e della struttura sanitaria, al fine di superare i problemi di accertamento e risarcitori presenti in tale ambito di rapporti giuridici¹⁵.

La giurisprudenza prevalente dal 1999 ha inquadrato la condotta attiva o omissiva del medico dipendente e/o collaboratore della struttura sanitaria, produttiva del danno nei confronti del paziente nell'ambito della responsabilità ex art. 1218 c.c. secondo la teoria del "contatto sociale", in base all'affidamento, che il malato pone nella professionalità dell'esercente l'attività sanitaria anche in assenza di un contratto tra le parti coinvolte¹⁶.

(14) Si v. C. Besso, *op. cit.*

(15) Si v. G. Comandè, *Analisi delle norme di riferimento*, in *Il Sole 24 Ore*, dicembre 2013, pp. 30 e s.

(16) Si v. sezioni unite Cassazione, sent. n. 577 dell'11 gennaio 2008, nota di A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e Responsabilità*, 2008, n. 8-9, pp. 879 e s.

(13) Si v. C. Besso, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, G. Giappichelli, 2010, cap. V, par. 8, p. 194, evidenzia come tale procedimento consenta di superare le carenze comunicative tra le parti coinvolte in tali conflitti.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

In base a tale impostazione, il medico è obbligato non solo ad assolvere agli obblighi di prestazione relativi alle cure necessarie, ma anche quelli di protezione, ossia a svolgere la propria attività con una diligenza proporzionale, rispetto al livello di difficoltà dell'attività professionale svolta. A tale stregua, la natura della responsabilità medica non è individuata in merito alla fonte dell'obbligazione, ma al contenuto specifico del rapporto intercorso con il paziente. In tal modo, si risarciscono i danni subiti non solo per la non diligente esecuzione della prestazione medica, ma anche per inosservanza di obblighi di comportamento di varia natura, a tutela degli interessi emersi in occasione di tale contatto sociale¹⁷. Quest'ultima impostazione giurisprudenziale è frutto di un'interpretazione costituzionalmente orientata secondo il principio di solidarietà ex artt. 2 e 32 della Costituzione, espressione del passaggio dallo Stato liberale all'odierno *welfare state*, caratterizzato da una maggiore attenzione alla tutela della salute degli utenti del sistema sanitario nazionale ed alle tecniche giudiziali e di controllo relative a tali attività professionali.

Alla responsabilità della struttura sanitaria, la giurisprudenza in modo pacifico ha attribuito natura contrattuale derivante dall'obbligo *ex lege* di assistenza sanitaria di erogazione delle prestazioni del SSN¹⁸. La giurisprudenza di legittimità, nel delineare i presupposti di tale responsabilità ha individuato oltre alla principale prestazione di cura del paziente, erogata dalla struttura sanitaria anche altre prestazioni, distinte rispetto a quelle del personale medico, che concorrono in modo unitario a tutelare la salute. Secondo tale orientamento, il contratto di ospitalità o di assistenza sanitaria, comprende differenti obblighi di carattere alberghiero o gestionali ed organizzativi relativi alla disponibilità di medicinali o di impianti, di attrezzature cliniche ed all'attività del personale medico e paramedico, in grado non solo garantire l'assistenza sanitaria, ma anche di prevenire e gestire eventuali complicazioni o emergenze. A tale stregua, in presenza di un inadempimento relativo al rapporto contrattuale con la struttura sanitaria si applli-

cherà l'art. 1218 c.c., invece quando sussiste una responsabilità non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" e la condotta lesiva è attribuibile all'attività dei sanitari dipendenti e/o ausiliari si potrà applicare l'art. 1228 c.c.¹⁹.

Da quanto esposto è conseguito il consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale, che applica sia alla struttura sanitaria, che al medico la disciplina della responsabilità contrattuale prevista dagli artt. 1176, 1218 e 1228 c.c. ed attribuisce al danneggiato la possibilità di agire per il risarcimento del danno nei confronti della struttura, del medico o di entrambi²⁰. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1176 e 2236, comma 2 c.c., la giurisprudenza di legittimità ha richiesto un livello di diligenza, secondo il parametro del debitore qualificato e della difficoltà della prestazione erogata. In tale ambito, la diligenza è valutata in base a molteplici elementi, quali la situazione di salute del paziente, le conoscenze mediche, l'organizzazione dei mezzi idonei per il conseguimento dei risultati secondo quanto pattuito o previsto dalla normativa di settore²¹.

Inoltre, a livello giurisprudenziale si è alleggerito l'onere probatorio per il danneggiato, con l'applicazione delle presunzioni e del principio della vicinanza della prova a carico di chi è in grado di procurarla. In base all'applicazione di quest'ultimo principio e dell'art. 1218 c.c., il paziente ha l'onere di provare l'inadempimento, il pregiudizio e il nesso causale tra tali elementi²². Ai sensi dell'art. 2236 c.c., i convenuti sono chiamati a provare la correttezza nell'esecuzione della prestazione e l'inesistenza di un inadempimento colpevole, ossia l'eccezionalità della lesione procurata da circostanze imprevedibili o da impossibilità ad adempiere²³.

(19) Si v. Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 e 14 luglio 2004, n. 13066, in www.leggiditalia.it.

(20) Si v. Cass., sez. III pen., 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e Resp.*, 2013, pp. 889 ss.; si v. Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 e Cass., ss.uu., sent. 577/2008.

(21) Si v. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, 15 ottobre 2009, n. 975 e 29 settembre 2009, n. 20806.

(22) Si v. Cass. 21 giugno 2004 n. 11488; Cass. 20 novembre 2007 n. 24140, 15 maggio 2007 n. 11189, 10 gennaio 2007, n. 238 e 4 luglio 2006, n. 15274.

(23) Si v. Cassazione 577/08, cit.

(17) Si v. Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in www.leggiditalia.it.

(18) Si v. Cass. n. 3492/2002; n. 11316/2003; n. 10297/2004, in www.leggiditalia.it.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

Tale impostazione si pone in linea con quanto previsto dagli artt. 8, 8-*quinquies* e 14 della l. n. 502 del 1992 e l'art. 2 del d.lgs. n. 205 del 2006, che nell'erogazione della prestazione sanitaria garantiscono sia il diritto della salute che la sicurezza e la qualità nei servizi erogati. Al fine di superare alcune criticità emerse nell'ambito della responsabilità medica e sanitaria, derivanti dai costi elevati di accertamento e nella quantificazione del risarcimento del danno il legislatore è intervenuto con alcune importanti novità normative²⁴.

La prima riguarda la responsabilità dell'esercente attività sanitarie, prevista dall'art. 3 del decreto Balduzzi, ossia il d.l. del 13 settembre 2012, n.158, convertita nella l. del 8 novembre 2012, n. 189. In particolare, il legislatore ha distinto l'attività punibile, in base al presupposto della colpa grave, da quella non punibile fondata sulla colpa lieve, introducendo il parametro oggettivo di valutazione, delle linee guida e buone pratiche ai fini della selezione e valutazione dei comportamenti sanzionabili. In tal modo, si consente agli operatori sanitari di individuare *ex ante* la condotta prevedibile ed esigibile, così come al giudice di accertare il grado della colpa, in base all'osservanza, da parte del professionista, delle linee guida e delle buone pratiche riconosciute dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale.

Tuttavia, l'applicazione di tale normativa ha presentato alcune criticità di adattamento ai casi concreti ed in particolare nel graduare le differenti modalità di discostamento dai livelli standardizzati di condotta, così come riconosciuti per ogni settore e fase dell'attività medica. Al riguardo, è intervenuta la Corte Costituzionale che in considerazione di quanto espresso nelle prime pronunce della giurisprudenza di legittimità ed in adesione con la dottrina maggioritaria, rileva come la limitazione di responsabilità penale prevista dalla "legge Balduzzi" riguardi soltanto l'imputabilità per imperizia e

non per comportamento negligente o imprudente, in quanto le linee guida contengono soltanto delle regole attinenti alla perizia²⁵.

In riferimento alla responsabilità civile, ossia quando l'esercente la professione sanitaria non risponde penalmente per avere osservato le linee guida, il I comma dell'art. 3 della l. Balduzzi recita che "*resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del Codice civile*". In merito all'applicazione di tale norma è sorto un dibattito interpretativo.

Secondo un primo orientamento, l'art. 3, comma 1 della legge Balduzzi "*non innova il diritto vivente*", che individua la natura della responsabilità del medico da contatto sociale qualificato né incide sul regime di responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata e del medico nell'esecuzione del contratto d'opera professionale, anche nell'esercizio di attività libero professionale svolta dal dipendente pubblico²⁶. A livello di diritto intertemporale, si attribuisce a tale disposizione una valenza innovativa e non meramente interpretativa con la conseguenza di non potere essere applicata alle fattispecie antecedenti all'entrata in vigore della legge Balduzzi²⁷.

In tempi recenti la giurisprudenza di merito e di legittimità ha espresso un diverso orientamento, secondo una differente interpretazione dell'art. 3 e della *ratio* perseguita dal legislatore con la legge Balduzzi. Stante ciò, si è determinato un contrasto tra "*il diritto vigente*" ed il "*diritto vivente*", ossia con il precedente orientamento giurisprudenziale, che ha ricondotto in modo unanime la responsabilità della struttura sanitaria e del medico nell'alveo applicativo dell'art. 1218 c.c. Nel nostro ordinamento, la giurisprudenza più recente, nelle ipotesi in cui sia individuabile la colpa lieve del medico o dell'esercente l'attività sanitaria, ossia nella fattispecie di osservanza delle linee guida o delle buone prati-

(25) Si v. Corte Cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 235, in *www.cortecostituzionale*.

(26) Si v. Cass. civ. 19 febbraio 2013, n. 4030 e Trib. Arezzo 14 febbraio 2013, in *www.leggiditalia.it*.

(27) Si v. C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità medica inserita in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189 del 2012*, nota a Trib. Caltanissetta dell'1 luglio 2013, in *Resp. civ. e prev.*, n. 6, Giuffrè, 2013, p. 1988.

(24) Si v. cfr. G. COMANDÈ, *op. cit.*, rileva un'"eccessiva personalizzazione del danno" attraverso "assottigliamento dei parametri di valutazione tradizionale" e "logiche di responsabilità oggettiva e di canalizzazione sulle strutture dei costi". Attraverso il consenso informato, si è giunti all'accertamento presuntivo dell'elemento soggettivo ed ad una riduzione della rilevanza del nesso causale.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

che ed al di fuori delle ipotesi di inadempimento di un contratto di opera professionale, ha individuato una responsabilità di natura extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., qualora nelle condotte poste in essere siano individuabili gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, ossia la lesione del principio generale del *neminem laedere*, di cui l'onere probatorio è a carico del danneggiato²⁸. A livello di analisi comparata, giova rilevare come nei sistemi giuridici di *common law* è consolidata un'analogia impostazione, che inquadra la responsabilità professionale del medico nell'ambito della responsabilità aquiliana (*torts*).

Quanto espresso non incide in ordine alla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata di natura "contrattuale", secondo quanto previsto dall'art. 1218 c.c. Da tale impostazione consegue, che il soggetto leso potrà agire attraverso il cumulo delle azioni, sia nei confronti del medico che della struttura sanitaria, ove è stato commesso l'illecito in base ad una duplice disciplina delle responsabilità, ex art. 2043 c.c. per l'esercente l'attività sanitaria ed ex art. 1218 c.c. per la struttura sanitaria e conseguente differente applicazione del riparto dell'onere probatorio e del termine di prescrizione²⁹.

In tempi ancora più recenti, la Cassazione ha precisato l'interpretazione del dato normativo controverso ed in particolare la correlazione tra l'art. 3, comma 1, della l. n. 189 del 2012, relativo al ruolo della colpa lieve ai fini dell'imputabilità della responsabilità penale ed il successivo inciso laddove è previsto, che resta fermo l'obbligo risarcitorio, di cui

all'art. 2043 c.c. Al riguardo, secondo il brocardo in *lege aquilia et levissima culpa venit*, il legislatore ha inteso escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito dell'illecito extracontrattuale, senza prendere alcuna posizione in merito alla qualificazione della responsabilità medica. Il più recente orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità afferma che tale norma non consente di superare l'impostazione tradizionale espressa nei termini di una responsabilità da contatto con le seguenti conseguenze processuali³⁰. In tali fattispecie, secondo l'impostazione esposta è individuabile un inadempimento qualificato, che favorisce in sede processuale l'assistito in quanto ha l'onere probatorio di allegare il comportamento attivo o passivo, quale causa del danno arrecato, mentre il medico o la struttura dovranno dimostrare che il danno si è verificato, in assenza di colpa attraverso la dimostrazione di avere eseguito in modo corretto la prestazione.

Tale orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità è stato oggetto di ulteriori oscillazioni a seguito di successive pronunzie del Tribunale di Milano. La sentenza n. 9693 del 2014 nel valutare l'impatto della l. n. 189 del 2012, evidenzia che il tenore letterale dell'art. 3, comma 1 e le finalità perseguite dal legislatore del 2012 non consentono di interpretare il richiamo normativo all'art. 2043 c.c. in modo "atecnico"³¹. Tale impostazione è stata in parte condivisa da un'altra pronunzia del Tribunale di Milano, che nell'interpretare l'art. 3, comma 1 della l. Balduzzi, in coerenza con il suo tenore letterale ed all'intenzione del legislatore (art. 12 delle preleggi), ha superato l'orientamento giurisprudenziale quasi unanime espresso dal 1999, che riconduceva in ogni caso la responsabilità del medico all'art.

(28) Si v. Cass., sez. III civ., 19 febbraio 2013, n. 4030, in www.leggiditalia.it.

(29) Si v. Cass. del 16 dicembre 2005, n. 27713, quando le domande si fondano su un unico fatto nei confronti dei convenuti, quest'ultimi sono solidalmente obbligati al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2055 c.c.; Cass. civ., sez. III, del 4 aprile 2014, n. 7909, la responsabilità da errato trattamento medico, anche secondo un'interpretazione fondata sul diritto internazionale, ossia l'art. VIII, par. 5, della Conv. di Londra del 19 giugno 1951, ratificata e resa esecutiva con l. 30 novembre 1955, n. 1335 non si può ritenere contrattuale. Secondo la Corte, tale configurazione "contrattuale" deve fondarsi su un contratto, quale accordo bilaterale (o plurilaterale) tra le parti, escludendo che possa assumere tale natura il "contatto sociale", elaborato dalla giurisprudenza, a fronte di una qualificazione delle altre fattispecie di responsabilità del medico ospedaliero nell'ambito extracontrattuale o per *tort*.

(30) Si v. Cass. civ., sez. VI, ordinanza 17 aprile 2014, n. 8940; Cass. civ., sez. III, 7 maggio 2014, n. 9860.

(31) Si v. Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014, n. 9693, in merito alle implicazioni derivanti da Cass. n. 8940/2014, considerata convincente l'affermazione del giudice di legittimità che esclude un'opzione della l. 189/2012 a favore della qualificazione della responsabilità medica "necessariamente" come extracontrattuale, mentre non è condivisa l'interpretazione del secondo inciso dell'art. 3, comma 1 della l. Balduzzi espressa dalla motivazione della Cassazione n. 8940 del 2014, secondo cui a tale norma non andrebbe attribuito alcun rilievo in grado di superare l'orientamento giurisprudenziale "tradizionale" in tema di responsabilità medica, che tende a vanificare la portata della norma.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente³².

In particolare, la *ratio* del legislatore è individuata nel limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire gli oneri processuali nell'accertamento di tali fattispecie, escludendo la responsabilità penale nei casi di colpa lieve, ma mantenendo la responsabilità civile, da inadempimento quando preesiste un contratto concluso dal medico con il paziente o da fatto illecito negli altri casi. A tale stregua, si distinguono le fattispecie in cui sussiste un rapporto contrattuale, ove l'art. 3, comma 1 della legge Balduzzi non incide nell'applicazione della disciplina della responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata), né nel rapporto con il medico, che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale. In tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria, derivante dal contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria, sia la responsabilità del medico per inadempimento del contratto d'opera professionale sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. Invece, al di fuori dei casi in cui il paziente è legato al professionista da un rapporto contrattuale, i criteri di attribuzione della responsabilità civile al medico ed agli altri esercenti una professione sanitaria sono da individuare nella responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con le conseguenze processuali nel riparto dell'onere della prova ed in termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno.

Un altro aspetto controverso riguarda l'interpretazione dell'art. 3, nella parte ove assegna al giudice la determinazione del risarcimento del danno, in considerazione "della condotta di cui al primo pe-

riodo" ed al comma 3, ove estende il criterio di liquidazione del danno biologico attraverso l'applicazione delle tabelle previste negli artt. 138 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, il Codice delle Assicurazioni, alle fattispecie di responsabilità sanitaria e all'esercente della professione sanitaria.

Tale normativa ha posto alcuni problemi interpretativi e ha determinato alcune disparità di trattamento, in quanto si riferisce al danno biologico "conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria", non comprendendo anche le ipotesi di danno attribuito alle carenze organizzative della struttura o di danno morale³³. In particolare, il punto controverso riguarda l'integrazione delle tabelle in considerazione delle fattispecie non previste relative alla professione sanitaria.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 235 del 16 ottobre 2014 ha espresso la legittimità costituzionale delle tabelle ministeriali per la liquidazione delle "micropermanenti", confermando in tal modo i limiti previsti dal legislatore, che determina l'indennità per il danno biologico arrecato al danneggiato secondo l'applicazione dei parametri e criteri di quantificazione predeterminati³⁴. Al fine di arginare un eccesso di personalizzazione nella quantificazione del danno, la Corte Costituzionale valuta la costituzionalità del sistema indennitario attraverso il meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico, introdotto dall'art. 139 cod. ass., in merito all'asserito *vulnus* al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona. Al riguardo, secondo la valutazione espressa dalla Corte tale diritto non assume un valore assoluto e intangibile e verifica la ragionevolezza attraverso il bilanciamento con altri valori, presenti nella disciplina censurata. Nel sistema vigente di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata, l'interesse risarcitorio del danneggiato deve confrontarsi con quello, generale e sociale degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi. A tale stregua, secondo la Corte la disciplina si propone

(32) Si v. Tribunale di Milano, sez. I civ., sentenza 2 dicembre 2014, n. 1430, evidenza che "il superamento della teoria del contatto sociale" non sembra comportare una limitazione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla lesione di un diritto fondamentale alla salute: in considerazione sia del diverso regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa, il danneggiato sarà portato a rivolgere in primo luogo la pretesa risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria"; si v. Tribunale di Milano, sez. V, 18 novembre 2014, n. 13574, secondo cui la qualificazione della responsabilità del medico ospedaliero dipendente nell'ambito contrattuale risponde ad una esigenza di protezione della sua attività, grazie all'applicazione dell'art. 2236 c.c., nell'ambito della disciplina contrattuale del contratto d'opera professionale.

(33) Si v. G. COMANDÈ, in *Il Sole 24 Ore*, dicembre 2014, p. 34, individua un' "illogicità del risultato".

(34) In www.cortecostituzionale.it.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

il contemperamento di tali contrapposti interessi³⁵. L'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno nel settore delle lesioni di lieve entità e riferito alle conseguenze pregiudizievoli, rilevate dalla scienza medica per i primi (nove) gradi della tabella, consente una personalizzazione giudiziale dell'importo risarcitorio, attraverso l'applicazione di tali tabelle, con eventuale maggiorazione fino ad un quinto, in base alle condizioni soggettive del danneggiato³⁶.

In tale contesto, il legislatore in sede di emanazione dei decreti attuativi della legge Balduzzi avrà il difficile compito di ricondurre ad unità i differenti orientamenti espressi dalla giurisprudenza in merito alle complesse questioni esaminate. Quanto esposto è da coordinare con un'altra questione di complessa soluzione, ossia i costi derivanti dall'obbligatorietà dell'assicurazione professionale, introdotta dal d.P.R. n. 137 del 2012, che ha rinviato ad apposita regolazione la disciplina delle procedure e dei requisiti minimi di idoneità dei contratti di assicurazione e del sistema di contribuzione ed accesso al fondo di garanzia solidarietà a favore dei professionisti³⁷. Il tavolo tecnico costituito dai rappresentanti delle amministrazioni competenti ha elaborato uno schema di regolamento, trasmesso alla Conferenza Stato regioni per il parere, da applicare a coloro che svolgono le professioni sanitarie in modo libero, in convenzione con il Servizio sanitario nazionale o quali dipendenti di una struttura sanitaria pubblica.

Nell'ambito dell'esposto quadro normativo si inserisce la disciplina relativa alla mediazione obbligatoria. A seguito dell'intervento della Corte costituziona-

le 292/2012 e del "decreto del Fare", convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 è stato rinnovato l'obbligo con una esplicita estensione al "risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria" nel rinnovato quadro di obbligatorietà (l'esperimento del tentativo di mediazione è presupposto processuale). Un'altra novità è stata introdotta dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2013, a seguito del d.l. n. 29 del 21 giugno 2013, convertito dalla l. n. 98 del 9 agosto 2013, che ha esteso l'applicazione della mediazione obbligatoria alle questioni di mala gestione, quali di carenze organizzative o nell'adozione di misure di sicurezza e di prevenzione dal rischio clinico (la c.d. responsabilità sanitaria). A tale stregua, oltre alla responsabilità del medico quale prestatore d'opera professionale nei confronti del paziente, la mediazione è applicabile anche alle fattispecie relative a prestazioni erogate dalle strutture sanitarie pubbliche o private, ricondotte dalla giurisprudenza di legittimità nei contratti di ospedalità. Tale intervento normativo costituisce un altro tassello dell'evoluzione normativa orientata ad un'equiparazione fra la prestazione del medico e quella della struttura sanitaria. A seguito dei più recenti interventi normativi ad oggetto le misure urgenti ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile sono stati introdotti altri strumenti alternativi, quali la negoziazione assistita e l'arbitrato ai fini di ridurre l'arretrato civile³⁸. In tale impianto normativo, la mediazione mantiene un ruolo centrale nella definizione alternativa delle questioni sanitarie, in quanto ai sensi dell'art. 3, comma 5 del d.l. del 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche in legge n. 162 del 10 novembre 2014, ha mantenuto "(...) ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati"³⁹.

(35) Si v. Cass., sent. n. 2697/2008, ha precisato che il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (al primo e secondo comma dell'art. 2 Cost.) comporti che non sia risarcibile il danno per lesione il "livello di tollerabilità" che "ogni persona inserita nel complesso contesto sociale [...] deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone".

(36) Analoghi rilievi sono stati esposti dalla Corte di Giustizia della Unione europea, nella sent. del 23 gennaio 2014, in causa C-371/12, E. e C. Petillo contro Unipol assicurazioni, che esclude l'incompatibilità dell'art. 139 cod. ass. con la normativa prevista nelle direttive europee in tale settore.

(37) Si v. G. COMANDÈ, *cit.*, attribuisce rilievo al fondo regionale per garantire la "terzietà" di valutazione delle informazioni, raccolte dalle assicurazioni e strutture sanitarie nella selezione e gestione dei rischi.

(38) Nell'analisi delle pendenze e dell'anzianità di iscrizione degli affari civili di ottobre 2014 della Direzione Generale di Statistica del Ministero di grazia e giustizia è stata pubblicata una serie storica che mostra un andamento decrescente a partire dal 2009, quando il totale era di circa 6 milioni di fascicoli aperti, con una variazione dal 31 dicembre 2009 di 664.980, pari a 11,2%, mentre la variazione dell'ultimo anno è del 4,1%.

(39) Si v. V. FERRARI, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 2010, 133-134, indica con l'acronimo "ANMAAG" i rimedi alle disfunzioni della giustizia, vie alternative di giudizio quali l'"abbandono - negoziato - mediazione - arbitro - amministrazione - giudizio", che si differenziano per il diverso ruolo svolto dal

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

In tale contesto, la mediazione potrà costituire un'opportunità per potere intraprendere un diverso percorso in grado di condurre a sintesi i contrapposti interessi e pervenire in tempi ridotti ad un'intesa, assunta con un'efficace comunicazione e comportamenti collaborativi di difficile attuazione in sede giurisdizionale, ove la natura delle controversie e le modalità di svolgimento del procedimento complicano l'accertamento dei presupposti della responsabilità, così come la possibilità di un confronto diretto tra i protagonisti della vicenda.

6. Alcune prospettive di riforma verso un percorso virtuoso nella gestione del contenzioso in ambito sanitario

Al di là dei rilievi sistematici della disciplina esposta, il percorso della mediazione non si presenta di facile applicazione in quanto richiede l'integrazione di diverse misure finalizzate all'accertamento tecnico ed al bilanciamento degli interessi caratterizzanti le varie situazioni di responsabilità sanitaria. A tale stregua, giova ai fini della nostra analisi individuare le misure di ostacolo ai comportamenti ostruzionistici delle parti e di agevolazione applicativa di tale istituto, attraverso la consapevolezza nell'utilità della mediazione da considerare non più come una fase processuale inutile o come un'"intrusione" nella struttura sanitaria coinvolta ma un effettivo strumento operativo non solo di soluzione delle controversie e di virtuosa gestione sanitaria⁴⁰.

Il primo profilo riguarda il ruolo dei mediatori che per la specialità e la rilevanza dei conflitti, dovranno ga-

rantire una particolare qualità del servizio prestato attraverso "efficienza", "competenza", esperienza in tale specifico settore, correttezza, neutralità e riservatezza nell'affrontare tali vicende⁴¹. All'uopo, la certificazione delle competenze, così come prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010 e dagli artt. 4, 6 e 18 del d.m. n. 180 del 2010 richiede al mediatore non solo la preparazione relativa alle tecniche di mediazione, ma anche specifiche competenze tecnico giuridiche, finalizzate ad una gestione di tali rapporti nel modo più appropriato al caso singolo.

Nel settore sanitario si possono individuare due differenti livelli di intervento. Il primo riguarda il rapporto medico paziente, ove tali professionalità potranno avviare forme di medicina narrativa, al fine di ristabilire una comunicazione idonea a rendere consapevoli e responsabili i soggetti coinvolti nel percorso di diagnosi, cura ed assistenza. L'intervento di un soggetto terzo può ridurre le forme di asimmetrie informative, gestire e prevenire i rischi legati a modalità comunicative non corrette e ridurre il contenzioso.

Il secondo livello di intervento riguarda il "sistema" sanitario nel suo assetto organizzativo, così come le questioni relative ai rapporti tra il personale ed il management sanitario. In tal contesto, il mediatore potrà svolgere sia un ruolo di risoluzione dei conflitti insorti e preventivo delle controversie, che di consulenza nell'indicare una gestione efficace di tali questioni⁴².

Al fine di prevenire forme di abuso nell'applicazione di tale strumento, ritengo che il successo della mediazione sanitaria dipenderà non solo dai mediatori, ma anche nella capacità gestionale degli organismi di mediazione nel garantire la trasparenza nella scelta di tali figure professionali ed un contenimento dei costi diretti ed indiretti a carico delle parti coinvolte. Ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. a) e c) del d.m. n. 180 del 2010, il legislatore ha previ-

terzo nella ricomposizione del rapporto tra le parti. In particolare, nella mediazione il terzo "suggerisce la soluzione", nell'arbitrato l'arbitro "detta secondo criteri scelti dalle parti" una decisione nel lodo, nell'amministrazione la scelta è imposta "d'autorità", nel giudizio si applica la regolamentazione alla fattispecie, la conciliazione agevola le parti con il dialogo a superare il conflitto.

(40) Dal report della Direzione Generale di Statistica del Ministero di grazia e giustizia relativo all'applicazione della mediazione civile obbligatoria, nel I trimestre del 2014 vi è stato un aumento delle domande, pari a 58.389 ed una diminuzione della percentuale degli accordi conclusi di 33.349. In riferimento alla responsabilità da *medical malpractice* tale divergenza è di minore entità, in quanto per 2.603 domande, sono 2.332 i procedimenti conclusi.

(41) Si v. la dir. 2008/52/CE.

(42) Si v. L. LUISON, *La mediazione come strumento di intervento sociale. Problemi e prospettive internazionali*, Franco Angeli, 2006, cap. 4, par. 3, 83 individua tali competenze nel "mediatore, sociologo, clinico"; M. TOSI e F. BATTISTI, *Sociologia clinica e sistemi socio sanitari*, Franco Angeli, Milano, 1995.

La relazione di cura e la gestione del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie: la mediazione sanitaria

sto alcuni strumenti di controllo, svolti dal responsabile del registro prima dell'accreditamento ministeriale, quali la verifica dei "requisiti di qualificazione dei mediatori" e del "possesso di una specifica formazione".

Inoltre, il legislatore con l'art. 7, comma 2, lett. d) di cui sopra ha previsto quale strumento di selezione per gli organismi di mediazione la predisposizione di elenchi suddivisi per le specifiche materie giuridiche rientranti nell'ambito applicativo della mediazione obbligatoria. In tale percorso, la mediazione potrà costituire sia uno strumento extra giudiziale di risoluzione delle controversie, in grado di migliorare qualitativamente i tempi ed i modi di gestire il "servizio giustizia", che sociale in quanto potrà incidere in modo positivo nei rapporti tra i pazienti e medici, ristabilendo la fiducia e diminuendo le forme di medicina difensiva o omissiva in aumento.

Infine, la mediazione potrà incidere in modo positivo nella gestione delle strutture sanitarie pubbliche e private, attraverso un confronto in grado di accrescere la consapevolezza delle criticità ed intraprendere un circuito virtuosi con azioni preventive del rischio clinico, di cambiamento organizzativo e di contenimento dei costi assicurativi e legati alla medicina difensiva⁴³.

In una prospettiva de iure condendo, si auspica una maggiore cooperazione tra l'azione regionale ed aziendale attraverso l'istituzione di un team di *risk management*, l'elaborazione di modelli di *compliance* del rischio clinico, analisi casistiche retrospettive e la predisposizione di liste di eventi avversi evitabili, occasionali e le complicanze, distinguendo tra operazioni di routine e di particolare complessità (*screening panel*)⁴⁴.

Tali strumenti pur non essendo esaustivi possono costituire un aiuto di rilievo per la struttura sanita-

ria e gli operatori sanitari nella prevenzione di eventi avversi, nell'adozione di procedure idonee ad evitare il ripetersi di errori o di forme di disorganizzazione (riorganizzazione della struttura, riqualificazione del personale, trasferimento ad altra funzione), nell'istituzione di fondi specifici per il finanziamento delle assicurazioni anche di secondo livello⁴⁵. In particolare, l'utilizzazione di tali strumenti informativi in sede di mediazione extragiudiziale può consentire di pervenire a valutazioni attendibili in merito all'eziologia dell'evento avverso alla quantificazione del danno e quindi in grado di garantire un equilibrio tra l'esigenza di garantire una concreta tutela della salute degli utenti con la sostenibilità dei bilanci aziendali.

Dallo scenario e dalle differenti prospettive espone si evince un contesto complessivo caratterizzato da un intenso impegno dei differenti soggetti, strutture sanitarie e *decision makers* coinvolti nei rispettivi ruoli al fine di superare le criticità esistenti nella normativa al momento vigente, a garanzia della sostenibilità sanitaria, del miglioramento del rapporto di cura e gestione della sanità e di un'equa allocazione delle risorse finanziarie. Al riguardo, si ritiene che debbano essere intraprese due distinte strade. In merito agli oneri assicurativi, si auspica una maggiore autonomia ed al contempo specificità nella gestione dell'assicurazione obbligatoria medica. Nell'ambito della responsabilità medica e sanitaria è stata espressa in diversi contesti l'opportunità di applicare in modo più consapevole ed esteso la mediazione e forme di risarcimento diretto e di standardizzazione risarcitorie, quali misure in grado di gestire gli eventi avversi, prevenire i conflitti, ridurre il contenzioso ed agevolare la risoluzione di tali conflitti⁴⁶.

(45) Si v. Corte cost. 14 maggio, 2010, n. 178, cit., e relativa nota di commento, in ordine alla possibilità di prevedere a livello normativo degli obblighi di conciliazione o transizione.

(46) Nella XVII legislatura, differenti proposte legislative in materia di responsabilità professionale del personale sanitario sono state presentate e saranno di prossimo esame della commissione Affari sociali. Nel 2013 la XII Comm. Affari Sociali della Camera dei Deputati e Comm. Igiene e Sanità (sen. Bianco) hanno presentato due disegni di legge, così come le Regioni in materia di *medical malpractices*. La VI Comm. Finanze ha presentato un disegno finalizzato a contenere il risarcimento rispetto alle "tabelle milanesi".

(43) In www.agenas.it, è stata pubblicata una ricerca ove il 58% dei medici intervistati ha ammesso di ricorrere a tale pratica e sono stati esposti i costi sul Servizio sanitario nazionale, "10,5% della spesa complessiva della sanità pubblica, di cui il 14% riguarda i farmaci, il 25% gli esami strumentali, il 23% gli esami di laboratorio e l'11% le visite specialistiche".

(44) Si v. J. DUTE, *The Debate on No-Fault compensation in the Netherlands*, 24 *Med. & L.* 691, 2005, rileva che nei Paesi scandinavi è stata analizzata l'evitabilità del danno con una diversa cura.