

L'ALTERNATIVA  
ALL'INTERVENTO DEL GIUDICE  
NELLA RISOLUZIONE DEI CONFLITTI NEL  
SISTEMA SANITARIO: IL CASO DELL'ITALIA

**Monica DE ANGELIS,**  
Facoltà di Economia  
G. Fuà, Università Politecnica Marche

### Summary

***The alternative to the judge intervention in the revolution of conflicts in the healthcare system: the case of Italy***

*The alternative dispute resolution (ADR) has proven effective as a mechanism for the resolution of conflicts in many countries, which has led Italy to make its use mandatory in some areas, such as in the health sector. The application of conciliation - one of the ADR models - in this area is still at the beginning (although, over the last few years, there have been instances of implementation of this model both in some Italian regions and in specific professional areas): in fact the data are not good but it is worth noting that the success of conciliation will be greater if there are key conditions, namely a general belief in the suitability of these tools, a direct and indirect involvement of health bodies, the real intention of the parties to resolve the dispute. This holds true without mentioning, then, that the way/model of conciliation is much less expensive than legal proceedings, the first having -however- a purpose of "prevention" in relation to a definitive opposition between parties, the second having a "therapeutic" function against a "pathology" already arisen.*

### Rezumat

***Alternativa la intervenția judecătorească în rezolvarea conflictelor din sistemul sanitar: cazul Italiei***

*Eficacitatea metodelor alternative de rezolvare a conflictelor (alternative dispute resolution sau ADR) în unele țări a dus la utilizarea acestora și în Italia, fiind obligatorie în anumite cazuri, ca, de exemplu, în sistemul sanitar. Aplicarea concilierii - una dintre metodele de ADR în acest sector - este încă la început, chiar dacă, de câțiva ani, în Italia există unele experiențe la nivel regional sau instituțional. Trebuie însă remarcat faptul că succesul concilierii depinde de cât de puternică este convingerea generală că acest gen de instrumente funcționează, de implicarea directă și indirectă a structurilor sanitare, de voința concretă a părților de a contribui la soluționarea litigiului. Recurgerea la conciliere este, cu siguranță, mai ieftină decât calea judiciară. De altfel, concilierea are ca "finalitate" prevenirea unei contra-poziții definitive a părților, în timp ce cea de-a doua cale are o funcție "terapeutică" față de o "patologie" deja existentă.*

### Introduzione

Negli ultimi anni le attività di mediazione (in Italia definite tradizionalmente "conciliative") sono aumentate quasi in maniera esponenziale. A parere di molti, la crescita dell'utilizzo di tale strumento è ricollegabile all'esigenza di rispondere alle disfunzioni del modo più tradizionale di fare giustizia. Parlare di composizione stragiudiziale dei conflitti e più in generale di *alternative dispute resolution* (ADR) significa, fondamentalmente, riferirsi ad una serie di modalità alternative di risoluzione delle controversie, sia giudiziali che stragiudiziali, basate sul minimo comun denominatore di sostituire la pronuncia di un organo giurisdizionale con accordi tra le parti in conflitto che contengono soluzioni soddisfacenti per tutti i contendenti [Varano, 2007].

Va subito rilevato che tutte le fattispecie di ADR non sono di immediata individuazione perché multiformi, spesso non realmente alternative alla giustizia esercitata nella maniera tradizionale. Ad esempio: conciliazione ed arbitrato rientrano entrambi nei metodi ADR, ma sono alquanto diversi. Meglio sarebbe allora associare il fenomeno ADR, più che all'idea di giustizia alternativa, all'idea di *un modo differente di giudicare* [Șuștac, Ignat, 2008].

Le radici del *modo diverso di giudicare* si trovano in USA e risale al lontano 1926 l'istituzione della *American Arbitration Association*, che oggi gestisce un numero assai elevato di arbitrati. La culla della conciliazione (da qui l'utilizzo tradizionale del termine), invece, si trova proprio in Italia, ed esattamente nel primo Codice di procedura civile del 1885, anche se, *de facto*, essa non troverà alcun riscontro - salvo qualche eccezione - nella pratica processuale italiana. In Italia l'*altra giustizia* si è diffusa solo settorialmente: ad esempio, nell'ambito sportivo, ove viene istituita la Camera di conciliazione e arbitrato dello sport. Nel novoro delle esperienze italiane di conciliazione *tout court* va inserita, anche, l'attività conciliativa svolta dall'*ombudsman* e quella svolta dalle Camere di Commercio (CCIAA).

La varietà di strumenti contenuti nella voce unificante di ADR non è - chiaramente - caratteristica solo italiana e, al fine di semplificarne lo studio, ormai da diverso tempo si è affermata, anche a livello internazionale, la tendenza a distinguere tra metodi alternativi cosiddetti *adjudicative* (metodi valutativi che portano ad una vera e propria decisione pronunciata da un soggetto terzo - che però non è un giudice nel senso classico del termine) e *non adjudicative* (metodi conciliativi che affidano la soluzione alla cura delle parti): la mediazione costituisce l'esempio classico del

metodo conciliativo mentre l'arbitrato rappresenta il prototipo di quello valutativo.

Le varie modalità riconducibili al metodo *non adjudicative* hanno avuto, in generale, maggiore successo probabilmente perché si crede nell'assunto secondo il quale per qualunque lite si può tentare la ricerca di una soluzione concordata tra le parti evitando l'imposizione di una decisione arrivata dall'alto, da parte di un organo giudiziale. Anche in sede comunitaria – da anni – viene sottolineata l'importanza e l'eterogeneità dei metodi ADR: i meccanismi segnalati per risolvere le controversie possono andare da decisioni vincolanti ad accordi tra le parti. Le procedure hanno caratteristiche diverse e sono più o meno efficaci a seconda delle circostanze. Quale di tali procedure sia più appropriata dipende dalla natura della controversia da risolversi. In tutti i metodi conciliativi, comunque, l'idea di fondo è che le parti non necessariamente vanno considerate come rivali, con interessi opposti, ma essendo leali avversari possono pervenire ad un accordo equo, facilitato da un terzo che fa da mediatore e la cui azione è volta fundamentalmente a dare coerenza ed equilibrio al rapporto conflittuale. Sulla presunta incompatibilità degli interessi delle parti si applica, in pratica, l'opera *maietica* del mediatore che è tutta tesa alla ricerca di una soluzione. Infatti, si può dire che la conciliazione ha un senso e una probabilità di riuscita in quanto fondata sulla volontà delle parti di pervenire ad un accordo finale destinato a dirimere la lite e sulla professionalità del terzo nel condurre la trattativa.

Nel parlare di modelli extragiudiziali di risoluzione delle controversie, l'elemento della volontà risulta fondamentale. Sulla base di questo canone, si possono enucleare tre diversi modelli di ADR: la *conciliazione*, la *mediazione* e l'*arbitrato*. In Italia la prima sembra essere la più utilizzata. Tuttavia il successo della conciliazione è stato fino a poco tempo fa ben lontano dal livello che il legislatore avrebbe voluto raggiungere e a ben poco è valsa l'introduzione dell'obbligatorietà di esperirne il tentativo (come nel processo del lavoro): ciò probabilmente perché, nel nostro Paese, manca sia una cultura della conciliazione, sia la reale volontà delle parti di raggiungere l'accordo al di fuori dell'antagonismo tipico del processo. Laddove, invece, esiste forte la consapevolezza comune della necessità di risoluzione del dissidio, la conciliazione funziona ed elementi come la velocità del procedimento ed i bassi costi ne agevolano la richiesta e l'impiego (un esempio in positivo è dato, come accennato, dal settore dello sport).

L'arbitrato si colloca al lato opposto rispetto alla conciliazione: in questo modello ci si affida ad un terzo per l'emanazione di una decisione che può avere l'efficacia di una sentenza. L'arbitrato incontra due limiti importanti: non si può imporre per legge perché diversamente si va a limitare l'autodeterminazione delle parti; è spesso associato a un procedimento costoso, soprattutto per le pubbliche amministrazioni [Cassese, 1996]. Vi è infine

la mediazione, definibile quasi *modalità di mezzo*. Il mediatore, il terzo, a differenza del conciliatore che verifica solo se c'è la possibilità di accordarsi, esprime una valutazione sull'esito della lite; ma non è un arbitro in quanto il mediatore non decide nel senso tecnico del termine (infatti se le parti non si accordano si avvia il processo).

Nella dottrina italiana si è cominciato a parlare di mediazione per prendere le distanze da quei modelli di conciliazione già presenti nell'ordinamento ma con poco successo e per avvicinarsi alla *mediation* del mondo anglosassone. Sia la conciliazione che la *mediation*, comunque, sono metodi non formali di risoluzione delle controversie in cui si cercano soluzioni innovative, non codificate: il terzo assiste le parti nell'identificare e articolare gli interessi in gioco, le priorità e i bisogni di tutti. Nel giudizio davanti al giudice, invece, sulla base delle regole processualistiche, è negata la possibilità di un confronto diretto fra i protagonisti; la struttura del procedimento impedisce che gli aspetti relazionali e i vissuti soggettivi delle parti siano affrontati e ricomposti. Nel giudizio, si seguono percorsi che si concludono con una sentenza la quale, pur ponendo fine alla controversia, lascia aperto e irrisolto il conflitto tra i protagonisti. Il ricorso alla *conciliazione* sembra più adatto a fornire risposte adeguate e maggiormente corrispondenti ai bisogni delle parti, creando le condizioni affinché le parti stesse, ristabilita la comunicazione, possano assumere atteggiamenti collaborativi e non più contrapposti. Le potenzialità di uno strumento conciliativo sono molteplici, da qui la decisione del legislatore italiano di impiegarlo in settori che hanno caratteristiche particolari, come il settore sanitario.

### Materiali e metodi

Fatta questa premessa, si procede ora ad analizzare brevemente la normativa italiana per verificare come il fenomeno dell'ADR è stato accolto in funzione della sua applicazione nel settore sanitario. Si procederà, quindi, con la presentazione di alcune esperienze che hanno anticipato lo stesso legislatore e che consentono di esprimere una prima valutazione sugli effetti prodotti dall'utilizzo di tali strumenti alternativi.

Non si può negare che una delle prime difficoltà che si incontra al momento di analizzare la mediazione o la conciliazione è quella di definirne i contorni: semplificando si può sostenere che in Italia si riserva il termine conciliazione all'ambito civile, commerciale e del lavoro e quello di mediazione al settore familiare, sociale, educativo e penale; nella prassi, poi, i due termini vengono spesso utilizzati in maniera equivalente. Per la definizione della fattispecie "conciliazione" giova prendere in considerazione quanto indicato nell'art. 1, comma 3 del *Model Law on International Commercial Conciliation*: «Ai fini della presente legge, per "conciliazione" si intende una procedura, a prescindere dal termine con cui ci si riferisce ad essa, quale conciliazione, mediazione

o un'altra espressione di significato equivalente, tramite la quale le parti richiedono l'assistenza di un terzo o terzi nel tentativo di raggiungere un accordo amichevole rispetto ad una controversia derivante da o in relazione ad un rapporto contrattuale o un altro rapporto legale. Il conciliatore non ha il potere di imporre una soluzione della controversia alle parti». La definizione punta a mettere in rilievo le caratteristiche della procedura: l'obiettivo è trovare per tutte le parti un accordo vantaggioso, frutto del processo di mediazione di un *terzo* neutrale. Nel *Model Law Conciliation* emerge quello che sostanzialmente differenzia la conciliazione/mediazione (qui non si fa differenza fra i termini) dal processo ordinario di risoluzione delle controversie (e anche dall'arbitrato): le parti si sforzano di trovare una soluzione comune e si impegnano ad adottarla direttamente, senza alcuna imposizione esteriore di giudici o arbitri. La strategia del *terzo* si deve concretizzare e focalizzare, dunque, nell'evitare che il conflitto si complichino ulteriormente, facendo prevalere un'animosità incontrollata tra le parti; il *terzo* utilizza attivamente diverse tecniche di comunicazione e negoziazione per guidare le parti alla realizzazione di un accordo costruttivo realistico (prendendo ad esempio in considerazione la condizione finanziaria delle parti), adoperando al massimo la tecnica dell'argomentazione: egli deve giocare un ruolo attivo (anche perché, nel quadro delle procedure extragiudiziali, le parti agiscono spesso senza l'assistenza di un consulente legale) che gli consenta di vagliare tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia. Il conciliatore/mediatore deve tenere conto delle persone che ha di fronte, della componente umana e comportamentale e non solo delle ragioni giuridiche per addivenire ad un risultato appagante per tutti. Ed è proprio la soddisfazione delle parti che dovrebbe indirettamente produrre un effetto deflattivo sul contenzioso tradizionale, tanto più nelle società multiculturali moderne (con pluralità di valori, di istanze, di ruoli), dove, peraltro, si possono creare più facilmente conflitti e le regole del diritto possono risultare meno efficaci.

### **L'influenza delle norme comunitarie**

Nella messa a punto delle regole italiane dell'ADR si è tenuto conto delle norme comunitarie, le quali non indicano tassative modalità di strumenti alternativi, né prediligono un metodo piuttosto che un altro. L'attenzione cade sui principi fondamentali della giustizia alternativa fra cui: indipendenza e imparzialità degli organi di ADR; garanzia del contraddittorio; efficacia della procedura (gratuità o costi moderati della procedura, tempi brevi per l'adozione della decisione); consequenzialità fra tutela stragiudiziale e giudiziale (conformemente all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui l'accesso ai tribunali è un diritto fondamentale). Si nota l'incoraggiamento allo sviluppo di un'ampia gamma di soluzioni flessibili proporzionate al problema da risolvere. Una serie di

precisazioni volte a specificare i contorni dei diversi modelli si ritrovano nel Libro verde del 19 aprile 2002: a) viene escluso l'*arbitrato* dalle procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale; b) sono escluse dall'ambito di applicazione delle metodiche di ADR le questioni relative ai diritti indisponibili e all'ordine pubblico (diritto delle persone e di famiglia, diritto della concorrenza, etc.); c) i termini utilizzati in modo più corrente nella pratica e nelle legislazioni nazionali - ossia mediazione e conciliazione - vanno impiegati in maniera sistematica solo nel contesto di una legislazione nazionale particolare. La normativa comunitaria, in sostanza, lascia ai singoli Stati la definizione, l'articolazione e la differenziazione delle varie tipologie di ADR, limitandosi a stabilire quelli che sono i principi base cui le diverse procedure devono ispirarsi [Floch, 2007].

### **La recente normativa italiana**

Il legislatore italiano solo recentemente - e precisamente con l'art. 60 della legge n. 69/2009 (*Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali*) e con il suo decreto legislativo di attuazione, il d.lgs. n. 28 del 2010 - ha offerto una cornice organica alla conciliazione stragiudiziale, a legislazione invariata. Ed infatti, nel prevedere al comma 2 che la riforma "nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti", genera effetti su tutte le fattispecie conciliative già contemplate nell'ordinamento. Il legislatore precisa poi che l'oggetto delle controversie deve riguardare diritti disponibili, non dovrà essere precluso l'accesso alla giustizia e occorrerà prevedere che la *mediazione, finalizzata alla conciliazione* ("media conciliazione") [Gerardo, Mutarelli, 2009], sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione: a tal fine verrà istituito presso il Ministero della giustizia un Registro degli organismi di conciliazione. Nello stesso articolo si prevede altresì la possibilità per i Consigli degli ordini degli avvocati di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi Consigli. Organismi di conciliazione potranno essere istituiti anche presso i Consigli degli ordini professionali (quindi medici, infermieri, etc.) per le controversie in particolari materie. È rimarcato poi il dovere dell'avvocato, prima dell'instaurazione del giudizio, di informare il cliente della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione. Il legislatore, infine, oltre a prevedere l'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione, non manca di includere incentivi, ovvero forme di agevolazione di carattere fiscale o relative alle spese processuali, e di indicare tempi brevi per le procedure (infatti, in osservanza dell'esigenza di diminuire i tempi della giustizia è stabilito

che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi).

Nel distinguere fra mediazione e conciliazione, il citato art. 60 tende quasi a sovrapporre le due fattispecie, forse con l'intenzione di "voler traghettare" questi due modelli senza traumi verso una terminologia internazionalmente consolidata e stabilizzare definitivamente i principi fondamentali sulla conciliazione sanciti a livello sovranazionale, come la riservatezza, l'efficacia del verbale, la vincolatezza delle clausole, gli incentivi economici, etc.

Con l'emanazione del d.lgs. n. 28 del 2010 si dà attuazione alla delega conferita al Governo (art. 60 citato) relativa all'introduzione della mediazione finalizzata alla conciliazione. Con tale provvedimento si stabilisce, per la prima volta, una disciplina generale sulla materia, apportando alcune importanti modifiche rispetto al contesto normativo precedente. La finalità ultima del decreto è quella di utilizzare questo modello come strumento deflattivo del contenzioso giudiziario ordinario: ciò è evidente scorrendo l'elenco delle materie (art. 5, comma 1) per le quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità a partire dai 12 mesi successivi dall'entrata in vigore del provvedimento; si tratta di materie ad alto tasso di litigiosità e per le quali si registra un altissimo ricorso alla giustizia ordinaria: si va dal condominio e le successioni ereditarie, al risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli alla responsabilità medica. In tutte le altre materie la *mediaconciliazione* potrà essere avviata su base volontaria, sia prima che durante il processo: il decreto prevede, infatti, che una delle parti in qualsiasi momento possa depositare una domanda di mediazione presso un organismo accreditato per la risoluzione della controversia. E' altresì previsto che la *mediaconciliazione* possa essere sollecitata dal giudice. In pratica, quando il processo è stato già avviato, il giudice, valutati elementi come la natura della causa e il comportamento delle parti, può invitare i soggetti convenuti a ricorrere agli organismi di mediazione. Se le parti aderiscono all'invito del giudice il processo verrà rinviato per il tempo necessario.

Schematizzando le previsioni del decreto n. 28/2010, è possibile, quindi, distinguere due diverse modalità di mediazione finalizzata alla conciliazione: una prima definibile "facilitativa", nel quale il mediatore aiuta le parti al raggiungimento di un accordo sul loro rapporto; una seconda di tipo "aggiudicativo", che consiste nella proposta di conciliazione da parte del mediatore qualora l'accordo non venga raggiunto spontaneamente.

Resta ovviamente salva la facoltà delle parti di decidere se accettare o meno la proposta e ciò perché, a prescindere dalle modalità con cui si raggiunge l'accordo, occorre tenere sempre in mente che il presupposto logico della conciliazione risulta essere la condivisione dei risultati, per il raggiungimento dei quali bisogna avere la collaborazione di tutti i soggetti coinvolti (le parti, i consulenti delle parti e il mediatore).

Oltre a tracciare un quadro normativo generale della mediazione e del relativo procedimento e a porre la conciliazione quale condizione di procedibilità, il d.lgs. n. 28 del 2010 disciplina in modo originale anche gli organismi di mediazione e il ruolo svolto dagli ordini professionali: l'art. 16 infatti prevede che gli enti pubblici o privati che diano garanzia di efficienza e serietà, su istanza della parte interessata, possono costituire organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione relativa ad una controversia civile e commerciale, vertente su diritti disponibili. In questo ambito un ruolo importante è giocato dagli ordini professionali che, avendo la possibilità di istituire organismi di conciliazione nelle materie riservate alla loro competenza (art. 19), provvederanno alla diffusione e alla concreta applicazione dello strumento della mediazione.

Riassumendo, si può dire che l'attuazione della conciliazione in Italia è il frutto del fallimento della conciliazione giudiziale prevista dal Codice di procedura civile, della perdurante lentezza della giustizia civile ordinaria e della spinta alla diffusione di questo istituto proveniente sia dal livello internazionale che comunitario. Come visto, il codice di procedura civile italiano conosce da sempre l'istituto del tentativo di conciliazione che viene affidato al magistrato (conciliazione giudiziale). Tuttavia, laddove il tentativo è esperito, esso è vissuto come un intralcio, dal momento che la procedura giudiziale è ormai avviata e tendente a perseguire risultati di altro tipo, non certamente conciliativi. Peraltro, tale tentativo è guidato da un soggetto, il giudice, che non ha una specifica preparazione sulle tecniche conciliative: non si può negare infatti che è difficile far convivere nello stesso soggetto l'atteggiamento del conciliatore, il cui scopo precipuo è quello di favorire l'accordo tra le parti, e lo stile del giudice che, in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, sarà chiamato ad esprimersi giudizialmente sulla stessa controversia. L'idea che il conciliatore non appartenga al potere giudiziario trova anche in ciò le sue ragioni: il tentativo di accordo avviene al di fuori di un giudizio e la gestione della conciliazione è affidata ad un soggetto che *professionalmente* funge da mediatore.

Del resto vi era ormai da tempo la consapevolezza della scarsa idoneità dei tradizionali strumenti processuali a garantire una tutela effettiva per quelle posizioni giuridiche soggettive ritenute diritti essenziali di ogni cittadino in quanto consumatore o utente dei beni e servizi immessi sul mercato, ciononostante va notato che la diffusione delle pratiche conciliative si è avuta soprattutto nell'ambito civile e commerciale, con una decisa sproporzione rispetto alla sfera più tipicamente amministrativa: forse perché nel rapporto fra pubbliche amministrazioni e utenti risultano già sulla carta una serie di strumenti volti a filtrare i ricorsi giurisdizionali (difensore civico, carta dei servizi, URP, etc.). L'utilizzo di tali strumenti, tuttavia, non ha prodotto e non produce gli effetti sperati e dunque si potrebbe presumere che presto l'istanza di un maggiore uso delle ADR investirà con più forza le pubbliche amministrazioni.

## Risultati e discussione

Si procede ora con la presentazione di una serie di dati relativi all'applicazione della conciliazione nel settore sanitario insieme ad una serie di progetti che hanno precorso l'attivazione per legge di questo metodo ADR.

La conflittualità tra pazienti e operatori sanitari è un fenomeno in crescita al punto tale che si registra un consistente aumento delle richieste di risarcimento danni da presunta responsabilità professionale medica; si ricorre all'autorità giudiziaria, canalizzando tali controversie nei processi civili e penali e si generano pesanti conseguenze (come la cosiddetta medicina difensiva) che incidono sul rapporto fra classe medica e collettività.

Con l'entrata in vigore del d.lgs n. 28/2010, il legislatore italiano ha offerto una ulteriore modalità per affrontare l'assai complesso fenomeno della malasanità. Si introduce, come visto, la responsabilità medica tra le materie per le quali il ricorso alla *media-conciliazione* è obbligatorio a pena di improcedibilità. In realtà l'obbligo sembra estendersi a qualsiasi altra causa che contempli un danno da responsabilità in ambito sanitario: in ogni caso, si apre un varco ad un differente modo di affrontare certi tipi di conflitti, ristabilendo probabilmente la centralità della relazione medico-paziente, una relazione assolutamente ignorata dall'approccio giudiziale. Nel processo davanti al giudice, si seguono percorsi che si concludono con una sentenza la quale, pur ponendo fine alla controversia, lascia aperto e irrisolto il conflitto tra i protagonisti. Il ricorso alla *mediaconciliazione* potrebbe rivelarsi, sotto questo profilo, più adatto a fornire risposte adeguate e maggiormente corrispondenti ai bisogni dei pazienti.

Le potenzialità di uno strumento conciliativo sono molteplici; la sua applicazione in ambito sanitario potrebbe declinarsi in vari modi e trovare impieghi nuovi. Tuttavia il percorso di conciliazione in ambito sanitario è tutto da inventare. Il modello che esiste in Italia, infatti, è quello utilizzato in campo commerciale: si tratta di un modello che può essere preso come base di riferimento, ma va in buona parte riscritto e adeguato alla complessità delle controversie del settore sanitario, tenendo in buon conto le sperimentazioni già avviate nel contesto nazionale. La conciliazione in sanità dovrebbe, comunque, non solo ristabilire la centralità della relazione medico-paziente, ma dovrà riconoscere anche un ruolo di rilievo alle compagnie assicurative, la cui partecipazione è altrettanto centrale e determinante per la buona riuscita dell'intera procedura. L'esperienza acquisita gioca un ruolo chiave, così per costruire il percorso conciliativo migliore nel settore sanitario bisogna

sfruttare le competenze professionali già esistenti in materia di sinistro medico-sanitario: non si può quindi prescindere, ad esempio, dall'apporto dei manager assicurativi e dei dirigenti ospedalieri che da anni si occupano di *risk management*. Il primo nodo da sciogliere, tuttavia, sembra essere la definizione e l'ambito di preparazione del mediatore: dovrebbe essere un bravo *psicologo*, esperto in comunicazione nonché in tecniche di negoziazione e, non da ultimo, capace giurista con doti di saggezza e autorevolezza. Merita sottolineare, infatti, che la conciliazione non si improvvisa, dovendo essere esercitata da figure professionali esperte sia dell'oggetto della lite che delle tecniche di mediazione e che proprio questa caratteristica costituisce il punto di forza del modello ed è tra le principali ragioni del successo raccolto in altri Paesi. Si tratta di una sfida, i risultati della quale potranno essere visti con il tempo.

## Le esperienze

Per costruire il modello di conciliazione specifico per il settore sanitario è utile considerare le esperienze fatte e/o in corso.

### 1. L'esperienza della Regione Veneto

Fra quelle degne di menzione va ricordata l'attività collegata all'attuazione della legge della regione Veneto del 31 luglio 2009, n. 15 "*Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario*". La disciplina reca disposizioni ispirate principalmente dalla crescita esponenziale delle controversie sanitarie in tema di *malpractice* e volte ad arginare il fenomeno della c.d. *overcompensation*, cioè l'aumento dell'entità dei risarcimenti e del contenzioso. L'*overcompensation* produce una ulteriore preoccupante conseguenza riassumibile nella *overdeterrence* della classe medica e della struttura ospedaliera: in sostanza, il rischio di subire procedimenti giudiziari ed eventualmente condanne per il risarcimento dei danni provocati, indurrebbe i medici ad abbandonare le specialità più a rischio o a ricorrere ad esami diagnostici superflui prima di ogni intervento azionando il citato meccanismo della medicina difensiva. Ciò determinerebbe un aumento dei rischi a carico della salute del paziente, dei costi per la spesa sanitaria e dei premi assicurativi o, addirittura, nel rifiuto di assicurare medici operanti nei settori maggiormente esposti al rischio di richieste di risarcimento danni [Pinchi, 2009].

La regione Veneto ha inteso fissare regole volte proprio a porre rimedio all'aumento dei premi assicurativi e a contenere il fenomeno della medicina difensiva: è stato messo a disposizione dei cittadini e delle aziende sanitarie pubbliche e di quelle private accreditate uno strumento tecnico-giuridico di faci-

litazione e di supporto delle trattative che i soggetti interessati possono liberamente intavolare al fine di individuare soluzioni condivise in relazione a pretese risarcitorie nascenti da attività sanitaria, consentendo agli utenti un più rapido soddisfacimento delle proprie richieste ed alle amministrazioni sanitarie una riduzione del peso finanziario ed amministrativo dovuto a lunghi e costosi contenziosi. Su questa legge è intervenuta anche la Corte Costituzionale (Sentenza 14.5.2010, n. 178), stabilendo che le Regioni, nell'ambito delle proprie competenze, possono predisporre servizi come quello configurato dalla legge veneta prevedendo organi e procedimenti specificamente adatti alla natura delle attività coinvolte, nel rispetto del limite generale della non obbligatorietà delle procedure e della non vincolatività delle proposte conciliative. Si apre legittimamente quindi per le Regioni la possibilità di individuare percorsi di ADR innovativi all'interno delle regole dettate a livello nazionale.

### 2. *L'esperienza dell'Ordine dei medici di Roma*

Qualche anno fa, nel 2005, l'Ordine dei medici di Roma realizza una specifica procedura conciliativa: il progetto Accordia. Il Progetto si pone l'obiettivo di sperimentare un particolare procedura di conciliazione in molte controversie tra medico/odontoiatra e paziente, abbassando così il livello di conflittualità. Il meccanismo è semplice e si divide sostanzialmente in due fasi. Nella prima fase il paziente che lamenta un danno da responsabilità professionale si rivolge allo sportello Accordia, il quale accoglie la segnalazione e la trasmette entro 30 giorni alla Commissione Tecnica, organo indipendente composto da un magistrato (presidente), due avvocati, due medici legali e un esperto assicurativo. La Commissione svolge un primo esame della richiesta di rimborso, valutandone la fondatezza e l'ammissibilità ed esprime (sempre entro 30 giorni) un parere sulla possibilità di procedere alla definizione amichevole della controversia. Solo in caso di parere positivo si apre la seconda fase, ovvero la vera e propria fase conciliativa, durante la quale vengono interpellati il sanitario e la sua eventuale compagnia assicurativa circa la loro disponibilità ad accettare la procedura conciliativa; in caso di disponibilità, le parti possono attivare la procedura di conciliazione davanti alla Camera di Conciliazione di Roma, istituita presso la Corte di Appello che decide sulla definizione della controversia. Uno degli aspetti più interessanti della sperimentazione è il costo della procedura. Non vi è, infatti, alcun costo, essendo quest'ultimo sostenuto dall'Ordine Provinciale di Roma dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri e dalle Compagnie Assicuratrici che aderiscono al progetto. Gli unici costi posti a

carico del cittadino sono quelli relativi agli onorari del legale da cui eventualmente – e facoltativamente – decida di farsi assistere [Vaccà, 2007].

### 3. *L'esperienza della Regione Emilia Romagna*

Sempre qualche anno fa, un'altra regione, l'Emilia-Romagna, ha lavorato ad un diverso progetto per la gestione del rischio e del contenzioso allargato alla sanità. Più esattamente il progetto che ha visto coinvolte alcune ASL della Regione, in collaborazione con le assicurazioni, sembra indicare risultati incoraggianti rispetto al controllo sia della numerosità, sia del costo dei sinistri. Il progetto si articola su tre aree: mediazione dei conflitti, conciliazione stragiudiziale, ruolo della medicina legale. Per quel che riguarda la mediazione dei conflitti si è tenuto conto del fatto che il principale strumento di costruzione e mantenimento della fiducia e quindi di contenimento del contenzioso sanitario è rappresentato da una comunicazione efficace con l'utente e dalla capacità di instaurare relazioni positive, o di recuperare quelle che si sono interrotte o sono degenerare in reciproche accuse [Basini, 2007]. A partire dal 2005 allora è stata realizzata una consistente attività formativa per dotare ciascuna Azienda sanitaria di mediatori del conflitto che, attraverso le tecniche di ascolto e mediazione apprese e sperimentate, possano creare spazi e tempi appositi per incontrare i cittadini e i professionisti. In riferimento alla conciliazione stragiudiziale, va sottolineato che diverse Aziende sanitarie della regione in oggetto hanno potenziato l'impegno nei settori legali, assicurativi e medico-legali, instaurando un rapporto più stretto con gli incaricati della gestione delle pratiche assicurative, migliorando sensibilmente la soluzione dei sinistri. Inoltre, per riformare la gestione del contenzioso attraverso tecniche di conciliazione, si sta procedendo con la realizzazione di linee guida attraverso: progetti di addestramento/formazione per l'introduzione della funzione di conciliazione nelle ASL; valutazione dell'impatto delle nuove modalità di gestione del contenzioso sul contesto organizzativo aziendale, stipulando accordi specifici con le compagnie di assicurazioni per la cogestione dei sinistri; possibilità di trasferire i risultati del progetto a tutte le Aziende del Sistema sanitario regionale.

### Conclusioni

A giugno 2011, utilizzando i dati del ministero della Giustizia, "Cittadinanzattiva" (un movimento di partecipazione civica che opera in Italia e in Europa per la promozione e la tutela dei diritti dei cittadini e dei consumatori) sosteneva che la *mediaconciliazione*, lo strumento nato per aiutare a evitare le cause civili di *malpractice* medica non era ancora decollato in Italia (*tabella*).

### Distribuzione degli accordi raggiunti per settore di provenienza dei casi di mediazione

#### La percentuale di "successo"

Materie oggetto di mediazione obbligatoria	% accordi raggiunti
Contratti bancari e finanziari	36%
Diritti reali	22%
Diffamazione a mezzo stampa	20%
Locazione	16%
Successioni ereditarie	14%
Contratti assicurativi	11%
Responsabilità medica	6%

Fonte: Cittadinanzattiva su elaborazione dati ministero della Giustizia 2011

I dati non entusiasmanti probabilmente sono legati al fatto che si tratta di un'esperienza sostanzialmente nuova per tutti i soggetti coinvolti: medici, assicuratori, singoli cittadini e operatori della giustizia. C'è poi da prendere in considerazione anche la complessità della tipologia conflittuale che comprende non solo elementi di interesse patrimoniale, ma implicazioni di altro tipo come, ad esempio, il "forte elemento di delusione nei riguardi del medico al quale ci si affida e del quale ci si fida". Non va poi dimenticato quanto può pesare il ruolo di alcuni avvocati che spesso spingono il cittadino che difendono a sostenere la pretesa risarcitoria in sede giudiziaria per le controversie per responsabilità medica possono raggiungere valori economici di grande entità. I dati non mettono, però, ancora in dubbio il fatto che questo strumento può diventare un'arma efficace contro la medicina difensiva, riducendo i costi economici e sociali che da essa derivano. E può determinare un effetto deflattivo dei costi assicurativi.

L'efficacia che gli ADR hanno avuto in altri Paesi sul piano della risoluzione dei conflitti dimostra che il successo dell'opera mediatrice e conciliativa sarà tanto maggiore quanto più vi sia una convinzione generale nella bontà di questi strumenti, un coinvolgimento diretto e indiretto delle istituzioni, la volontà concreta delle parti di contribuire alla soluzione della lite. I detrattori della giustizia alternativa sostengono che l'ADR è in realtà un ostacolo alla giustizia stessa perché solo in pochi casi evita l'avvio del giudizio, l'unico in grado di garantire una soddisfazione legittima delle parti contrapposte. Tuttavia, al di là di queste posizioni, non si può non ammettere che la conciliazione può sciogliere la lite, decomponendo i suoi contorni conflittuali, avvicinando i confliggenti

che, dunque, perdono la loro identità costruita antagonisticamente [Moccia, 2012]. La via conciliativa, poi, è decisamente meno costosa della via giudiziale, la prima avendo peraltro una finalità di "prevenzione" rispetto ad una definitiva contrapposizione delle parti, la seconda una funzione "terapeutica" nei confronti di una "patologia" già insorta. Al momento è difficile negare che la conciliazione sia da considerare come una delle risposte alle attuali esigenze di giustizia avanzate dalla collettività: l'incremento medio dell'attività conciliativa nei settori diversi è forse una dimostrazione di come gli utenti richiedano un nuovo modo di avere ragione dei loro interessi lesi [De Angelis, 2009]. Poiché non tutte le conciliazioni sono uguali né tutte soddisfacenti (sono soddisfacenti quelle conciliazioni che riescono a trovare un buon punto di equilibrio tra le parti e una adeguata risposta in termini qualitativi, anche in riferimento a tempi e modi utilizzati per fornirla), occorrerà aspettare ancora qualche anno per valutare gli effetti di questo nuovo modello anche nel settore sanitario, che ha incominciato ad applicare questo istituto a partire dal 20 marzo 2011.

#### Bibliografia

1. Basini V. *Mediare i conflitti in sanità*. L'approccio dell'Emilia Romagna, disponibile alla pagina 2007, ([http://asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/col-lana\\_dossier/doss158/link/doss158.pdf](http://asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/col-lana_dossier/doss158/link/doss158.pdf))
2. Cassese S. *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*. Giornale di diritto amministrativo, 1996, n. 6.
3. De Angelis M. *La conciliazione in materia di comunicazioni*. CORECOM nuove funzioni e ruolo istituzionale, Macerata, 2011
4. Floch M.J. *Rapport d'information Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur la médiation en Europe*, 13.2.2007, (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/europe/rap-info/i3696.pdf>)
5. Gerardo M., Mutarelli A. *Dubbi sulla compatibilità costituzionale e comunitaria della c.d. mediazione obbligatoria*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 3/2009, [http://www.lexitalia.it/articoli/gerardomutarelli\\_proci.htm](http://www.lexitalia.it/articoli/gerardomutarelli_proci.htm)
6. Moccia F. *Le questioni aperte nella mediazione in sanità*. Marinaro M. (a cura di). Responsabilità medico-sanitaria e mediazione delle controversie. Dal diritto alla salute al diritto alla giustizia, Roma, 2012.
7. Pinchi V. *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*. Rivista italiana di medicina legale, 2009, n. 3.
8. Șușțac Z., Ignat C. *Alternative Conflict Resolution Methods (ADR)*. Bucarest, 2008.
9. Vaccà C. *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell'ordine dei medici di Roma*, I Contratti, 2007, n. 10.
10. Varano V. (a cura di). *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007.