

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
Istituzioni e mercati, diritti e tutele

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: Area 12 – Scienze Giuridiche 12-F

Settore Scientifico disciplinare: IUS-15 Diritto Processuale Civile

TITOLO TESI

**La gestione del contenzioso in sanità:
analisi dei profili processuali della responsabilità
medico-sanitaria funzionale alla definizione di modelli
alternativi di risoluzione.**

Presentata da: **Marika Ragni**

Coordinatore Dottorato

Relatore

Prof. Giulio Illuminati

Prof. Elena Zucconi Galli Fonseca

Esame finale anno 2015

INDICE

Premessa metodologica e chiavi di lettura: un anticipo delle conclusioni per agevolare il lettore.

CAPITOLO I - *L'accesso alla tutela.*

1. La mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione di risarcimento danni derivanti da responsabilità medica.
 - 1.1. L'obbligatorietà della mediazione tra vecchi problemi e nuove soluzioni.
 - 1.2. La *ratio* deflattiva del contenzioso: solo l'inizio del processo o una possibile soluzione del conflitto?
2. Il soggetto passivo dell'azione di responsabilità: strategie difensive.
 - 2.1. Sul difetto di legittimazione passiva delle Asl.
 - 2.2. Pluralità di parti: l'intervento dell'assicurazione.
3. La competenza territoriale e il foro del consumatore.

CAPITOLO II - *Profili problematici nell'accertamento della responsabilità.*

1. L'onere della prova: osservazioni generali.
 - 1.1. Le presunzioni giurisprudenziali: istruzioni per l'uso.
 - 1.2. L'onere della prova nell'ambito della responsabilità medica.
 - 1.3. La c.d. legge Balduzzi e l'aggravamento dell'onere probatorio.
2. La prova dell'errore medico e della sua rilevanza causale: criteri funzionali all'accertamento della colpa medica.
 - 2.1. Il problema della c.d. allegazione dell'inadempimento qualificato.
3. Problematiche nell'accertamento del nesso di causa.
4. L'allegazione e la prova del danno.
 - 4.1. la legge Balduzzi e la limitazione del danno risarcibile.

CAPITOLO III - *I mezzi di prova: la rilevanza e le problematiche degli accertamenti di natura tecnica.*

1. La consulenza medico legale in ambito sanitario
 - 1.1. La valutazione della consulenza tecnica: è possibile sintonizzare l'accertamento scientifico con quello giuridico?
 - 1.2. Criteri di individuazione del c.t.u. tra specializzazione e collegialità
2. L'efficacia probatoria della cartella clinica
3. L'accertamento tecnico preventivo
 - 3.1. L'effettività della funzione conciliativa.

CAPITOLO IV - *Strumenti alternativi di soluzione del conflitto.*

1. Circostrizione del campo d'indagine: la mediazione finalizzata alla conciliazione.
2. Modelli di mediazione: una possibile conciliazione del rapporto tra mediazione e giustizia.
 - 2.1. La risoluzione giurisdizionale e non giurisdizionale delle controversie: quale alternativa?
 - 2.2. Il processo, la consulenza tecnica a fini conciliativi e la mediazione.
 - 2.3. Flessibilità dei modelli.
 - 2.4. Le condizioni di contesto necessarie per realizzare le garanzie.
3. La disponibilità del diritto come limite generale degli *a.d.r. methods* ed in particolare della mediazione.
 - 3.1. Il mediatore come garante dell'interesse pubblico.
4. La dimensione territoriale della risoluzione stragiudiziale dei conflitti in ambito sanitario.
 - 4.1 I modelli di gestione del contenzioso nella prassi locale.

CAPITOLO V - *La mediazione in sanità: analisi di una proposta.*

1. Tra volontarietà e obbligatorietà della mediazione: alla ricerca di un coordinamento tra la normativa statale e regionale.
 - 1.1 Il possibile coordinamento tra procedimento di mediazione e le specificità della materia.
 - 1.2 Alcune considerazioni critiche sui limiti del mediatore valutativo.
2. La natura e l'efficacia dell'accordo.
3. Il problema dei costi in sintesi.
4. La mediazione "multiparte".
5. L'intreccio dei problemi relativi alla competenza, professionalità e imparzialità.

Considerazioni conclusive.

Premessa metodologica e chiavi di lettura: un anticipo delle conclusioni per agevolare il lettore.

Questo lavoro muove dall'esigenza di affrontare il tema della responsabilità medica secondo una prospettiva autenticamente processuale, con la finalità pratica di ricercare una sintesi tra il classico approccio sostanzialistico al tema e l'approfondimento degli strumenti di risoluzione del contenzioso, sia di natura giudiziale che stragiudiziale.

La scelta di affrontare questo delicato tema in un'ottica processualistica muove dalla convinzione che il grado di tutela di valori fondamentali offerto da un ordinamento sia proporzionale all'agilità con cui è possibile ottenere il ristoro delle lesioni subite e, di conseguenza, una soddisfazione degli interessi individuali. Al contempo, però, la tutela individuale deve combinarsi con la tutela collettiva, riconosciuta a quei diritti che presentano anche una dimensione superindividuale, in quanto, come il diritto alla salute, si connotano quali diritti fondamentali e sociali.

Tale assunto, seppur apparentemente banale, viene spesso trascurato negli approcci scientifici al tema, che relegano l'aspetto processuale ad autonoma, e spesso residuale, appendice pratica dei principi sostanziali. Nella convinzione che entrambi questi aspetti devono continuamente dialogare tra loro, si cercherà di rovesciare la prospettiva assumendo quale filo conduttore la sede di soluzione del contenzioso. Analizzeremo, in primo luogo, le problematiche che si presentano nel processo, mentre nella seconda parte ci si soffermerà sulle questioni originate dagli strumenti alternativi di soluzione del contenzioso, con particolare attenzione alla mediazione che, come noto, costituisce condizione di procedibilità per tali controversie, ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 28 del 2010 - come da ultimo modificato dalla l. n. 98 del 2013 (l. di conversione del c.d. Decreto del Fare).

Un approccio scientifico al problema della responsabilità medica deve necessariamente fare i conti con un'artificiosa delimitazione del campo d'indagine. Occorre, cioè, muovere dalla considerazione della natura multidisciplinare della materia e considerare che in pochi altri casi, come in questo, una sola questione sembra trovare tante diverse soluzioni a seconda del punto visuale di approfondimento. Per questa ragione, si ritiene opportuno dare per postulate alcune nozioni di carattere sostanziale, in campo civile e amministrativo, per soffermarsi solo su quegli aspetti che presentano delle connessioni e dei risvolti immediati con la prospettiva processuale, comprensiva degli strumenti giudiziali e stragiudiziali. In sostanza, piuttosto che interrogarsi su quale tipo di paradigma risarcitorio sia più appropriato alla responsabilità medica, sembra più utile considerare quale modello di gestione del contenzioso sia in grado di garantire un maggior equilibrio tra le esigenze di giustizia sostanziale dell'individuo (attuabili attraverso lo strumento processuale) e la sostenibilità pubblica (*rectius* collettiva) della tutela della salute del singolo. Il perseguimento di finalità deflattive del contenzioso, infatti, non può andare disgiunto da una valutazione dell'economia processuale complessiva del sistema. La mera diminuzione dei processi favorita dall'aumento delle conciliazioni non appare di per se un dato positivo, se non si accompagna con un proporzionale aumento di effettività di tutela e di giustizia percepita dal cittadino.

L'effettività degli strumenti alternativi alla decisione giudiziale si misura non solo rispetto alla loro capacità di rendere possibile una conciliazione, che dipende dalla libertà del singolo, ma altresì e soprattutto dalla sua potenzialità di rendere una giustizia almeno equiparabile a quella della decisione giudiziale. Quest'aspetto può rappresentare il reale punto di forza dello strumento alternativo di soluzione del contenzioso, soprattutto se si aggiunge al positivo impatto sull'ordinamento giurisdizionale in termini di risparmio di tempi e di costi, e alla libertà di accesso allo stesso, che costituisce pure un diritto costituzionale della parte. Soltanto così è possibile

realizzare un equilibrato bilanciamento tra tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto alla salute e all'accesso alla tutela giurisdizionale, e la sostenibilità di questa tutela rispetto al bilancio dello Stato, che oggi rappresenta una delle principali preoccupazioni politiche.

a) Il contesto socio-giuridico.

Prima di affrontare le complesse problematiche che il tema pone, la cui panoramica non può certo essere esaurita in premessa, è necessario tratteggiare il contesto giuridico in cui si iscrive il contenzioso sanitario.

Le cause di responsabilità medico-sanitaria, infatti, rappresentano un terreno di indagine particolarmente complesso, soprattutto da quando l'interpretazione giurisprudenziale ha determinato, in ambito civilistico, la dilatazione dei criteri di imputazione della responsabilità. Si rinvia all'analisi svolta nel corso del testo per i chiarimenti concettuali e gli approfondimenti giurisprudenziali, ma è opportuno precisare fin d'ora che l'attributo "medico-sanitaria" suggerisce, non a caso, una dimensione composita della responsabilità civile, che coinvolge sia gli enti sanitari, pubblici e privati, che il personale medico. Si tratta, dunque, di una materia particolarmente delicata anche dal punto di vista della politica e della pratica sanitaria; infatti, l'elevato numero di controversie civili da *malpractice* medica ha determinato, da un lato, l'aumento esponenziale dei costi delle polizze di responsabilità civile professionale, dall'altro, la modifica del comportamento stesso degli operatori sanitari, i quali sempre più spesso adottano strategie di c.d. medicina difensiva, ricorrendo a misure costose ed eccessive rispetto alle reali necessità diagnostiche.

A fronte di questo quadro va considerata la posizione dei soggetti danneggiati, che vorrebbero vedere accertata la responsabilità in tempi rapidi ed a costi sostenibili, nonché ottenere il relativo risarcimento. Le istanze di tutela che provocano tali processi non sono state ignorate dalla giurisprudenza che, per supplire al silenzio del legislatore, è intervenuta in via interpretativa sugli istituti sostanziali e processuali allo scopo di agevolare il ristoro dei danni subiti dai pazienti danneggiati.

E' evidente che la ricerca dell'effettività della tutela, in un'ottica di semplificazione e riduzione dei tempi processuali, rappresenti un'esigenza basilare quando è in gioco un diritto fondamentale. E' noto, poi, che l'endemica inefficienza del sistema giudiziario italiano, che da tempo ha condotto il legislatore a ricercare soluzioni esterne ed alternative al processo, abbia comportato, unitamente agli altri fattori sopraindicati, l'introduzione della mediazione anche in questo campo.

La struttura del nostro sistema sanitario su base regionale rivela, inoltre, il fondamentale ruolo delle regioni in questo settore, le quali non solo sono i soggetti cui fanno capo i compiti di organizzazione ed erogazione delle prestazioni sanitarie, ma sono anche le stesse che sopportano il peso economico del danno derivante dalle prestazioni stesse. Tali enti hanno, dunque, un duplice interesse a migliorare la qualità dei servizi erogati, sia per adempiere agli obblighi costituzionali di tutela del diritto alla salute, sia per contenere i costi ad essi connessi. Ciò spiega perché diverse regioni abbiano avvertito l'esigenza di dettare una regolamentazione specifica, e differenziata rispetto alla normativa comune offerta dal d.lgs. n. 28 del 2010, adottando modelli molto diversi tra loro. Tuttavia, la mancanza di uno specifico modello uniforme a livello nazionale, o quantomeno di linee guida, rischia di produrre delle conseguenze discriminatorie, creando disomogeneità capaci di tradursi in un differente grado di tutela del diritto alla salute.

b) La gestione del contenzioso in sanità nel prisma della mediazione obbligatoria: parallelismi tra processo e procedimento di mediazione.

L'attenzione agli *Alternative dispute resolution methods*, cui sarà dedicato un rilievo centrale, deriva dalle nostrane tendenze legislative di promuovere tali strumenti di soluzione del conflitto in chiave deflattiva del contenzioso giudiziario, prevedendone finanche l'obbligatorietà come nel settore che ci occupa. Sebbene ci troviamo ancora in una fase sperimentale per poter confermare l'efficacia operativa di tali strumenti, è possibile constatare che i problemi in campo sono numerosi e, fra i tanti, risalta proprio quello di conciliare il carattere volontario dell'accordo con un'utilità realmente deflattiva dello strumento, soprattutto quando viene in gioco la tutela di un diritto fondamentale.

Occorre domandarsi, dunque, se l'*a.d.r.* possa rivelarsi un efficace strumento di semplificazione e di economia, e sia in grado di rispondere al desiderio di affrontare in maniera più adeguata un contenzioso generalmente complesso, che involge peculiari profili di politica amministrativa propri del settore. La riconduzione di tali cause nell'ambito di operatività della condizione di procedibilità non sembra sia stata adeguatamente meditata dal legislatore, poiché – oltre alle esigenze di carattere deflattivo – vi sono tutta una serie di fattori – politici, istituzionali e sociali –, che interagiscono tra loro caratterizzandone la tecnica processuale. E' immediato rilevare che le peculiarità della materia dovranno inevitabilmente riflettersi in altrettante singolari sfumature del procedimento di mediazione, perché vi siano ragionevoli *chances* di evitare la fase contenziosa. In realtà, al di là della positiva soluzione concordata della lite, che dipende dalla volontà delle parti, la specialità della materia impone una certa cautela nella gestione e conduzione stragiudiziale della controversia. Uno dei problemi, infatti, ruota attorno al seguente assunto: considerata l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, ma ovviamente non della sua buona riuscita, è opportuno interrogarsi su quali siano le reali potenzialità dello strumento di ridurre e snellire il processo, a prescindere dalla conclusione dell'accordo. In caso contrario, cioè se l'attività compiuta in sede stragiudiziale non apporti alcun elemento di semplificazione ed accelerazione dell'eventuale successivo processo, l'obbligatorietà della mediazione si risolverebbe in un mero appesantimento della fase introduttiva del giudizio. La semplificazione processuale potrebbe derivare, ad esempio, da un'anticipata attività di preparazione e raccolta del materiale istruttorio e difensivo, che consentirebbe alla parte di assumere già all'inizio del processo delle posizioni più chiare, meditate e documentate. Per comprendere, però, se e come ciò sia possibile è necessario entrare nella concreta dinamica processuale per verificarne gli sviluppi e le problematiche. Il reale problema, in definitiva, non sembra essere l'obbligatorietà in se, ma piuttosto la selezione e l'individuazione della miglior forma di *a.d.r.* adatta alla risoluzione dei problemi che sorgono nello specifico contenzioso.

L'indagine non presenta finalità speculative o meramente ricognitive delle dispute dottrinali proliferate sul tema dell'obbligatorietà, poiché sarà condotta senza perdere mai di vista le problematiche che concretamente coinvolgono il contenzioso sanitario. A tal fine, infatti, è necessario analizzare come le peculiarità della materia trattata influiscano nel caratterizzare gli *step* processuali, proprio per verificare che tipo di "risparmio" possa derivare dal passaggio obbligato della conciliazione stragiudiziale, in termini di accertamento e prova della responsabilità.

Pertanto, la prima parte della tesi sarà dedicata principalmente ad indagare le problematiche che caratterizzano il contenzioso giudiziale con riferimento alla fase introduttiva, all'accertamento ed alla prova della responsabilità, nonché alla liquidazione del danno. Si avverte il lettore che il

significato delle considerazioni svolte nei primi tre capitoli potrà dispiegarsi completamente soltanto con la lettura dell'ultimo capitolo, nel quale si valuteranno le loro ricadute ai fini della selezione del modello stragiudiziale.

La fase introduttiva del giudizio, infatti, è caratterizzata da una pluralità di parti, in quanto, di frequente assieme alle strutture sanitarie, pubbliche o private, sono chiamate a partecipare anche le compagnie assicuratrici. Una volta verificata in chiave processuale la risoluzione dei problemi legati all'individuazione dei legittimati passivi ed all'intervento di eventuali terzi, si valuterà, nell'ultima parte del lavoro, come le stesse questioni debbano essere affrontate in sede stragiudiziale, nonché se e come esse incidano sull'espletamento della condizione di procedibilità. Allo stesso modo, i problemi legati ai criteri di individuazione della competenza territoriale ed all'applicabilità del foro del consumatore agli utenti del Servizio sanitario nazionale, si intrecciano con l'individuazione dell'organismo di mediazione competente e con il problema di come assicurare la garanzia di imparzialità e professionalità di organismi e mediatori.

Analoghi parallelismi tra fase processuale e momento stragiudiziale dovranno essere compiuti anche con riferimento all'attività di accertamento della responsabilità e del danno, compresa l'analisi dei principali mezzi istruttori caratteristici di queste specifiche controversie. Ad esempio, è opportuno verificare quali siano i criteri in base ai quali deve essere svolta l'attività di accertamento degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie, per domandarsi poi se gli stessi caratteri debba possedere l'attività svolta dal mediatore, anche in funzione della formulazione di una proposta.

c) La supplenza della creatività giurisprudenziale e della medicina legale.

Nel panorama giuridico del nostro ordinamento la responsabilità medica rappresenta uno dei settori più dibattuti e mutevoli ed è stata oggetto di costante evoluzione, anche in ragione della centralità sociale che il tema riveste, offrendo occasione di teorizzazioni di più ampio respiro in merito alla natura stessa della responsabilità.

L'interesse per un'indagine attuale sul tema è confermato dall'intervento della l. n. 189 del 2012 (l. di conversione del d.l. n. 158 del 2012, in seguito denominata legge Balduzzi), il cui art. 3 si occupa espressamente della responsabilità in campo medico. La prospettiva processualistica non esime, in ogni caso, dal richiamare i principi consolidati in tema di onere della prova, colpa e nesso di causalità, anche al fine di verificare se essi possano essere ritenuti ancora validi alla luce delle novità recentemente introdotte dall'art. 3 della c.d. legge Balduzzi, scampate al vaglio di legittimità costituzionale, come emerge dall'ordinanza Corte cost. n. 295 del 2013 che dichiara inammissibili le questioni. Senza perdere di vista la prospettiva processuale, dunque, tra gli obiettivi del presente scritto vi è anche quello di individuare le ripercussioni che la riforma legislativa può avere sugli approdi interpretativi sin qui raggiunti dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile del sanitario. Trascende lo scopo della tesi, invece, ripercorrere puntualmente le tappe della lunga evoluzione interpretativa in tema di responsabilità civile medica, ritenendo sufficiente rilevarne il punto di arrivo. Questo, a partire dalla fine degli anni '90, si è risolto nell'affermazione della natura contrattuale sia della responsabilità del singolo libero professionista che della struttura sanitaria, pubblica o privata, nonché del medico da questa dipendente. Tuttavia, il testo dell'art. 3, comma 1°, l. 189 del 2012 contiene un espresso riferimento all'art. 2043 c.c. che sembra mettere in discussione quanto asserito per lungo tempo dall'unanime giurisprudenza. Già le prime analisi della norma mostrano come l'intervento normativo sia piuttosto deludente, perché finisce con il creare più dubbi

di quanti problemi non possa effettivamente risolvere. Si rivelerà, inoltre, che le scelte legislative compiute sul piano sostanziale non consentono neppure di arginare il ruolo marcatamente “politico” ricoperto dai giudici in questa materia, i quali, in supplenza di un legislatore inerme, hanno dovuto rispondere alle istanze di tutela applicando criteri di equità e di giustizia sostanziale. Le difficoltà probatorie e l’incertezza scientifica, che contraddistinguono la materia, si sono tramutate, però, in impropri utilizzi degli istituti processuali, nell’indiscriminato ricorso alle presunzioni, e finanche nella “rinuncia a giudicare” in favore di un’adesione immotivata alle conclusioni del consulente tecnico, di volta in volta incaricato dell’indagine medico legale, o di un’allocazione del danno secondo logiche transattive, ispirate all’equità sociale piuttosto che a criteri giuridici. Tali considerazioni sono funzionali a sottolineare che le conseguenze del dilagare del contenzioso sanitario – piuttosto che a una radicale modificazione del titolo della responsabilità – dovrebbero spingere ad un’esplicita e chiara riconsiderazione degli approdi raggiunti in tema di allocazione dell’onere probatorio e dei meccanismi e regole di accertamento della sussistenza del nesso causale e del danno. Tuttavia, finché ciò non accadrà per via legislativa, preferibilmente sulla base degli studi sostanzialistici più seri e lungimiranti, al processualista non resta che sottolineare e denunciare gli impropri utilizzi del processo. Lo scopo è semplicemente quello di ricercare un equilibrio nella relazione processuale fra paziente e medico, che si è evoluta negli ultimi anni in un’ottica di *favor* per il danneggiato, in ragione dell’imprescindibile necessità di tutela del diritto alla salute, ma che pare oggi eccessivamente sbilanciata a sfavore del sanitario.

Non ci si occuperà, invece, della risposta istituzionale mediante l’introduzione di sistemi di *no-fault*, ossia di meccanismi di indennizzo automatico che prescindono dall’accertamento della responsabilità. Innanzitutto perché la tematica implicherebbe una più ampia riflessione sugli aspetti sostanzialistici della responsabilità civile, inoltre perché si crede che il passaggio dal c.d. tort system al c.d. no-fault system presupponga, a monte, l’implementazione di un efficace sistema di monitoraggio e gestione del rischio. Occorrerebbe, cioè, prima individuare quali siano i criteri per selezionare gli errori che consentirebbero di innescare un meccanismo di indennizzo automatico, come ad esempio quelli rientranti nell’alea terapeutica, rispetto ai quali è più difficile muovere una rimproverabilità all’agente. Ancora a monte rispetto all’attuazione di efficaci sistemi di *risk management*, si colloca la predisposizione di un meccanismo per la raccolta dei dati, che a parere di chi scrive può essere utilmente elaborato sfruttando le informazioni raccolte in sede conciliativa, in forma anonima e nel rispetto del principio di riservatezza.

Sul fronte delle riforme processuali, invece, sembra sia stata imboccata una strada senza ritorno, quella, cioè, della promozione di una differenziata gamma di strumenti di risoluzione del contenzioso in alternativa alla tradizionale via processuale. Senza soffermarci sulle fondate critiche nei confronti di un’infinita stagione di riforme processuali priva di disegno sistematico, vanno segnalate due proposte di riforma della giustizia civile che, tra le tante degli ultimi tempi, paiono portare un vento di novità anche nel settore che ci occupa: il disegno di legge delega collegato alla legge di stabilità 2014 e la proposta elaborata dalla commissione ministeriale presieduta dal Prof. Vaccarella del 3 dicembre 2013. Entrambe le proposte di riforma s’ispirano alla tecnica del c.d. *case management*, che si concretizza nella possibilità offerta al giudice e alle parti di modellare lo schema processuale del caso concreto in base alla tipologia della lite. Come vedremo, la vera novità che interessa la materia in esame è data dal potenziamento della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex art. 696-bis c.p.c.*, attraverso la sua qualificazione come condizione di procedibilità anche nelle cause di responsabilità medica e sanitaria.

d) L'alternativa degli strumenti negoziali di risoluzione delle controversie come efficace risposta alle istanze di giustizia.

Lo scopo principale della presente indagine consiste nell'analizzare le condizioni in base alle quali la cultura della degiurisdizionalizzazione sia in grado di elevare il livello di tutela nel settore prescelto. Il confronto delle più efficienti esperienze internazionali con quella nazionale è capace di fornire un'efficace *imput* per superare gli ostacoli culturali nei confronti di tali procedure, consentendo anche al nostro ordinamento di approdare ad una proficua programmazione ed adozione di sistemi utili a comporre stragiudizialmente la lite. Lo studio comparatistico rivela, innanzitutto, che l'individuazione del modello di risoluzione alternativa del conflitto passa necessariamente dalla contestualizzazione rispetto allo specifico ambito di operatività.

In particolare, si cercherà di dimostrare che lo strumento negoziale presenta le stesse caratteristiche della decisione giudiziale, quando è finalizzato alla risoluzione della controversia, in termini di individuazione di regole concrete e vincolanti per le parti *pro futuro*. Il regime di atipicità di cui gode il negozio presenta, addirittura, l'ulteriore vantaggio di saper soddisfare concretamente anche interessi delle parti che non hanno una diretta rilevanza giuridica, e per questo resterebbero fuori dall'accertamento giudiziale propriamente inteso. Il soddisfacimento di questi interessi "personali", però, non implica necessariamente che il negozio sia incompatibile con l'attuazione e la tutela dei diritti. In altre parole, il fatto che la negoziazione, anche quando guidata da un terzo, sia fondata sulla convenienza delle parti non esclude che essa possa, ed in alcuni casi debba, essere giusta.

La dimostrazione di quest'assunto rappresenta il cuore della tesi, dal momento che è proprio il legislatore ad imporre l'utilizzo della mediazione in un contesto in cui vengono in gioco esigenze di protezione di diritti fondamentali. Nel contesto che ci occupa, emerge l'urgenza, cioè, di tutelare diritti a cui l'ordinamento riconosce un livello di protezione particolarmente elevato, come suggerisce la collocazione costituzionale del precetto che li racchiude.

Posto che non esiste un solo concetto di mediazione, si cercherà di attestare che quello che adotta il legislatore nel d.lgs. n. 28 del 2010 è il più ampio ed onnicomprensivo, anche in ragione della ricomprensione della materia sanitaria nell'ambito di operatività della condizione di procedibilità. Allora, il problema è quello di determinare quali siano le condizioni che rendono utilizzabile la mediazione come tecnica di risoluzione delle controversie anche sui diritti e, in particolare, quando si tratta di diritti cui è riconosciuta una tutela particolarmente forte, come il diritto alla salute, alla vita e all'integrità psico-fisica.

L'approccio metodologico prescelto è stato quello di analizzare partitamente il concetto di mediazione da diverse prospettive: una prima considerazione ha riguardato le tecniche di mediazione interne al procedimento (facilitativa, valutativa, aggiudicativa), al fine di distinguerle rispetto alla prospettiva "esterna", relativa cioè al rapporto tra mediazione e ordinamento giuridico. A tal fine si è fatto ricorso a paradigmi concettuali che mettono in luce il diverso possibile rapporto tra mediazione e norme giuridiche in relazione al ruolo del mediatore (modello creativo, formativo e attuativo). Questi modelli concettuali, sebbene siano stati elaborati in relazione a ordinamenti diversi dal nostro, hanno consentito di mettere in luce come la mediazione possa conciliarsi con la tutela di interessi pubblicistici o superindividuali. Un'ulteriore prospettiva è stata quella di osservare la mediazione in relazione agli altri strumenti di risoluzione delle controversie utilizzabili in materia sanitaria. In quest'ottica, è emersa la ricchezza insita nella flessibilità e differenziazione

degli strumenti risolutivi, a seconda che siano inseriti nel contesto giudiziale (mediazione giudiziale o disposta dal giudice, consulenza tecnica preventiva finalizzata alla conciliazione) o stragiudiziale (mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010).

La circostanza che l'oggetto della tutela sia rappresentato dal diritto alla salute, inteso in senso ampio, non ha comportato il venir meno dell'idea tradizionale di mediazione, come ricerca di una soluzione di compromissoria e concordata di conflitto, ma ha implicato di concentrare l'attenzione anche sulle modalità oltre che sull'esito della mediazione. L'accordo conclusivo deve poter essere frutto di una ponderata valutazione dell'interesse pubblicistico sotteso alla controversia e la soluzione compromissoria può, e in alcuni casi deve, essere attuativa del diritto, o comunque non porsi in contrasto con esso. Il risultato è che, in certi casi, l'accordo conclusivo viene a produrre risultati sostanzialmente coincidenti con quelli di una vittoriosa rivendicazione del diritto in sede giudiziaria.

A tal fine, si è rivelato necessario individuare le condizioni che rendono utilizzabile la mediazione come tecnica di risoluzione delle controversie su diritti caratterizzati da una tutela particolarmente forte. Si segnalano, dunque, alcuni temi su cui si è concentrata l'attenzione:

- si sono esaminate le caratteristiche del "soggetto" che svolge la funzione di mediatore, sia dal punto di vista della sua competenza professionale – che deve essere giuridica, medico-legale, nonché comprensiva delle tecniche di mediazione – sia in relazione alla sua indipendenza e imparzialità rispetto alle parti e all'oggetto della controversia;
- si sono individuate le condizioni procedurali minime necessarie a favorire il raggiungimento di un accordo giusto tra le parti, legate ad esempio alla presenza dei difensori, alle garanzie del contraddittorio, alle modalità di svolgimento dell'indagine medico-legale, sebbene non stringenti come quelle del processo;
- si è analizzato il contenuto, la natura e l'efficacia del risultato della mediazione, sia dal punto di vista dei limiti alla disponibilità della situazione sostanziale in gioco, che della sua capacità a soddisfare gli interessi delle parti, pur nel rispetto del diritto.

Vedremo che lo strumento stragiudiziale dotato di maggior effettività, soprattutto in quei casi in cui le conseguenze dell'errore o della disfunzione sono state piuttosto gravi, è uno strumento che presenta dei caratteri peculiari e non è in grado di rientrare perfettamente in nessuna delle categorie elaborate dogmaticamente dalla dottrina, ma al contempo di presentare elementi di ciascuna di esse.

e) L'analisi del modello proposto tra coordinamento con le linee guida statali e localizzazione.

Dopo aver appurato che l'utilizzo dello strumento negoziale in funzione di risoluzione delle controversie può essere realmente alternativo rispetto a quello processuale, ma solo a determinate condizioni, ci si accorge che il tema ne intercetta un altro, più pratico, legato all'individuazione dei modelli di soluzione stragiudiziale che meglio si adattano a questo particolare contenzioso. Vale a dire che, a fronte dell'esame della varietà delle esperienze concrete, a livello regionale o locale, è sembrato opportuno verificare se fosse possibile convertire i punti di debolezza dei sistemi utilizzati in punti di forza, già sulla base del "materiale" esistente.

Si ritiene che l'indagine critica dello studioso nelle materie giuridiche debba essere finalizzata - non solo all'evidenziazione di soluzioni coerenti e creative *de iure condendo* – ma anche alla razionalizzazione degli strumenti esistenti, sempre perfezionabili. Questa è la ragione per cui si è scelto di analizzare, nel finale di questo studio, un modello esistente, ed efficacemente attuato, per

verificarne il suo possibile coordinamento con le linee guida statali, di recente perfezionate. La valorizzazione dell'esistente patrimonio giuridico, spontaneamente sorto senza alcuna imposizione, rivela, infatti, anche le reali istanze di tutela di una società in trasformazione, ed aiuta ad elaborare delle risposte più efficaci, proiettabili anche su larga scala.

L'idea di prendere ad esempio lo schema adottato in alcuni contesti locali ha il semplice scopo di fornire una base empirica del modello proposto, come una sorta di astrazione di un *pilot scheme* inconsapevolmente già sperimentato, cosicché la sua potenziale attuazione in altri contesti regionali non rappresenti un azzardo, ma un completamento degli strumenti di tutela del cittadino. Al tempo stesso, l'indagine relativa al suo coordinamento con la normativa nazionale consentirà di suggerire gli aggiustamenti necessari a renderlo più efficace.

L'obiettivo del presente lavoro è, infatti, anche quello di ricercare delle linee guida capaci di uniformare sul piano nazionale la tutela del diritto fondamentale alla salute. In quest'ottica sarà affrontato, dunque, il rilevante profilo del coordinamento tra la normativa nazionale, che può ritenersi normativa quadro entro la quale devono inserirsi gli interventi legislativi in materia, e quella regionale, anche alla luce dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. Non minore importanza rivestono alcune questioni scaturenti dalla lacunosità della disciplina della mediazione in tema di pluralità di parti del procedimento, nonché con riferimento a competenza, imparzialità e professionalità dei soggetti preposti a gestire la procedura di mediazione, soprattutto se relazionata alle peculiarità della materia in oggetto.

I profili di criticità che lo svolgimento della mediazione presenta in queste tipologie di controversie non sono soltanto legati all'eterogeneità degli interessi in gioco, ma attengono anche le modalità di ponderazione del contenuto economico del risarcimento pattuito con l'accordo di conciliazione, atteso che una valutazione non adeguata dell'esborso pecuniario concordato potrebbe integrare un'ipotesi di danno erariale. Del resto, l'ipotesi di una mediazione tra le parti in cui il mediatore non esprima giudizi derivanti da una preliminare valutazione del caso, non sembra attagliarsi alle necessità della responsabilità professionale medica, che per natura si caratterizza di un elevato contenuto tecnico. Affinché lo strumento stragiudiziale possa svolgere una funzione preventiva e risolutiva del contenzioso, infatti, il paziente ha necessità di una valutazione della propria vicenda, in quanto potrebbe pervenire ad una procedura di conciliazione senza aver richiesto l'assistenza di un medico legale e, quindi, assolutamente sprovvisto di alcun sostegno critico sul piano tecnico, scientifico e valutativo. Un'analogha necessità è in grado di soddisfare anche l'interesse del medico, che non aderirebbe mai ad una procedura condotta da un mediatore cui egli non riconosca una specifica competenza medica ed un'autorevolezza di giudizio. Tali organismi devono perseguire lo scopo di far comprendere alle parti che la finalità ultima della procedura non è di giungere ad affermazioni di principio, ma a soluzioni eque e condivisibili sul piano scientifico e giuridico.

Il presente lavoro aspira, infine, ad individuare delle possibili soluzioni, anche in prospettiva *de iure condendo*, ricercando una sintesi tra gli interessi reali di tutti gli attori coinvolti in questa peculiare tipologia di controversie. L'istituzione anche nel nostro paese di Commissioni o Camere di conciliazione ovvero una più accurata strutturazione delle *a.d.r.* in ambito di responsabilità sanitaria, appare univocamente indicata come una proficua via per ridurre i costi del contenzioso da *malpractice* sanitaria, per evitare l'exasperazione della lite contenendo il ricorso al processo, spesso eccessivamente persecutorio nei confronti del medico, e per consentire un più veloce, equo e meno dispendioso accesso al risarcimento per il paziente danneggiato.

CAPITOLO 1

L'accesso alla tutela

Nel cammino che conduce ad esplorare il variegato mondo del contenzioso sanitario, il primo passo da compiere consiste nell'individuare i contorni dell'oggetto della tutela, che è rappresentato dal diritto primario e fondamentale alla salute, e le sue interrelazioni con altri principi cardine del nostro ordinamento.

Oggi è largamente diffuso il rilievo secondo cui il diritto alla salute assume una forza analoga a quella delle tradizionali libertà individuali, sia nella dimensione negativa della tutela *erga omnes* rispetto alle situazioni pregiudizievoli, o semplicemente non volute, sia sotto il profilo positivo a ricevere le cure a tutela dell'integrità psico-fisica della persona ⁽¹⁾. Al rafforzamento di una tale posizione di spicco ha contribuito la valorizzazione del diretto collegamento tra l'art. 32 cost. ed i supremi valori costituzionali di libertà, dignità, uguaglianza e solidarietà ⁽²⁾.

Sebbene l'ampliamento della sfera di tutela oggetto del diritto alla salute sia stata ricondotta tra le ragioni alla base della <<overlitigation>> del settore sanitario ⁽³⁾, il fenomeno non può essere certo considerato alla stregua di un'anomalia da correggere. Piuttosto, occorre progredire ulteriormente nel rafforzamento della tutela, che il dilagare del contenzioso in materia mostra essere non ancora soddisfacente.

La riflessione di matrice costituzionale sul diritto alla salute ha radici profonde ed è notevolmente influenzata dalla sua sostenibilità finanziaria: le basilari istanze costituzionali da bilanciare sono racchiuse nel principio di buon andamento della P.A. ex art. 97 cost. e nel vincolo tendenziale di pareggio di bilancio, recentemente costituzionalizzato ⁽⁴⁾.

Il fatto che il diritto fondamentale alla salute ⁽⁵⁾ sia finanziariamente condizionato, se da un lato non può giustificare la libera compromissione da parte del legislatore a seconda delle esigenze di contenimento della spesa, d'altro canto non consente realisticamente di prescindere dal dato fattuale

⁽¹⁾ LUCIANI, voce *Salute (Diritto alla Salute)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 4, che considera come l'espressione <<diritto alla salute>> sia una formula sintetica che esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive molto differenziate tra loro: il diritto alla propria integrità psico-fisica, cui l'ordinamento riconosce la protezione più risalente e costante, che si risolve nella pretesa a chi i terzi si astengano dal pregiudicarlo, ma anche nelle sue accezioni più moderne del diritto all'ambiente salubre, del diritto ad essere curato e a ricevere trattamenti sanitari preventivi, del diritto degli indigenti a cure gratuite, fino al diritto a non essere curato.

⁽²⁾ MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, p. 433 ss.; MORANA, *La salute nella Costituzione italiana, profili sistematici*, Milano, 2002, *passim*; AA.VV., *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di Sesta, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 15 ss.

⁽³⁾ MUZI, *La mediazione nel contenzioso sanitario*, in AA.VV., *Attuazione e sostenibilità del diritto alla salute*, a cura di Nania, Roma 2013, p. 98.

⁽⁴⁾ NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in AA.VV., *L'erogazione della prestazione medica*, cit., p. 29 ss.; AA.VV., NANIA, *Una introduzione al tema del diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in AA.VV., *Attuazione e sostenibilità*, cit., p. 1 ss.; sui riflessi della previsione costituzionale e lo sviluppo del diritto sanitario v. di recente anche BALDUZZI-SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel diritto sanitario*, in BALDUZZI-CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, *passim*.

⁽⁵⁾ La Costituzione riconosce un interesse obiettivo dell'ordinamento avente come centro di riferimento il bene salute, che impone allo Stato di attivarsi per garantirlo; tuttavia, è sembrata riduttiva la tesi che riconosceva all'interesse dei singoli la consistenza di mero interesse legittimo, azionabile in caso di inerzia o cattivo uso del potere pubblico, in quanto assicurerebbe solo una garanzia indiretta e mediata dal legislatore; quindi, per assicurare una garanzia diretta alla salute è stato necessario rivestirlo della forma di diritto soggettivo perfetto, riconoscendogli la somma natura di diritto fondamentale, per il processo evolutivo che ha consentito tale qualificazione si veda LUCIANI, voce *Salute (Diritto alla Salute)*, cit., p. 1 ss.

delle risorse disponibili. Come emergerà chiaramente nell'ultima parte dell'indagine, tale aspetto è strettamente correlato con la necessità di un coordinamento tra lo Stato e le regioni, considerato che la tutela della salute rientra tra le materie di competenza concorrente *ex art. 117 cost.*

L'osservazione è vera innanzitutto con riferimento alla garanzia di livelli costituzionalmente adeguati delle prestazioni sanitarie, che devono essere parimenti armonizzati con altri principi di pari rango (sussidiarietà, decentramento, autodeterminazione, ecc.) ⁽⁶⁾; quindi, lo deve essere *a fortiori* con riferimento agli strumenti giuridici che consentono la tutela e l'effettiva esigibilità dei diritti riconosciuti ai singoli. Infatti, non solo lo scorretto funzionamento del sistema sanitario comporta una dispersione di risorse pubbliche – spesso frutto di errate scelte organizzative e gestionali –, ma le disfunzioni di quel sistema si traducono, altresì, in lesioni o compromissioni del diritto fondamentale, che producono a loro volta un ulteriore dispendio di risorse in termini di ristorazione dei danni subiti.

La messa in moto del sistema giustizia, infatti, dovrebbe giustificarsi solo nell'ottica della riparazione di una lesione non altrimenti prevedibile o prevenibile dallo Stato, che si è verificata cioè nonostante un'adeguata regolamentazione ⁽⁷⁾, ovvero laddove le parti non riescano a comporre privatamente i propri interessi in chiave soddisfacente e riparatoria.

Una prima riflessione, nell'ottica del bilanciamento costituzionale, concerne l'esigenza di approntare degli strumenti di tutela che siano in grado di conciliare l'apparente contraddittoria dicotomia tra effettività della tutela e contenimento della spesa. E' proprio qui che si incontra l'ennesima rilevantisima istanza costituzionale da bilanciare: il diritto di accesso alla tutela *ex art. 24 cost.*

Il problema di coniugare la tutela integrale della salute con le esigenze di controllo della spesa può trovare, infatti, una risposta, almeno parziale, sotto il profilo della degiurisdizionalizzazione del contenzioso, ma solo a condizione che non si traduca in una limitazione dell'accesso alla tutela.

Ne è testimone la spinta culturale registrata negli ultimi decenni verso i metodi di composizione delle controversie alternativi rispetto al processo di cognizione dinanzi al giudice statale (*Alternative Dispute Resolution*). Il movimento di origine statunitense ha incontrato un notevole supporto nelle istituzioni dell'Unione europea e, di conseguenza, anche l'Italia si è adeguata con il d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁸⁾. Tuttavia, occorre prestare la massima attenzione alle linee direttrici di promozione di tali strumenti, perché essi, lungi dal porsi come rimedi esterni ad un'irrimediabile inefficienza della giustizia civile statale, devono dialogare con essa per essere efficaci, come si vedrà *funditus* nel proseguo della trattazione.

La prospettiva dell'efficienza costituisce una delle spinte fondamentali verso i metodi negoziali di composizione delle controversie, specie nel quadro italiano di carenza di risorse dedicate alla giustizia civile. In questa prospettiva, il sistema politico è chiamato a rispondere alla domanda di efficienza proveniente dagli utenti del servizio della giustizia civile, e quindi a misurarne e a

⁽⁶⁾ PIOGGIA, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario a proposito di un recente saggio di Guerino Fares*, in *Sanità pubb. e priv.*, 2014, 2, p. 8, che evidenzia come la necessaria conciliazione fra il contenimento della spesa e le esigenze del decentramento, per cui è essenziale un coordinamento fra Stato e regioni, si rifletta sulla fondamentale questione dell'effettività nella garanzia del diritto alla salute.

⁽⁷⁾ Come vedremo, l'assenza di una disciplina specifica e omogenea in materia è una delle carenze più gravi perché all'origine dell'anarchia giudiziale, v. *infra* cap. II.

⁽⁸⁾ Dir. Ce, 21 maggio 2008, n. 52, in *Gazz. uff. Un. eur.*, 24 maggio 2008, n. 136, cui è seguito il d.lgs. n. 28 del 2010 che, come noto, ha introdotto in Italia la prima disciplina unitaria sulla mediazione e la conciliazione nelle controversie civili e commerciali; v. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 41; v. *funditus infra* cap. IV.

incentivarne la qualità e la produttività ⁽⁹⁾, specialmente quando viene in gioco la tutela di un diritto fondamentale.

Le scelte politico legislative non possono, nondimeno, fare i conti con le istanze sovranazionali che, in modo sempre più esigente, interpellano i singoli ordinamenti circa la garanzia di livelli adeguati e uniformi di protezione dei valori fondamentali della persona.

Appare necessario, dunque, misurare le forme di tutela della salute alla stregua delle prescrizioni contenute nella Convenzione europea dei diritti umani ⁽¹⁰⁾, dove, pur in assenza di un riconoscimento espresso del diritto alla salute, è possibile rinvenire un esplicito riferimento indiretto ⁽¹¹⁾.

La Corte europea dei diritti umani, infatti, ha progressivamente recuperato tale lacuna ricorrendo alla categoria degli obblighi di protezione, ricavati attraverso la lettura sistematica dell'art. 1 cedu alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione, quale strumento di protezione dei diritti umani ⁽¹²⁾.

L'impossibilità di delineare una netta divisione tra la sfera dei diritti economici e sociali (in cui è riconducibile il bene salute) e l'ambito di diretto interesse della Convenzione, qual è quello dei diritti civili e politici, ha consentito alla Corte di estendere il campo di applicazione della cedu alla tutela della salute, ancorandola alle disposizioni convenzionali poste a tutela della vita e dell'integrità psico-fisica individuale (artt. 2, 3 e 8 cedu).

In tal modo, il singolo cittadino è dotato di uno strumento che consente di pretendere l'intervento tempestivo dell'autorità statale mediante l'adozione di norme, atti amministrativi o comportamenti materiali, al fine di porre in essere le condizioni generali per la realizzazione di un diritto indispensabile per garantire il benessere della persona umana e la sua stessa sopravvivenza ⁽¹³⁾.

Tale operazione ermeneutica ha creato le basi per una rivendicazione del diritto alla salute con ricorso individuale direttamente dinanzi alla Corte di Strasburgo, che può dar luogo ad una condanna dello Stato per violazione della Convenzione, con conseguente risarcimento del danno.

Ai fini della presente indagine, assumono particolare rilevanza pratica gli obblighi positivi di natura sostanziale, procedurale e preventiva enucleati dalla Corte europea con riferimento a quei casi di *malpractice* causati da negligenza medica o da carenze strutturali dei servizi medico-sanitari ⁽¹⁴⁾. Soprattutto quando, trattandosi di offese di natura colposa, l'adempimento dell'obbligo positivo di garantire una tutela effettiva può avvenire mediante la predisposizione di efficaci rimedi di carattere civile o disciplinare, senza la necessità di ricorrere alla sanzione penale.

⁽⁹⁾ Prospettiva che incide anche sui principi del processo civile, come osserva CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, In *Guida dir.*, 2009, 28, p. 55 ss., secondo cui tale sviluppo va letto anche alla luce della percezione del ruolo della giustizia civile da parte dei cittadini, che è quella di servizio pubblico che consente di conseguire un'utilità, ossia, per usare le parole dell'a. <<l'attuazione dei diritti soggettivi dei privati>>.

⁽¹⁰⁾ Firmata a Roma il 4 novembre 1950.

⁽¹¹⁾ Il diritto alla tutela della salute ha trovato, invece, un espresso riconoscimento nell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, in seguito alla modifica del 12 dicembre 2007, cui il Trattato di Lisbona ha attribuito un'efficacia giuridica parificata ai trattati, modificando l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea; le osservazioni che seguono sono attinte dall'interessante saggio di SACCUCCI, *Responsabilità medica e tutela del diritto alla salute nella convenzione europea dei diritti umani: quando lo stato risponde per le carenze dei servizi medico-sanitari*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Corso-Balboni, 2011, Torino, p. 175 ss.

⁽¹²⁾ Sugli obblighi positivi di protezione v. MOWHRAY, *The development of positive obligations under the European convention on Human Rights by the european court of human rights*, Oxford, 2004, *passim*.

⁽¹³⁾ SACCUCCI, *op. cit.*, pp. 176 e 177.

⁽¹⁴⁾ La tendenza della Corte di Strasburgo di ampliare il proprio sindacato sulla compatibilità con la cedu delle modalità di amministrazione dei servizi medico-sanitari e dei rimedi legali offerti ai pazienti vittime di negligenza medica è illustrata da SACCUCCI, *op. cit.*, p. 182 ss., dove si riporta la giurisprudenza più significativa.

Risulta notevolmente sviluppata, infatti, la giurisprudenza relativa all'aspetto procedurale, che intende l'obbligo di protezione come requisito di adeguatezza ed effettività dei rimedi giudiziari che lo Stato deve mettere a disposizione delle vittime di danni alla vita o all'integrità fisica, conseguenti a mere disfunzioni del sistema sanitario ⁽¹⁵⁾.

In particolare, di recente la Corte si è mostrata sensibile al tema della tempestività della procedura, ritenuta una condizione necessaria dell'effettività dei rimedi giudiziari nei casi di negligenza medica. Qualunque approccio realistico al tema non può ignorare, dunque, la condanna che la Corte ha comminato all'Italia per violazione dell'obbligo procedurale derivante dall'art. 2 cedu, in ragione dei ritardi nello svolgimento di un giudizio civile da responsabilità sanitaria ⁽¹⁶⁾.

La sentenza va letta, inoltre, quale *leading case* ⁽¹⁷⁾ dell'approccio autonomistico della Corte nei confronti della violazione dell'obbligo procedurale derivante dall'art. 2 cedu, che viene configurato in modo del tutto indipendente sia rispetto all'osservanza degli obblighi di carattere sostanziale – perché si prescinde dall'effettiva sussistenza della responsabilità davanti alle autorità nazionali –, sia rispetto alla violazione dell'obbligo di garantire la ragionevole durata del processo sancito dall'art. 6 cedu – in quanto si prescinde, altresì, dall'esperimento dei rimedi interni per denunciarne la violazione, ad esempio quelli previsti dalla l. n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto) –.

Anche nella prospettiva sovranazionale, tuttavia, resta stringente l'esigenza di un'armonizzazione dei principi esaminati con il diritto di accesso alla giustizia, sancito dall'art. 6 cedu, un accesso che deve essere garantito a tutti senza alcuna discriminazione, così come sancisce anche il fondamentale principio di uguaglianza. Ed è per questo che devono essere eliminate tutte quelle situazioni lesive di tali principi e produttive di effetti discriminatori.

Su tali premesse, è possibile ritagliare importanti spazi di tutela della salute anche a livello sovranazionale, che sembrano convergere verso la necessaria predisposizione di efficaci strumenti preventivi e riparatori. L'inefficiente funzionamento dei rimedi volti a riparare le lesioni del bene salute, laddove possibile anche in forma specifica, non solo rivela una scarsa propensione a prevenire quelle lesioni, ma è anche in grado di tradursi facilmente in ulteriori aggravii economici per lo Stato.

1. La mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità medica.

Come già anticipato, con il d.lgs. n. 28 del 2010, da ultimo modificato con il c.d. Decreto del Fare ⁽¹⁸⁾, il legislatore italiano ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 60, l. n. 69 del 2009, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. In tal

⁽¹⁵⁾ Interessante un caso in cui la Corte ha ritenuto insufficiente l'ammontare del risarcimento civilistico perché inadeguato a riparare i danni subiti dalla vittima, Corte eur. dir. uomo, 23 marzo 2010, *Oyal c. Turchia*, § 67.

⁽¹⁶⁾ Corte eur. dir. uomo, 2 dicembre 2009, *G.N. e altri c. Italia*, § 74-78.

⁽¹⁷⁾ Nel senso che si discosta dall'interpretazione seguita dalla Corte riguardo ai rapporti tra art. 6 cedu e dall'art. 1 del Protocollo n. 1, in caso di violazioni del diritto di proprietà essenzialmente riconducibili all'eccessiva durata del processo, SACCUCCI, *op. cit.*, p. 190, il quale evidenzia che «<l'abbandono dell'approccio assimilazionista con riferimento agli obblighi procedurali derivanti dall'art. 2 cedu si spiega probabilmente in ragione dell'eterogeneità dei valori oggetto di protezione>>».

⁽¹⁸⁾ D.l. n. 69 del 2013, convertito con modifiche dalla l. n. 98 del 2013, in *Gazz. uff.* n. 194, 20 agosto 2013, suppl. ord. n. 63.

modo l'Italia ha recepito la Direttiva europea n. 52 del 2008, che rappresenta il frutto di un'analisi effettuata nel corso degli anni sulla crisi dell'accesso alla giustizia nel contesto europeo ⁽¹⁹⁾.

Si rinvia al capitolo IV per l'esame delle tappe che hanno portato a considerare gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (cui la mediazione appartiene) come utili rimedi alla crisi della giustizia. Al momento, ci si limita a considerare sotto il profilo tecnico processuale la peculiare scelta effettuata dal legislatore nostrano di rendere la mediazione una tappa obbligatoria per accedere alla tutela giurisdizionale ⁽²⁰⁾, elevandola a condizione di procedibilità nelle materie previste dall'art. 5 del decreto, e quindi anche nel contenzioso medico-sanitario.

La Direttiva europea ha lasciato ampi margini di libertà ai legislatori nazionali sia di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione, che di incoraggiarne l'utilizzo attraverso incentivi e sanzioni, con l'unico limite di rispettare il diritto delle parti di accedere alla tutela giurisdizionale ⁽²¹⁾. La discrezionalità concessa agli Stati membri ha condotto la maggioranza di essi ad optare per un modello volontario con forti incentivi di natura fiscale. L'Italia, al contrario, ha scelto un modello di mediazione obbligatorio, che come vedremo, a distanza di tempo e con i necessari aggiustamenti, si sta rivelando capace di ottenere risultati soddisfacenti ⁽²²⁾.

Le tortuose vicende della mediazione obbligatoria a pena di improcedibilità saranno tracciate nel paragrafo seguente, ciò al precipuo scopo di verificare se i successivi interventi riparatori abbiano dissipato gli originari dubbi di legittimità costituzionale di questo particolare filtro di accesso alla tutela giurisdizionale. Il c.d. Decreto del Fare, infatti, ha riproposto l'obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di mediazione in molti ambiti del diritto civile e commerciale, nonostante la bocciatura della Corte costituzionale con la sentenza del 6 dicembre 2012, n. 272 ⁽²³⁾, che peraltro si è limitata a sancire l'incostituzionalità dell'art. 5 per eccesso di delega legislativa, senza affrontare nella sostanza la questione dell'obbligatorietà.

Tra le novità più interessanti in relazione all'ambito di applicazione della condizione di procedibilità, si riscontra il ripristino dell'obbligatorietà della mediazione nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1° *bis*, d.lgs. n. 28 del 2010, con l'estensione alle controversie relative ai danni cagionati da responsabilità sanitaria, in aggiunta alla precedente previsione limitata alla

⁽¹⁹⁾ Il recepimento è avvenuto in adempimento degli obblighi derivanti dall'adesione all'Unione: v. l. n. 88 del 2009 riguardante le <<disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee>>, ma anche allo scopo di ricorrere agli strumenti alternativi di giustizia in chiave deflattiva del contenzioso; v. BUFFONE, *Mediazione e conciliazione, tutte le novità in vigore dal 20 marzo 2010*, in *Il civilista*, 4, 2010, p. 8 ss.; MORANO CINQUE, *I sistemi di adr e la media conciliazione*, in AA.VV., *La nuova mediazione*, a cura di Falco-Spina, Milano, 2014, p. 19 ss.; v. *infra* cap. IV in premessa.

⁽²⁰⁾ Fino ad alcuni anni fa l'arbitrato era considerato via maestra per la soluzione del problema della crescita del contenzioso sanitario, cfr. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia e all'ostetricia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 319 ss.; v. BREDI, *Prospettive di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n. 108 del 6 giugno 2001*, cit., p. 431 ss.; solo recentemente il legislatore ha ampliato il ricorso a forme di conciliazione obbligatoria con finalità deflattive, nonostante la fallimentare esperienza del diritto del lavoro, dove con la l. n. 183 del 2010 è stata abrogata la conciliazione obbligatoria in materia di controversie di lavoro; tuttavia, per LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, in *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2013, p. 58, la contraddizione è solo apparente considerata la completa differenza di caratteristiche, soprattutto in merito alla professionalità dei soggetti cui è affidata.

⁽²¹⁾ V. i considerando n. 14 e 24 della dir. n. 52 del 2008, dove si specifica, per esempio, che la disciplina della prescrizione non può precludere l'accesso alla giustizia in caso di fallimento della mediazione.

⁽²²⁾ Come emerge anche da un recentissimo studio del Parlamento Europeo, presentato il 20 gennaio 2014 a Bruxelles, "rebooting" the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediation in the Eu, in www.europarl.europa.eu.

⁽²³⁾ Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Foro it.*, 2013, I, c. 748.

responsabilità medica⁽²⁴⁾, che come vedremo ne amplia notevolmente il raggio d'azione. Peraltro, l'espressione <<risarcimento del danno>> utilizzata dal legislatore è talmente ampia da ricomprendere tanto le azioni di carattere contrattuale che quelle di natura extracontrattuale.

Si ritiene opportuno indagare preliminarmente il meccanismo di funzionamento della condizione di procedibilità in quanto capace di condizionare l'azione, ed in definitiva di tradursi in occasione di arbitraria ed irrazionale compressione del diritto di agire in giudizio⁽²⁵⁾.

La riflessione sui rapporti tra la mediazione ed il c.d. principio dispositivo⁽²⁶⁾ deve essere condotta, in relazione al proseguimento del giudizio, su differenti binari a seconda che si prendano in considerazione i principi processuali, ad esso correlati, ovvero la natura del comportamento imposto alle parti affinché la condizione possa ritenersi adempiuta.

Quanto alla relazione tra principio della domanda e condizione di procedibilità, nei casi in cui l'espletamento del tentativo di mediazione è *condicio sine qua non* del giudizio, occorre chiedersi se sia indispensabile la piena coincidenza tra le questioni trattate in mediazione e l'oggetto della successiva domanda giudiziale⁽²⁷⁾. In realtà sembra più logico osservare il problema della corrispondenza tra contenuto della mediazione e processo in relazione al verbale redatto dal mediatore all'esito del c.d. primo incontro, la cui espletazione sembra sufficiente per ritenere adempiuta la condizione di procedibilità, come meglio vedremo nel proseguo.

In realtà, l'esigenza che il contenuto minimo dell'istanza di mediazione consenta l'esatta individuazione del diritto che si fa valere è ricollegata alla parziale equiparazione *quod effectum* della domanda di mediazione alla domanda giudiziale *ex art. 6, comma 5°, d.lgs n. 28 del 2010*⁽²⁸⁾.

Qualora la domanda giudiziale risulti più ampia dell'istanza di mediazione, e l'ampliamento ricada su questioni per le quali è prevista l'obbligatorietà del tentativo, è necessario effettuare una distinzione. Nel caso di nuove domande attoree non vi è dubbio che esse siano soggette al previo esperimento del tentativo; invece, nel caso di riconvenzionali nuove proposte dal convenuto o da un

⁽²⁴⁾ Su cui era sorta una disputa tra chi riteneva il contenzioso riguardante le a.s.l. già ricompreso nella generica formula <<responsabilità medica>>, potendosi intendere con essa tutte le forme di responsabilità che derivano dall'esercizio e svolgimento della professione e dell'assistenza sanitaria (Trib. Siena, (ord.) 11 luglio 2011), e chi all'opposto la riteneva limitata al solo operatore sanitario (Trib. Varese, 20 dicembre 2011); TRISCARI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in *Codice comm. della mediazione*, a cura di Ruscetta-Caradonna-Giorgetti, Milano, 2014, p. 81.

⁽²⁵⁾ ROSSI, voce *Conciliazione (Dir. proc. civ.)*, in Enc. giur. Treccani, VII, Roma, 1991, p. 8.

⁽²⁶⁾ Riferito al generale principio dispositivo sostanziale che si giustappone a al principio di disponibilità delle prove, di natura più tipicamente processuale, come d'altro canto risulta evidente per DELLA VEDOVA, *L'esperimento del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità. La disponibilità della tutela dei diritti*, in AA.VV., *La mediazione. Profili sistematici e potenzialità applicative*, a cura di Bulgheroni-Della Vedova, Roma, 2012, p. 99, discutendosi della modalità di tutela eventuale (o alternativa) di diritti disponibili.

⁽²⁷⁾ La risposta affermativa sembra coerente con il tenore letterale della disposizione, poiché l'onere del preventivo tentativo di mediazione è stato contemplato con specifico riguardo alla domanda; tuttavia di contrario avviso è ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 565 ss.; ritiene necessario il riferimento al verbale VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in AA. VV., *La nuova mediazione*, a cura di Falco-Spina, Milano, 2014, p. 228; DIANA, *Condizione di procedibilità, procedimento, conciliazione*, in *Manuale della nuova mediazione e conciliazione giudiziale*, a cura di Ferri, Torino, 2014, p. 144, non risparmia un rilievo negativo rispetto l'utilizzo da parte del legislatore di un linguaggio eccessivamente processualizzato; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pp. 162 e 256 ss.

⁽²⁸⁾ Cioè per i soli profili dell'interruzione della prescrizione e dell'impedimento (per una sola volta) della decadenza, v. MURINO, in *Comm. C.p.c.*, a cura di Consolo, Milano, 2013, *sub* d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, p. 2360; ha rilevanza anche per taluni profili collaterali, prevalentemente - anche se non esclusivamente - collegati all'esito negativo del procedimento di mediazione, come ad esempio la determinazione delle indennità dovuta all'Organismo di mediazione VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, cit., p. 145; si esclude però una formulazione delle domande analoga a quella richiesta per la domanda giudiziale: LUPOLI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *www.iudicium.it*, 1 gennaio 2012, § 2.

terzo, la dottrina prevalente sembra escludere la condizione di procedibilità⁽²⁹⁾, sebbene più di recente alcuni giudici di merito si siano orientati in senso opposto⁽³⁰⁾.

Sotto il profilo tecnico giuridico, la condizione di procedibilità può essere ricondotta alla categoria dei presupposti processuali⁽³¹⁾, ossia una condizione che deve sussistere per poter pervenire alla decisione di merito della controversia, ma per comprenderne a pieno l'essenza occorre considerare la conseguenza del suo mancato rispetto. Infatti, ai fini dell'individuazione del tipo di condotta richiesta alle parti che intendano proporre un giudizio di responsabilità medico-sanitaria, il problema consiste nel comprendere l'esatta portata dell'obbligo ad esse imposto.

Il nuovo modello italiano di mediazione obbligatoria viene mitigato dal meccanismo del c.d. opt-out⁽³²⁾, ossia la possibilità di abbandonare la procedura nel corso del primo incontro con il mediatore, senza costi aggiuntivi. Nella precedente formulazione le parti potevano evitare di instaurare il procedimento di mediazione, assoggettandosi alla disciplina <<sospensiva>>⁽³³⁾ del processo instaurato senza l'esperimento della preventiva condizione di procedibilità, che consiste nel rinvio dell'udienza oltre il termine legale di durata della mediazione (ora ridotto a 3 mesi). La situazione appare mutata con l'attuale art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 che, oltre a riproporre la precedente formulazione del comma 1° bis, in relazione al provvedimento giudiziale di rinvio dell'udienza, include un nuovo comma 2° bis, in base al quale <<quando l'esperimento del procedimento di

⁽²⁹⁾ DANOVÌ-FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, p. 140; LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 70, che in base alla *ratio* del tentativo obbligatorio di conciliazione ritiene ragionevole interpretare restrittivamente la disposizione; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, p. 142; TRISCARI, *Condizione di procedibilità*, cit. 97 ss., osserva che la contraria opinione, emersa più di recente anche nella giurisprudenza di merito, rischia di diventare uno strumento dilatorio della risoluzione giudiziale della controversia; per una sintesi delle diverse posizioni VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, cit., p. 230; per il precedente dibattito sulla lacuna relativa all'estensione della condizione di procedibilità anche alle domande diverse da quelle introduttive del giudizio, RONCO, *Appunti sulla domanda proposta da un convenuto contro l'altro*, in *Giur. it.*, 1999, XII, *passim.*; DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lg. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *www.judicium.it*; la persistente mancanza di un chiarimento legislativo sul punto è ancora più criticabile oggi: CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, p. 162, che evidenzia come dopo la riforma del 2013 la soluzione dell'esclusione della condizione per le domande diverse da quella introduttiva si giustifica per il potenziamento della c.d. mediazione disposta dal giudice, che potrebbe riattivare la condizione di procedibilità qualora ne ravvisi la necessità.

⁽³⁰⁾ Trib. Como, (ord.) 2 febbraio 2012; Trib. Firenze, (ord.) 14 febbraio 2012, in Trib. Roma, (ord.) 15 marzo 2012, tutte in *www.ilcaso.it*; in senso opposto, cioè di escludere che tutte le domande diverse da quella attorea siano ricomprese nell'ambito della mediazione obbligatoria Trib. Palermo, 11 luglio 2011, in *Giur. it.*, 2012, II, p. 2357, con nota di RUSSO.

⁽³¹⁾ Tuttavia, MANDRIOLI, in *Noviss. dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 784, nutre riserve sull'opportunità di utilizzare una categoria così generica per ipotesi troppo eterogenee.

⁽³²⁾ EUROCHAMBRES, *Mediation as a means to resolve disputes in civil and commercial matters*, aprile 2014, in *www.eurochambres.be*, p. 5; l'Unione Europea sostiene che quando la mediazione sia obbligatoria (per contratto, per decisione del giudice o della legge) l'obbligo per le parti dovrebbe limitarsi alla partecipazione in buona fede all'incontro con il mediatore con l'obiettivo di esaminare l'applicabilità della mediazione al caso specifico; in tutti i casi, le parti devono poter uscire quando vogliono e a costi ragionevoli: <<When mediation is made mandatory (by contract, a decision of the judge or the law), the obligation for the parties should be limited to the good faith participation in a meeting with the mediator with objective to explore the applicabilità of mediation to the specific case. In all cases, parties will be allowed to 'walk away' at any time and at reasonable cost>>; l'UE parla di <<ability for the parties to opt out at little or no cost during the first meeting>>, ovvero deve essere garantita la possibilità per le parti di poter uscire dal procedimento di mediazione a basso costo durante il primo incontro, pertanto si può definire tale modello di obbligatorietà come un modello di mediazione *opt-out*.

⁽³³⁾ Testualmente DELLA VEDOVA, *L'esperimento del tentativo*, cit., p. 100, il quale, proprio in virtù della previsione del rinvio dell'udienza, già nel vigore della precedente disciplina riteneva più appropriata l'espressione <<mediazione necessaria>>, in luogo di obbligatoria; in realtà già allora non era unanimemente condivisa la qualificazione in termini di sospensione, ma vi era chi parlava di mero differimento dell'udienza: VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, cit., p. 227.

mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinnanzi al mediatore si conclude senza l'accordo>>.

Il tenore di tale disposizione sembra non lasciare spazio a dubbi in ordine alla necessaria partecipazione delle parti ad un primo incontro davanti al mediatore e sarà, dunque il verbale negativo dello stesso a fornire la "prova" dell'avveramento della condizione, consentendo di procedere in giudizio. Proprio per questa ragione sembra ancora fondata la verifica della tenuta costituzionale della norma con riguardo all'art. 24 cost.

L'armonizzazione dell'istituto con la tutela costituzionale accordata al diritto d'azione determina precisi riflessi sulle relazioni tra lo strumento conciliativo ed il processo⁽³⁴⁾. Vedremo in seguito come la modalità di conduzione del primo incontro possa contribuire all'accelerazione del successivo giudizio, ad esempio, anche rispetto all'opportunità che il verbale di mancato accordo renda un quadro degli aspetti della controversia rimasti insoluti ed eventualmente di quelli che, invece, abbiano ricevuto definizione⁽³⁵⁾.

Secondo la configurazione del procedimento di mediazione derivante dalla novella del 2013, il primo incontro dovrebbe essere considerato come momento non ancora inserito nello svolgimento vero e proprio dell'attività di mediazione⁽³⁶⁾; certamente, però, si è visto che esso costituisce un momento fondamentale, in quanto è con il suo verificarsi che si realizza la condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, comma 2° *bis*, d.lgs. n. 28 del 2010.

Ad una prima lettura, perché sia soddisfatta la condizione, sembrerebbe sufficiente che al primo incontro le parti dichiarino di non voler partecipare alla procedura di mediazione, e quindi di procedere in giudizio. Tuttavia, in base al confronto con l'art 5, comma 2°, inerente alla mediazione delegata, è possibile dedurre l'estrema opportunità che le parti svolgano in quella sede un concreto tentativo di mediazione, configurando il primo incontro come una vera e propria mediazione a cui le parti devono partecipare obbligatoriamente ed attivamente, non soltanto formalmente⁽³⁷⁾. In sostanza, le stesse dovrebbero addurre un valido motivo ostativo al procedere in mediazione perché, altrimenti, iniziato il processo, sarà il giudice ad inviarle di nuovo in mediazione. Recentemente, tale linea di pensiero è stata seguita da alcuni giudici di merito⁽³⁸⁾, indubbiamente forti sostenitori dell'istituto, che evidenziano come una diversa interpretazione ridurrebbe l'espletamento della condizione di procedibilità ad un inutile adempimento burocratico, con il rischio di rendere irragionevole la dilazione del processo civile, che al contrario sarebbe giustificata solo quando un tentativo di mediazione sia effettivamente svolto.

⁽³⁴⁾ ROSSI, voce *Conciliazione*, cit., p. 8.

⁽³⁵⁾ DIANA, *Condizione di procedibilità, procedimento, conciliazione*, cit., p. 155.

⁽³⁶⁾ Circolare ministeriale del 27 novembre 2013, in *www.giustizia.it*; di opinione contraria il Trib. Firenze, (ord.) 19 marzo 2014, n. 2010 in *Lex24 Omnia*, secondo cui <<all'art 5, comma 5° *bis*, si parla di primo incontro concluso senza l'accordo. Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di mancato accordo se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria>>.

⁽³⁷⁾ MARTELLO, *Il giudice civile di fronte alla mediazione. La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna*, in *www.judicium.it*, (28.4.2014), p.18, il quale da adito di un recente orientamento del Tribunale fiorentino, che ha ritenuto <<che l'ordine del giudice non sia osservato allorquando i soli difensori compaiano davanti al mediatore esclusivamente per dichiarare il rifiuto di procedere oltre, ed ottenere il c.d. verbale negativo necessario per agire in giudizio>>, la contrario opinione, infatti, ridurrebbe il tentativo ad un mero adempimento formale privo di ogni efficacia e valore sostanziale; nello stesso senso CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, p. 280 ss., secondo la quale durante il primo incontro si potrebbero ipotizzare anche incontri separati, cioè un tentativo di mediazione facilitativa; cfr. *infra* cap. V.

⁽³⁸⁾ Trib. Firenze,(ord.) 17 marzo 2014; Trib. Firenze, (ord.) 19 marzo 2014, in *Lex24 Omnia*.

Secondo questa impostazione, dunque, con l'espressione secondo cui il mediatore invita le parti a esprimersi sulla <<possibilità di iniziare la procedura di mediazione>> ex art 8, comma 1°, d.lgs. n. 28 del 2010, si dovrebbe intendere la richiesta in ordine alla sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima, e non della volontà delle parti di utilizzare quello strumento, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa⁽³⁹⁾. Inoltre, è evidente che la soluzione adottata dal legislatore si ponga in linea con le altre ipotesi di c.d. giurisdizione condizionata già esistenti nel nostro ordinamento⁽⁴⁰⁾, prevedendo un meccanismo di sanatoria del vizio che non impone necessariamente di attendere tre mesi alla parte che ha comunque intenzione di adire il giudice, allorché il fallimento del tentativo di mediazione si sia già delineato nel corso del primo incontro tra le parti.

E' necessario attendere la seconda parte del lavoro, specificatamente dedicata agli strumenti alternativi di giustizia, per avventurarci nella questione dell'individuazione di ciò che si può definire quale tentativo di mediazione nelle controversie di responsabilità medico-sanitaria, dove si potranno tirare anche le fila del discorso in merito alla reale utilità deflattiva della mediazione. Il problema che si pone ora, invece, riguarda l'individuazione delle conseguenze nell'ipotesi in cui le parti non provvedano a presentare la domanda di mediazione nei quindici giorni fissati dal giudice, in altre parole cosa accade in caso di inadempimento dell'ordinanza giudiziale. Infatti, qualora alla prima udienza venga eccepita⁽⁴¹⁾ o rilevata la mancata proposizione del tentativo di mediazione, il giudice dispone il rinvio dell'udienza oltre il termine di tre mesi ed assegna, contestualmente, alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda⁽⁴²⁾. Ebbene, nell'evenienza in cui una o entrambe le parti compaiano senza dimostrare al giudice di aver avviato la conciliazione, l'art. 5 del decreto non sembra consentire altra soluzione che quella del rigetto in rito della domanda per sua improcedibilità⁽⁴³⁾.

Sembra opportuno, considerare anche il diverso profilo della mancata partecipazione della parte invitata al procedimento di mediazione⁽⁴⁴⁾, considerato che si tratta di un'evenienza assai probabile nel contenzioso sanitario dove, come approfondiremo in seguito, la pluralità di attori e l'eterogeneità degli interessi in gioco spingono spesso le assicurazioni, le strutture sanitarie o gli stessi medici, a disertare il tavolo di mediazione.

A fronte di tale comportamento il legislatore ha reintrodotta due diverse tipologie di conseguenze⁽⁴⁵⁾. L'una riguarda la valenza processuale del comportamento della parte, che può riflettersi anche

⁽³⁹⁾ Di contrario avviso DELLA VEDOVA, *L'esperimento del tentativo*, cit., pp. 98-100, il quale già con riferimento all'originaria formulazione del decreto affermava l'opportunità di una lettura che non imponesse un reale e concreto espletamento del tentativo, considerato che parlare di mediazione obbligatoria, e quindi di scelta di un mezzo di risoluzione alternativo, appare un controsenso evidente; d'accordo con una interpretazione meno formalistica CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, p. 281 ss., che mette in luce come le potenzialità della nuova formulazione dipendano in larga misura da come verrà utilizzato questo primo incontro.

⁽⁴⁰⁾ DE CRISTOFARO, in *Comm. C.p.c.*, a cura di Consolo, Milano, 2013, *sub* d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, pp. 2348-2349.

⁽⁴¹⁾ Per nuovo il differenziato regime dell'eccezione v. DE CRISTOFARO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 2346 ss.

⁽⁴²⁾ Che si ritiene abbia natura ordinatoria e non perentoria, quindi il mancato rispetto non determina il rigetto in rito MURINO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 2351.

⁽⁴³⁾ L'opinione è stata seguita da Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*, con imputazione delle spese di lite a chi ha dato impulso all'attività processuale, e da Trib. Roma, 26 marzo 2012, in *www.ilcaso.it*; la diversa soluzione della reiterazione all'infinito dell'ordine del giudice, seppur legittima a fronte del testo di legge, rappresenta un'eventualità patologica e improbabile, MURINO, in *Comm. C.p.c.*, cit., pp. 2351-2352; già LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, cit., § 3.

⁽⁴⁴⁾ Sul tema v. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *www.judicium.it*.

⁽⁴⁵⁾ Negli stessi termini in cui erano previste nell'originaria versione del d. n. 28 del 2010, solo temporaneamente venute meno in conseguenza della dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 5; già considerate eccessivamente

sul piano decisorio, ed è contemplata dall'art. 8, comma 4°*bis*, d.lgs. n. 28 del 2010, secondo cui <<dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c.>>; l'altra ⁽⁴⁶⁾, come prosegue la norma, sancisce la condanna per la parte che <<non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio>>.

La prima di tali conseguenze merita particolare attenzione in quanto è capace di creare un forte legame tra mediazione e processo, pur nella forma dell'incentivo alla partecipazione e collaborazione delle parti, piuttosto che dell'imposizione di un obbligo a partecipare ⁽⁴⁷⁾. Quanto al valore da attribuire agli argomenti di prova, occorre dare atto delle differenti opinioni che si confrontano nella giurisprudenza. Una prima tesi sostiene che la decisione del giudice non può essere fondata esclusivamente sull'art. 116 c.p.c. ⁽⁴⁸⁾, poiché tali circostanze hanno soltanto una funzione integrativa e rafforzativa di altre acquisizioni probatorie. Tuttavia, più di recente si va consolidando il diverso orientamento secondo cui non sarebbe rinvenibile alcun divieto di legge che precluda al giudice di fondare la sua decisione solo su tali circostanze, entro il limite della coerenza e logica motivazionale in relazione al caso concreto ⁽⁴⁹⁾.

E' necessario segnalare a proposito una recentissima pronuncia ⁽⁵⁰⁾, che costituisce un passaggio fondamentale nell'interpretazione e nell'applicazione della norma in discorso, secondo cui la mancata partecipazione non può giustificarsi con l'asserita fondatezza della propria tesi, richiedendosi in ogni caso una partecipazione effettiva. La mancata comparizione della parte regolarmente invitata in mediazione che non partecipi senza giustificato motivo, costituisce di regola elemento integrativo e non decisivo a favore della parte invitante. Si aggiunge però che, in relazione alle circostanze del caso concreto, gli argomenti di prova desumibili dalla mancata comparizione possono costituire integrazione di prove già acquisite, ovvero anche unica e sufficiente fonte di prova. Infatti, lo strumento offerto dall'art. 116 c.p.c non attiene alla vera e propria prova, ma al diverso piano degli elementi che il giudice valuta, nell'ambito delle prove libere, ai fini dell'accertamento del fatto; pertanto, l'efficacia deterrente di questo strumento è lasciata sostanzialmente alla discrezionalità del giudice ⁽⁵¹⁾.

rigorose: LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, cit., § 3; sulle possibili interpretazioni BOVE, *Le sanzioni per la mancata comparizione in mediazione*, in www.judicium.it.

⁽⁴⁶⁾ Già introdotta dalla l. n. 148 del 2011.

⁽⁴⁷⁾ L'obbligo propriamente inteso è prescritto per l'attore e non per il convenuto, DIANA, *Condizione di procedibilità, procedimento, conciliazione*, cit., pp. 157-158; si precisa anche che il comportamento omissivo della parte può essere valutato dal giudice solo se vi sia coincidenza tra istanza di mediazione e domanda giudiziale, cfr. *retro* nota 27.

⁽⁴⁸⁾ Cioè su circostanze alle quali la legge non assegna il valore di piena prova, v. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1036 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, pp. 190-195.

⁽⁴⁹⁾ Nel primo senso v. Cass., 27 agosto 2004, n. 17076, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce <<lavoro e previdenza>>, n. 120; di segno radicalmente opposto Cass., 1° aprile 1995, n. 3822, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce <<prova civile in genere>>, n. 32; si segnala comunque che la più moderna dottrina e giurisprudenza tende sempre più a riconoscere efficacia probatoria autonoma agli argomenti di prova, sebbene ciò dipende dal caso concreto, per gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali v. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 1116.

⁽⁵⁰⁾ Trib. Roma, 29 maggio 2014, n. 14521, in *Guida dir.*, n. 24, 2014, p. 2; che conferma il rigore auspicato da CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, p. 126, poiché la partecipazione al primo incontro è volta proprio a verificare se vi siano degli spazi di possibile mediazione.

⁽⁵¹⁾ La pronuncia riveste, altresì, un'importante significato in ordine all'ulteriore conseguenza, che laddove applicata rientra tra le sanzioni più incisive e incentivanti la mediazione, secondo cui l'irragionevole e ingiustificato rifiuto, sia della proposta conciliativa del giudice sia dell'invito a partecipare alla mediazione delegata, possano condurre a ritenere sussistente una responsabilità aggravata di cui all'art. 96, comma 3°, c.p.c.

1.1 L'obbligatorietà della mediazione tra vecchi problemi e nuove soluzioni.

La mediazione come condizione di procedibilità, prescindendo per un momento dai profili tecnico-processuali, di per sé non comporta necessariamente una violazione dell'art. 24 cost., che è invece legata alla configurazione legislativa dell'istituto e agli aggravati che ne derivano per le parti.

Tra il primo intervento legislativo del 2010 e la recente novella del 2013, come accennato, si è inserita la pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2012, che ha inevitabilmente inciso sulle successive scelte del legislatore.

Ritengo inopportuno ricostruire in questa sede i dettagli del travagliato dibattito che la previsione ha suscitato, fin dalla sua entrata in vigore; tuttavia, appare necessario riportare, in sintesi, le ragioni che hanno indotto la dottrina prevalente, la categoria forense ed alcuni giudici di merito a tacciare di incostituzionalità alcune norme del decreto, sollevando le relative questioni dinanzi alla Corte costituzionale⁽⁵²⁾, per constatare se possano ritenersi superate dall'intervento legislativo conseguente alla declaratoria di incostituzionalità.

L'argomento principe di chi avversa la normativa, come noto, è legato proprio all'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e alla sua configurazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁽⁵³⁾. Nonostante il giudice delle leggi abbia affermato la compatibilità con la costituzione di <<filtri>> alla tutela giurisdizionale, se previsti per la salvaguardia di interessi generali e non comportanti l'improponibilità assoluta della domanda⁽⁵⁴⁾, dottrina e giurisprudenza non hanno smesso di interrogarsi sulla legittimità costituzionale delle forme di giurisdizione condizionata⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Tra i rimettenti il più noto e commentato è il Tar Lazio, (ord.) 12 aprile 2011, n. 3202, in *Riv. arb.*, 2011, p. 99 ss., con nota di CORBI, il quale, chiamato a pronunciarsi sul regolamento attuativo della mediazione e conciliazione obbligatoria (d.m. n. 180 del 2010), ha dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010, in relazione agli artt. 24, 76 e 77 cost., avanzata dall'organismo unitario dell'avvocatura, da diversi consigli dell'ordine degli avvocati e da varie associazioni forensi; la questione di costituzionalità ha investito anche l'art. 16: sul punto v. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. giur.*, p. 1001 ss.; successivamente, le medesime questioni sono state ripetute da numerose corti di merito, le più note sono: G.d.p. Parma, (ord.) 1° agosto 2011, in *Guida dir.*, 2011, p. 10; G.d.p. Catanzaro, (ord.) 1° settembre 2011, in *Guida dir.*, 2011, p. 10; Trib. Genova, (ord.) 18 novembre 2011, in *Arch. locazioni*, 2012, p. 186; il giudizio di non manifesta infondatezza della legittimità costituzionale dell'istituto non è però condiviso da tutti i giudici di merito: cfr. Trib. Lamezia Terme, 1° agosto 2011, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁵³⁾ Tra i tanti v. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 142; sulla critica alla mediazione obbligatoria nella responsabilità medica v. BONA, *R.C. medica e <<mediazione obbligatoria>>: critiche al modello governativo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 595 ss.; COMANDÈ, *La mediazione in responsabilità sanitaria: dal <<pacco avvelenato>> alla <<giustizia alta>>*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 309 ss.

⁽⁵⁴⁾ V. Corte. cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2148, che ha riconosciuto la legittimità costituzionale del tentativo obbligatorio di conciliazione nel rito del lavoro, individuando gli «interessi generali» sia nell'esigenza di alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari sia nel favorire una maggiore effettività e celerità di tutela. Vari aa. ricordano come, in effetti, la Corte in più occasioni abbia affermato la legittimità dei c.d. *a.d.r. methods*; da ultimo Corte cost., 26 ottobre 2007, n. 355 e Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 436: cfr. MASONI, *Il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1223; VIOTTI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa a valenza strategica*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1242.

⁽⁵⁵⁾ Si tratta di fattispecie caratterizzate <<dalla subordinazione della proponibilità della domanda giudiziale all'espletamento di determinate formalità previste dalla legge in contemplazione di un interesse (generale) che si reputa in qualche modo danneggiato da un'intempestiva azione>>: così TOMMASEO, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, 2000, p. 186; si segnalano alcuni principali contributi: PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, p. 339 ss.; ROSSI, voce *Conciliazione*, cit., p. 8; BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988, p. 227; COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 341; sui vari profili concernenti la costituzionalità della nuova disciplina cfr. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. lgs. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 54; CAPONI *La mediazione*

Le proteste nei confronti di questa particolare modalità di funzionamento della mediazione nostrana hanno spaziato su più fronti:

a) con riferimento alla violazione del principio di accesso alla tutela giurisdizionale (art. 24 cost., art. 6 cedue e art. 47 carta di Nizza) ⁽⁵⁶⁾;

b) sul piano della violazione del principio di uguaglianza delle parti (art. 3 cost.) ⁽⁵⁷⁾;

c) in relazione, infine, al vizio di eccesso di delega (artt. 76 e 77 cost.), stante il silenzio del legislatore delegante in punto di obbligatorietà della mediazione ⁽⁵⁸⁾.

La risposta della Corte non riguarda esplicitamente le censure sostanziali indicate *sub a)* e *b)*, quanto piuttosto un vizio formale del decreto legislativo, di cui *sub c)*, per avere il governo legiferato in difetto di delega e, quindi, in violazione dell'art. 76 cost. ⁽⁵⁹⁾.

La scelta di non prendere espressamente posizione in relazione ai profili sostanziali, prediligendo la tecnica dell'assorbimento, seppur discutibile ⁽⁶⁰⁾, suggerisce di osservare il rapporto tra procedure obbligatorie di composizione delle liti e garanzia dell'accesso alla giustizia, attenendoci ai principi ricavabili dalla giurisprudenza, sinora edita, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia europea ⁽⁶¹⁾.

Entrambe le corti giustificano limitazioni al diritto d'azione a condizione che la compressione sia, non soltanto rispondente a obiettivi di pubblico interesse, ma altresì proporzionata al perseguimento degli stessi.

obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità, in *www.judicium.it*, che reputa utile la mediazione in chiave deflazionatoria, soltanto in quei sistemi giuridici dove la giustizia ordinaria è in grado di offrire una risposta sanzionatoria in tempi brevi; cfr. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 142; altri hanno affermato l'inadeguatezza della mediazione quale rimedio alla crisi della giustizia: v. BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 447 ss.; anche chi era più ottimista sulla legittimità del decreto ne poneva in risalto i punti critici, VIOTTI, *le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1944 ss.

⁽⁵⁶⁾ SERGES, *La <<mediazione civile>> e la Costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza Tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, in *Dir. e soc.*, 2011, p. 569 ss.; SCARSELLI, *L'incostituzionalità*, cit., loc. cit.; già prima della rimessione della questione alla Corte v. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 621; BOVE, *La riforma in materia di conciliazione, tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*; PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, cit., p. 339 ss.; DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lg. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *www.judicium.it*; MONTELEONE, *La mediazione «forzata»*, in *www.judicium.it*; ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *www.judicium.it*. In senso contrario v. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010, p. 1 ss.

⁽⁵⁷⁾ Evidenziato dal G.d.p. Catanzaro, (ord.) 1° settembre 2011, cit., in relazione al profilo dei costi della mediazione, oggi però il problema può dirsi superato a seguito delle modifiche introdotte dal d.m. n. 145 del 2011 all'art. 16, d.m. n. 180 del 2010, ancor più con le novità introdotte dal d.m. n. 139 del 2014 che ha reso quasi gratuito il primo e solo incontro obbligatorio; il profilo dei costi è stato più correttamente correlato alla violazione dell'art. 24 cost. da SERGES, *op. cit.*, p. 590 ss.; e da SCARSELLI, *L'incostituzionalità*, cit., c. 55, le cui osservazioni devono essere comunque riviste alla luce delle novità del 2013.

⁽⁵⁸⁾ BOVE, *La riforma*, cit., loc. cit.; ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 565 ss.; in senso contrario v. DOSI, *La mediazione civile come condizione di procedibilità della domanda giudiziale (ma non più nel rito del lavoro)*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 330 ss.; CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 354; VIOTTI, *Le questioni*, cit., p. 1944; CALIFANO, *Procedura*, cit., p. 12.

⁽⁵⁹⁾ In realtà, leggendo le motivazioni della sentenza potevano già trarsi delle conclusioni circa il fatto che non solo la legge delega, ma neppure la normativa europea legittima un sistema di mediazione obbligatoria come quello congegnato dall'originario d.lgs. n. 28 del 2010; questa, probabilmente, è la ragione dell'intervento correttivo del 2013.

⁽⁶⁰⁾ V. LISENA, *Nota a margine della sentenza n. 293 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2011, p. 204 ss.

⁽⁶¹⁾ Corte giust., 18 marzo 2010, n. 317: v. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2010, XII, p. 2585 ss.; per la giurisprudenza costituzionale sulla legittimità della giurisdizione condizionata v. DOSI, *op. loc. ultt. citt.*; cfr. nota 14.

L'insufficiente competenza e professionalità del mediatore, la mancata determinazione di criteri per individuare l'organismo cui proporre la domanda, la presenza di forme di coazione indiretta delle parti a concludere l'accordo ed i costi non irrilevanti del procedimento, erano i profili della normativa nazionale che, messi in correlazione con l'obbligatorietà della procedura, avevano comprensibilmente fondato i menzionati dubbi di legittimità, rendendo evidente l'eccessiva sproporzione tra la limitazione di accesso alla tutela e l'obiettivo deflazionatorio e di semplificazione perseguito dal decreto.

C'è da chiedersi se oggi, con la reintroduzione dell'obbligatorietà e le altre modifiche apportate al d.lgs. n. 28 del 2010, le criticità della normativa restino, degradando a indici di probabile fallimento di qualsiasi intento promozionale dello strumento.

I tentativi legislativi di rimediare ad alcuni degli aspetti più critici al vaglio della Consulta, limitando le spese del procedimento e ancorando i criteri di scelta del mediatore alla sua competenza professionale (d.m. n. 145 del 2011)⁽⁶²⁾, nonché introducendo un sistema di sanzioni ed incentivi volti ad arginare fenomeni di diserzione della mediazione (d.l. n. 138 del 2011, convertito con modifiche in l. n. 148 del 2011)⁽⁶³⁾, non sembrano stati vani.

Come più volte menzionato, la l. n. 98 del 2013 ha superato la dichiarazione di incostituzionalità delle previsioni in materia di c.d. mediazione obbligatoria, rendendo obsoleta qualunque disquisizione sulle conseguenze della declaratoria d'incostituzionalità ed introducendo ulteriori novità, il cui successo sarà vagliato nel proseguo⁽⁶⁴⁾. Come già osservato, invece, i meccanismi di raccordo tra mediazione e processo di tipo sanzionatorio o impositivo, che consentono al giudice di valutare il comportamento delle parti e di sanzionarlo in vario modo, sono stati pedissequamente reintrodotti, ed è ancora attuale, pertanto, chiedersi se viene sacrificato eccessivamente il ruolo dell'autonomia privata.

In realtà, è stato rilevato come non sia possibile rinvenire nella legge un principio di incompatibilità verso forme di mediazione imposte dall'ordinamento⁽⁶⁵⁾, e neppure un contrasto con il contesto comunitario⁽⁶⁶⁾; ma, al contrario, la compatibilità con il precetto costituzionale dell'art. 24 risulterebbe già assicurata dall'indicazione di un periodo massimo di durata della fase conciliativa (oggi ridotto a 3 mesi) e dall'anticipazione degli effetti della domanda giudiziale⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶²⁾ Una valorizzazione della professionalità del mediatore è presente nel nuovo art. 7, comma 5°, lett. e, d.m. n. 180 del 2010, e nell'art. 4, comma 3°, lett. b); quanto al contenimento dei costi, significativa è l'aggiunta, all'art. 16, comma 14°, della possibilità di derogare agli importi minimi delle indennità previste dallo stesso decreto.

⁽⁶³⁾ Con la c.d. manovra di ferragosto si è intervenuti sull'art 8, comma 5°, d.lgs. n. 28 del 2010 e sull'art. 16, comma 4°, lett. e, d.m. n. 180 del 2010.

⁽⁶⁴⁾ In particolare, è stato modificato il campo d'applicazione della condizione di procedibilità, le tempistiche della procedura, è stata individuata la competenza territoriale dell'organismo di mediazione ed è stato previsto, sia nel caso di procedimento obbligatorio che facoltativo, che l'accordo di mediazione sottoscritto anche dagli avvocati di tutte le parti abbia efficacia di titolo esecutivo senza ulteriori passaggi, ed infine è stata introdotta l'obbligatoria assistenza dell'avvocato per i casi di mediazione obbligatoria, di cui si darà conto nel dettaglio *infra* cap. V, in sede di analisi del modello proposto.

⁽⁶⁵⁾ DANOVÌ-FERRARIS, *La cultura della mediazione*, cit., p.68; già sapientemente chiarito da LA CHINA, voce *Procedibilità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 802.

⁽⁶⁶⁾ Che all'art 5 della direttiva n.52 del 2008 lascia <<impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario>>; cfr. anche COMOGLIO, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *La mediazione*, cit., p. 17 ss.

⁽⁶⁷⁾ Come precisato da LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 380 ss.; v. anche CARPI, *Aspetti processuali della legge sui contratti agrari*, *Atti del convegno di Verona (16 aprile 1983)*, Padova, 1984, p. 61 ss. e spec. p. 67, con riguardo alla conciliazione obbligatoria ex art. 46 l. 203 del

Inoltre, il nuovo meccanismo già esaminato, che chiede alle parti di iniziare una procedura di mediazione, ma dà loro la possibilità di ritirarsi senza (rilevanti) spese, sembra intenzionalmente adeguarsi alle indicazioni provenienti dal legislatore europeo ⁽⁶⁸⁾. La formula del primo incontro obbligatorio, infatti, non rappresenta una novità assoluta, ma somiglia al dettato comunitario di cui all'art. 5 dir. Ue n. 52 del 2008, dove si prevede addirittura l'invito da parte del giudice alla <<partecipazione ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione>>. Peraltro, come visto, l'omissione del compimento di quanto previsto come condizione di procedibilità non comporta una definizione in rito della controversia, ma è sempre consentita la sanatoria ⁽⁶⁹⁾. Da ciò è possibile evincere che al mancato esperimento della mediazione *ante causam* non conseguono irragionevoli impedimenti all'esame giudiziale della domanda, bensì un mero rallentamento, peraltro minimo, rispetto alla prassi ordinaria del processo. Inoltre, si tenga presente che l'obbligo del previo esperimento della mediazione si trova ancora in fase sperimentale (*ex art. 5, comma 1° bis*), decorsa la quale il legislatore potrebbe ricondurre il ricorso alla mediazione all'esclusiva volontà delle parti. La mediazione mira ad evitare che ogni controversia si trasformi in contenzioso giudiziario, e ciò in ossequio al principio di proporzionalità nell'utilizzo delle risorse giudiziarie, che ha una ricaduta sia sui costi a carico della collettività, sia sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo ⁽⁷⁰⁾. In sostanza l'imposizione sembra necessaria laddove si vuole rendere tale strumento effettivo e capace di portare in breve tempo risultati concreti ⁽⁷¹⁾.

La legge del 2013 non chiude, comunque, la partita in ambito nazionale; è ancora attesa, infatti, la prossima mossa da parte della Corte di Giustizia europea ⁽⁷²⁾, che sarà capace di indirizzare i futuri interventi legislativi. Sarà interessante osservare i prossimi movimenti del legislatore anche alla luce di un'interpretazione conforme alle fonti europee ⁽⁷³⁾, poiché, anche se si volesse rinunciare

1982, esclude l'incostituzionalità della norma <<in quanto il cittadino non è certo privato in assoluto dell'accesso alla giustizia ed anzi il condizionamento è ragionevolmente ancorato all'esigenza di favorire la "giustizia conciliativa" >>.

⁽⁶⁸⁾ Commissione europea nel parere del 2 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*, la quale ha ritenuto che la dir. Ce n. 52 del 2008, letta alla luce dell'art. 47 cedu, sia ostativa ad una mediazione di tipo obbligatorio caratterizzata da costi eccessivi e da sanzioni economiche in grado di incidere, in maniera sproporzionata, sull'effettività della tutela.

⁽⁶⁹⁾ DE CRISTOFARO, in *Comm. C.p.c.*, cit., pp. 2346-2347; TRISCARI, *Condizione di procedibilità*, cit., p. 77 ss.

⁽⁷⁰⁾ Come precisato dalla stessa Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, cit.

⁽⁷¹⁾ Tale lettura è condivisa anche dal primo presidente della Corte di Cassazione, dott. Lupo, come espresso al convegno *Il giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione: modelli, esperienze e proposte*, tenutosi presso la Corte d'Appello di Milano il 6 giugno 2012; in realtà un profilo di dubbia legittimità sembra residuare, tuttavia, con riferimento alla generalizzazione del campo d'applicazione della condizione di procedibilità: MURINO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 2337; NELA, *Il procedimento. Le regole*, in AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di Besso, Torino, 2010, p. 265 nota 4.

⁽⁷²⁾ La Corte Ue, 27 giugno 2013, C-491/2011, *Di Donna c. Società imballaggi metallici Salerno S.r.l.*, ha dichiarato il non luogo a procedere in merito alle contestazioni alla legge nazionale sollevate in relazione ad alcune disposizioni della dir. Ce n. 52 del 2008, cit. (in ordine cronologico, si segnala l'ordinanza di rimessione del Trib. Palermo, sez. Bagheria, (ord.) 16 agosto 2011, in *Guida dir.*, 2011, p. 12, e del G.d.p. Mercato San Severino, (ord.) 21 settembre 2011, in *Guida dir.*, 2011, p. 12); il non luogo a procedere è dipeso dal fatto che la Corte si è trovata ad esaminare la questione dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 del decreto ma pochi giorni prima del varo del c.d. decreto del fare che l'ha reintrodotta; tra le questioni rinviate alla Corte vi era quella di aver previsto una mediazione obbligatoria particolarmente costosa, evidenziato in uno dei primi commenti *post consulta* da GASPERINI, *op. loc. ultt. citt.*, ma la posizione che questa potrà assumere in merito potrebbe ora mutare in considerazione della nuova configurazione del primo incontro gratuito, sulla scia di Corte giust., 18 marzo 2010, n. 317, in *Giur. it.*, 2010, XII, p. 12, con nota di BESSO, che valuta positivamente la normativa italiana che impone la conciliazione nel settore delle telecomunicazioni in quanto totalmente gratuita.

⁽⁷³⁾ A tal proposito, una prima indicazione interpretativa è stata già fornita dalla Commissione europea nel parere del 2 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*, cit. Per un raffronto fra la disciplina europea della conciliazione ed il decreto delegato italiano v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, p. 657; CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, *passim*; BUFFONE, *Mediazione e conciliazione, tutte le novità in vigore dal 20 marzo 2010*, in *Il civilista*, 4, Milano, 2010, p.8,

all'obbligatorietà ed ai meccanismi sanzionatori annessi, egli dovrà escogitare un adeguato sistema di incentivi per non perdere il lavoro sinora compiuto ⁽⁷⁴⁾. La disciplina europea non si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, al contrario, gli atti comunitari che si sono susseguiti nel tempo dimostrano la volontà concreta di risolvere la crisi dell'accesso alla giustizia e di ottenere risultati pratici. Considerata, inoltre, l'evoluzione repentina del contesto socio-economico, l'informalità dell'*a.d.r.* è ritenuta un elemento necessario per farvi fronte, e fa parte di un'agenda generale di incentivo alla giustizia trasversale a tutti i settori ⁽⁷⁵⁾.

1.2 La *ratio* deflattiva del contenzioso: solo l'inizio del processo o una possibile soluzione del conflitto?

Si è accennato al fatto di come la cornice europea sia stata decisiva nella scelta del legislatore italiano di puntare sulla mediazione quale strumento capace di attuare <<una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida>> ⁽⁷⁶⁾. Si è anche osservato che non sembra più attuale né corretto ritenere che la c.d. mediazione obbligatoria non possa neppure essere qualificata come mediazione ⁽⁷⁷⁾, perché l'obbligatorietà riguarda solo l'attivazione del primo incontro, ma le parti restano libere di uscirne, anche immediatamente. A chi scrive sembra, dunque, che la nuova configurazione del primo incontro gratuito ⁽⁷⁸⁾ preservi il diritto di entrambe le parti di rivolgersi al giudice, offrendo anzi la possibilità di risolvere in anticipo e in modo semplificato la vertenza. Ciononostante, se è vero che la nuova veste dell'istituto non sacrifica irrimediabilmente il principio di accesso alla giustizia, è altrettanto vero che il filtro all'accesso per essere ragionevole non può abnegare l'effettività della tutela ⁽⁷⁹⁾, e dovrebbe almeno portare un beneficio a livello dei corollari del giusto processo ⁽⁸⁰⁾.

rileva che esiste <<un'osmosi tra legislazione statale e principi comunitari in materia di ADR, cosicché il Giudice italiano è vincolato alla c.d. *interpretatio jure communitario*: in presenza di significati giuridici diversi, deve preferire quello che attua (o attua meglio) il dettato europeo>>.

⁽⁷⁴⁾ Il quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia dell'Isdaci (in www.isdaci.it) fornisce la prima rappresentazione scientifica dell'impatto della mediazione nel primo anno di entrata in vigore degli strumenti introdotti dal d.lgs. n. 28 del 2010; la ricerca si occupa ancora di un momento di passaggio, poiché il d.lgs. n. 28 del 2010 risale a marzo e il d.m. n. 180 del 2010 è dell'ottobre dello stesso anno, ed i dati sono solo parzialmente rappresentativi dell'impatto della mediazione obbligatoria, ma avevano già consentito di trarre qualche conclusione: v. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.isdaci.it, p. 158; significativa l'opinione della BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2010: i risultati di una ricerca*, in www.isdaci.it, p. 41; v. anche il sesto e settimo rapporto in www.isdaci.it.

⁽⁷⁵⁾ Anche se l'interesse alla base della forte incentivazione da parte dell'Ue ha prettamente natura economica, infatti dagli anni settanta il problema dell'accesso alla giustizia fu oggetto di studio e di ricerca da parte della Comunità Europea che principalmente si occupò di risolvere la situazione in cui versavano i consumatori nelle controversie transfrontaliere, v. *infra* cap. IV.

⁽⁷⁶⁾ COMOGLIO, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *La mediazione*, cit., p. 13 ss.

⁽⁷⁷⁾ MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in www.judicium.it, § 3.

⁽⁷⁸⁾ Salvo il ragionevole costo per le spese di avvio, ai sensi dell'art 16 d.m. n. 180 del 2010 << è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40,00 per le liti di valore fino a 250.000 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate>>.

⁽⁷⁹⁾ Intesa in senso ampio, come attitudine dell'ordinamento processuale a consentire la soddisfazione piena, puntuale e integrale dell'interesse protetto dalla norma sostanziale e leso dal comportamento contestato, sul tema la letteratura è vastissima, basti segnalare la celebre definizione di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 39 ss.; COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1063 ss.; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2007, p. 10 ss.

⁽⁸⁰⁾ Si ricorda peraltro che ancor prima della modifica dell'art. 111 cost. il fondamento costituzionale del giusto processo era ricondotto allo stesso art. 24 cost.: SORDI, *Il giusto processo civile*, in *Servizio studi corte costituzionale*, in

Il d.lgs. n. 28 del 2010 si inserisce all'interno di un progetto di riforma della giustizia italiana che si vorrebbe più efficiente e competitiva. Le ragioni alla base della previsione dell'obbligatorietà, di cui da conto la stessa Relazione illustrativa al decreto, sono eterogenee come diverse sono le materie rientranti nel campo d'applicazione dell'obbligatorietà⁽⁸¹⁾, ma il minimo comune denominatore è rappresentato dall'intento deflattivo del contenzioso. Tuttavia, mentre in una prima fase le speranze riposte dal legislatore nell'effetto deflattivo sembravano essersi rivelate poco fondate⁽⁸²⁾, e sebbene non vi sia unanime fiducia nella buona riuscita di tale intento⁽⁸³⁾, le modifiche apportate dalla riforma del 2013 sembrano aver rilanciato l'istituto nella giusta direzione⁽⁸⁴⁾, anche se come vedremo residuano alcune perplessità. Inoltre, le previsioni dal forte intento pedagogico, volte a sanzionare quei comportamenti in contrasto con la clausola generale di buona fede⁽⁸⁵⁾, inducono i protagonisti del processo a procedere ad un tentativo effettivo e concreto per non incorrere in responsabilità⁽⁸⁶⁾. Se da una parte, dunque, la mediazione è stata imposta, dall'altra, la riforma ha voluto offrire alle parti la possibilità di migliorare anche sul piano etico i loro reciproci rapporti, con positive ricadute sul sistema nel suo complesso.

www.cortecostituzionale.it; la stessa giurisprudenza costituzionale esprime il rapporto tra la durata ragionevole dei processi e l'art. 24 Cost. (ord. n. 251 del 2003 e ord. n. 519 del 2002); si richiama anche una recente pronuncia in materia di arbitrato (Corte cost., n. 223 del 2013), valevole per tutte le forme alternative al processo.

⁽⁸¹⁾ Sintetizzate da MANIORSI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, in *La mediazione, profili sistematici e potenzialità applicative*, a cura di Bulgheroni-Della Vedova, Roma, 2012, p. 139 ss.

⁽⁸²⁾ LUISO, *Il quadro degli ADR in Italia nel biennio 2011-2012*, in Sesto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, Milano, 2013, p. 140.

⁽⁸³⁾ Sul dato storico dell'inutilità dei tentativi di conciliazione ai fini dello sfoltimento dei ruoli giudiziari e del numero delle liti v. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, in *www.judicium.it*, par. 2, che cita PISANELLI, *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865, testi e documenti per la storia del processo*, a cura di Picardi-Giuliani, Milano 2004, p. 5.

⁽⁸⁴⁾ Come mostra anche il recente studio del Parlamento europeo (cit. nota 24) che considera il nostro modello una *best practice* da estendere a tutti i paesi dell'unione e raccomanda, pertanto, una modifica delle normative nazionali sulla mediazione, o della stessa direttiva europea; in alternativa, a legislazione comunitaria invariata, lo studio suggerisce di utilizzare la teoria dell'«indice di relazione equilibrata» tra mediazione e processo, in base alla quale violerebbero la direttiva del 2008 tutti gli stati membri che omettessero di fissare una soglia minima di casi da avviare alla mediazione o che, avendo fissato tale soglia, non la raggiungessero; naturalmente, nel rispetto del principio comunitario della sussidiarietà, ciascuno stato potrà scegliere le politiche per raggiungere un'equilibrata relazione tra processi e mediazioni, ma in mancanza di risultati concreti e misurabili, la direttiva dovrebbe essere considerata come non rispettata. Seppure la dir. Eu n. 52 del 2008 abbia lasciato gli stati liberi di scegliere se rendere la mediazione obbligatoria o meno, lo studio considera del tutto insoddisfacenti i risultati raggiunti in tutti quei Paesi europei che sino ad ora hanno optato per la volontarietà del tentativo di conciliazione; i risultati raggiunti in Italia, invece, dimostrano che la mediazione può effettivamente contribuire a una soluzione stragiudiziale conveniente e rapida delle controversie; v. anche l'intervento della relatrice della direttiva sulla mediazione, ARLENE MCCARTHY, in occasione della conferenza internazionale *Il giusto rapporto tra giurisdizione e mediazione: modelli, esperienze e proposte* tenutasi presso la Corte d'Appello a Milano il 6 giugno 2012.

⁽⁸⁵⁾ La stessa previsione contenuta nell'art. 7 del decreto sembra armonizzarsi con questa logica: l'esclusione del periodo di durata della mediazione dal computo della ragionevole durata dei processi (ex art. 2 l. n. 89 del 2001) evita anche l'utilizzo strumentale del termine di tre mesi per sostenere il proprio diritto all'equa riparazione v. REGIS, *Effetti sulla ragionevole durata del processo*, in *Cod. comm. della mediazione civile*, Milano, 2014, p. 128; la disciplina che impiega il riparto delle spese del giudizio come strumento per promuovere determinate condotte e disincentivarne altre, si può leggere anche nella prospettiva più proficua dell'abuso del processo per DE LUCA, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2011, p. 403 ss.

⁽⁸⁶⁾ La nuova disciplina chiede uno sforzo di ripensamento e di adattamento dei compiti a tutti i professionisti e alle parti, allo scopo di contrastare quel *modus procedendi* che impedisce la risoluzione rapida e cosciente delle controversie; «Viene chiesta una condotta processuale responsabile e leale, pervenendo così a stigmatizzare comportamenti irragionevoli, superficiali, preconetti, anodini, disinteressati, deresponsabilizzati che non trovano alcuna giustificazione in un processo che non si limita più a condurre le parti a una sentenza, ma le invita a considerare gli spazi conciliativi» MARINARO, *Il rifiuto dell'assicurazione di partecipare all'incontro è un "ingiustificato motivo" che pesa ai fini probatori*, in *Guida dir.*, n. 24, 2014, p. 14.

In materia di responsabilità medica lo scopo è stato principalmente quello di facilitare la gestione del contenzioso, solo di conseguenza si apprezza la *ratio* deflattiva, anche considerata la massificazione di questo genere di contenzioso avvenuta nell'ultimo decennio⁽⁸⁷⁾. Tali cause, infatti, sono state ricondotte nell'ambito di operatività della condizione di procedibilità non solo per esigenze di carattere deflattivo, ma anche in ragione della conflittualità dei rapporti da cui traggono origine, rispetto ai quali si ritiene particolarmente fertile il terreno della composizione stragiudiziale del conflitto.

Gli elementi che caratterizzano tali controversie sono l'assoluta rilevanza di questioni di carattere tecnico, la verosimile sussistenza di una pluralità di parti, e conseguentemente la possibilità di una pluralità di controversie collegate, e generalmente la presenza di un soggetto <<istituzionale>>, che sia un'impresa di assicurazione o una struttura sanitaria, come meglio vedremo nei paragrafi seguenti⁽⁸⁸⁾.

A prescindere da eventuali perplessità sulla scelta del legislatore, tale valutazione di opportunità non può essere compresa se non si esaminano i problemi che caratterizzano questo particolare contenzioso. Esso viene descritto come una moderna forma di conflittualità sociale⁽⁸⁹⁾, acuitasi fino a rendere luogo comune il paradosso secondo cui il progresso in medicina avrebbe aumentato i processi contro i medici⁽⁹⁰⁾. Tale asserzione descrive quanto fosse complicato, e quanto lo sia ancora, il rapporto tra medicina e giustizia. Questi conflitti sembrano avere radici profonde, solo in parte legate al continuo progresso scientifico della medicina, che ha creato maggiori aspettative negli utenti. È del tutto fuorviante, tuttavia, attribuire in via prevalente l'aumento del contenzioso al mito dei cittadini "aggressivi" nei confronti della classe medica, spesso rappresentati come affetti da irrealistiche aspettative nei confronti della scienza. I fattori cui può imputarsi l'aumento del contenzioso in materia, invece, sono principalmente di altra natura e spesso sono legati a reali disfunzioni del sistema sanitario⁽⁹¹⁾. Inoltre, si deve tener conto che ad elevare il tasso di contenzioso nel settore medico ha contribuito l'evoluzione giurisprudenziale, alquanto sbilanciata a sfavore dei medici e delle strutture, molto spesso anche senza un reale fondamento di responsabilità, ma alimentata dal mero accadimento di inevitabili eventi avversi⁽⁹²⁾.

Il concetto di deflazione del contenzioso viene spesso male inteso, nel senso che il problema non è dato dal fatto che bisogna ridurre il numero delle controversie pendenti ad un livello accettabile per la sostenibilità del sistema giudiziario, così come oggi strutturato, cioè con le risorse che attualmente è possibile destinarli⁽⁹³⁾. Al contrario, il corretto modo di intendere l'esigenza di ridimensionamento del contenzioso è quello di attenuarne la conflittualità e prevenirne la pretestuosità, spesso alimentata dall'illusione che solo il processo possa garantire una maggiore

⁽⁸⁷⁾ MANIORI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, cit., pp. 140 e 141.

⁽⁸⁸⁾ MANIORI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, cit., p. 141.

⁽⁸⁹⁾ Uno degli indicatori dell'alta conflittualità sul piano civilistico-risarcitorio emerge dai dati relativi al *risk management* delle aziende COSMI-DEL VECCHIO, *Lo sviluppo della funzione risk management nelle aziende sanitarie: una prospettiva economico aziendale*, in *Difesa sociale*, I, 7, 2004.

⁽⁹⁰⁾ Una delle prime segnalazioni proviene da INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2001, p. 879 ss. che svolge una serie di riflessioni, corredate di ampi riferimenti normativi e dottrinali; sul dilagante problema della responsabilità professionale medica, più recentemente, v. www.aiom.it.

⁽⁹¹⁾ per un elenco dettagliato, anche se non esaustivo v. BONA, *L'assicurazione della r.c. medico-sanitaria: modelli di copertura dei risarcimenti e di gestione del contenzioso nella prospettiva della mediazione*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Corso-Balboni, Torino, 2011, p. 65 nota 2.

⁽⁹²⁾ PECCENINI, op. cit. v. *infra* cap. 2.

⁽⁹³⁾ V. sempre MANIORI, *La mediazione nell'assicurazione*, cit., p. 142; sul principio di sussidiarietà della giurisdizione cfr. anche LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., p. 1206.

tutela. La sfida culturale consiste proprio nel superare quel tratto caratteristico della cultura giuridica italiana, che vede realizzarsi la tutela dei diritti soggettivi e l'attuazione del diritto oggettivo soprattutto nella sentenza che decide la controversia ⁽⁹⁴⁾. Emerge, in quest'ottica, l'enorme rilevanza che la mediazione può rivestire nel campo dell'attività medico-sanitaria, rappresentando realmente uno strumento atto a consentire la risoluzione del contenzioso in modo rapido, equo, sostenibile e, alla fine dei conti, maggiormente tutelante per il singolo.

Si è già palesata in premessa, e lo vedremo meglio in seguito, l'imprescindibile urgenza di valorizzare la mediazione in una duplice direzione: nel senso della deflazione del contenzioso, che dovrebbe portare risultati positivi anche sulla ragionevole durata, ma anche, più in generale, in direzione di una maggiore effettività di tutela, attraverso il potenziamento dello strumento per dare una risposta in tempi rapidi alle disfunzioni del sistema sanitario ⁽⁹⁵⁾. La proficuità dello strumento in tale settore dipende, infatti, da numerose variabili, alcune delle quali saranno meglio approfondite nel corso dell'indagine. In via di prima esemplificazione, basti osservare il diverso ruolo del mediatore a seconda che la controversia abbia origine da disfunzioni del rapporto medico-paziente (o dei suoi rappresentanti o eredi), legate all'assenza di un'adeguata informazione circa la possibile verifica di c.d. eventi avversi ⁽⁹⁶⁾, ovvero quando l'evento avverso è imputabile a un malfunzionamento della struttura o, ancora, quando la lite sia originata da un errore del medico-persona fisica. Mentre nel primo caso, l'intervento del mediatore è realmente paragonabile a quello di un facilitatore, negli altri casi il suo ruolo diviene necessariamente più tecnico e la controversia richiede delle competenze mediche, per essere compresa ancor prima che decisa ⁽⁹⁷⁾. Per questo, il reale problema non sembra essere l'obbligatorietà in se, ma piuttosto la selezione e l'individuazione della miglior forma di a.d.r. adatta alla risoluzione del caso concreto. Solo in questi termini la previsione di una mediazione obbligatoria ma non vincolante potrebbe di per se essere una forma inconsistente e, senz'altro, comportare una perdita di tempo qualora non sia misurata sulle esigenze e le peculiarità della tipologia di controversia ⁽⁹⁸⁾. La stessa osservazione risulta valida, *a fortiori*, anche nell'ipotesi di fallimento della mediazione, poiché l'attività condotta nella fase stragiudiziale, sia quella esplorativa degli interessi delle parti che quella di indagine sulla consistenza della lesione, potrà essere di ausilio nella semplificazione dell'attività processuale, naturalmente nei limiti in cui ciò non si ponga in contrasto con il principio di riservatezza.

Si può affermare, dunque, che rischia di rivelarsi realmente irragionevole l'impiego della mediazione nell'unica prospettiva di deflazione del contenzioso, qualora si trascuri l'aspetto della maggior effettività di tutela dei privati, che diviene ancora più stringente in una materia in cui viene in gioco la tutela del diritto primario alla salute. Perché il passaggio obbligato della mediazione non

⁽⁹⁴⁾ CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, In *Guida dir.*, 2009, 28, p. 57.

⁽⁹⁵⁾ La deflazione del contenzioso, infatti, non ha costituito il fine prioritario del legislatore europeo, il quale aveva in mente la diversa funzione della mediazione quale strumento migliorativo dell'accesso delle persone alla tutela individuale dei rispettivi diritti, cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 657.

⁽⁹⁶⁾ V. gli studi effettuati nell'ambito della O.M.S. che si riferiscono ad eventi avversi accaduti negli ospedali italiani tra il 1999 e il 2006: PIACEVOLI, *Esperienza italiana di incident reporting alla luce delle direttive WHO*, al convegno *Rischio clinico e conciliazione sanitaria* del 4 marzo 2010, in www.aservicestudio.it.

⁽⁹⁷⁾ PEROTTI-AVANZA-VASSALINI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della mediazione civile*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 3, 2011, p. 661.

⁽⁹⁸⁾ In questo senso si afferma oltreoceano che la forza delle a.d.r. è proprio la varietà delle opzioni che sono meglio attuate dalla flessibilità piuttosto che dall'obbligatorietà, cioè dal *trand* chiamato *one-size-fits-all fashion*: SOHN-SONNY BAL, *Medical malpractice reform: the role of alternative dispute resolution*, in *Clinical Orthopaedics and related research*, 2012, 470, p. 1375.

si risolva in un ulteriore pregiudizio del diritto di chi ha già subito un danno (di certo il tempo incide in questo senso, specie nei casi in cui sia possibile contenere le conseguenze attraverso un intervento riparatore), è opportuno interrogarsi su quali siano le caratteristiche necessarie a rendere il modello di gestione stragiudiziale idoneo a rispondere alle specifiche esigenze di tutela. A tal fine, è necessario procedere nell'esame delle problematiche che si pongono nella prassi giudiziale.

2. La scelta del soggetto passivo dell'azione di responsabilità: strategie difensive.

Abbiamo sottolineato che il legislatore del 2013 ha avvertito la necessità di estendere la mediazione come condizione di procedibilità – oltre che nei casi di <<responsabilità medica>> - anche nei casi di <<responsabilità sanitaria>> ⁽⁹⁹⁾. Sembra opportuno interrogarsi, quindi, sulla ragione di tale intervento, solo apparentemente di carattere lessicale, e sulla differenza tra le due espressioni.

Innanzitutto, si può asserire l'estrema opportunità della modifica, che elimina ogni possibilità di differenziare il trattamento pre-processuale di soggetti che sono destinati ad incontrarsi nell'eventuale fase processuale ⁽¹⁰⁰⁾.

Un primo approccio discretivo suggerisce di intendere la prima come responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, cioè del singolo prestatore d'opera professionale, e la seconda come responsabilità delle strutture sanitarie pubbliche o private ⁽¹⁰¹⁾. Il comune utilizzo dell'espressione responsabilità medico-sanitaria rispecchia il consolidato duplice sistema di imputazione della responsabilità per i danni subiti dai pazienti, sia in capo al medico che alla struttura sanitaria ⁽¹⁰²⁾, soprattutto da quando l'interpretazione giurisprudenziale ha determinato la dilatazione dei criteri di imputazione della responsabilità ⁽¹⁰³⁾. Pur non affrontando tutti gli aspetti sostanziali sottesi alla giurisprudenza della Corte suprema, è opportuno ripercorrerne in sintesi i punti qualificanti, seguendo la duplice direttrice di analisi del rapporto tra paziente e struttura e di quello tra paziente e medico. In entrambi i casi, si è assistito ad un processo interpretativo che ha traghettato la qualificazione del titolo della responsabilità civile dal fatto illecito al contratto, pur seguendo logiche e tempistiche differenti.

Con il superamento dell'arcaica concezione autoritativa del rapporto di cura, si è arrivati progressivamente a riconoscere un fondamento contrattuale alla responsabilità dell'ente gestore del servizio sanitario ⁽¹⁰⁴⁾. La giurisprudenza ha delineato un sistema per cui le strutture sanitarie

⁽⁹⁹⁾ V. il nuovo art. 5, comma 1° bis, d.lgs. n. 28 del 2010; come peraltro già auspicato da AUTORINO-TROISI-NOVIELLO, *La mediazione delle controversie civili e commerciali*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011, p. 99; per una panoramica di questi concetti v. PECCENINI, *Dalla responsabilità del medico alla responsabilità sanitaria, passando attraverso la responsabilità medica*, in *Tagete*, 2005, p. 4 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Come osservava MANIARI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, in *La mediazione, profili sistematici e potenzialità applicative*, a cura di Bulgheroni-Della Vedova, Roma, 2012, p. 160, suggerendo l'interpretazione estensiva della precedente dizione.

⁽¹⁰¹⁾ CECCHONI-CIPRIANI, *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, a cura di Pezzano, Torino, 2014, p. 109 ss.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 703; cfr. ; per una ricostruzione storica v. MIRIELLO, *Questioni attuali in punto di responsabilità medico-sanitaria (parte prima)*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 531 ss.; v. *infra* cap II.

⁽¹⁰³⁾ Che, come vedremo, oggi è azionabile *ex art.* 1218 c.c., e quindi rientrante nel paradigma della responsabilità contrattuale: ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1805 ss.; a partire da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455; per tutti i riferimenti v. *infra* cap. 2.

⁽¹⁰⁴⁾ Per una ricostruzione storico-dogmatica v. PARTISANI, *Dal contratto di ospitalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari* diretto da Franzoni, Bologna, 2011, p. 159 ss.

(pubbliche o private) sono responsabili in solido con i singoli professionisti nei confronti dei pazienti danneggiati, in applicazione degli artt. 32 cost., 1218 e 1228 c.c. ⁽¹⁰⁵⁾. Il rapporto tra la struttura sanitaria e il paziente, qualificato come un contratto atipico di prestazione d'opera, c.d. di speditività, è considerato in termini autonomi rispetto a quello tra medico e paziente ⁽¹⁰⁶⁾. Dal contratto di speditività discendono, in capo alla struttura, una molteplicità di obblighi accessori di protezione che vanno oltre la prestazione principale della cura medica, estendendosi fino a ricomprendere la messa a disposizione di personale medico e paramedico, dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie alla cura, nonché la fornitura di prestazioni *latu sensu* alberghiere ⁽¹⁰⁷⁾.

L'autonomia di tale rapporto, rispetto a quello che intercorre fra il paziente ed il singolo medico, comporta che la struttura sanitaria può essere chiamata a rispondere in due macro-ipotesi ⁽¹⁰⁸⁾: da un lato, in applicazione dell'art. 1218 c.c., la struttura è responsabile per l'inadempimento delle prestazioni cui è tenuta in via diretta, cioè riconducibile a carenze organizzative ⁽¹⁰⁹⁾; dall'altro, la stessa risponderà ai sensi dell'art. 1228 c.c. ⁽¹¹⁰⁾ con riguardo alle obbligazioni mediche che svolge per tramite dei medici suoi ausiliari ⁽¹¹¹⁾.

In passato, inoltre, si tendeva ad escludere la responsabilità della casa di cura privata in mancanza di un rapporto diretto tra paziente e struttura; soltanto successivamente la giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità della struttura privata, in solido con il medico, attraverso l'individuazione di un'unica obbligazione soggettivamente complessa caratterizzata dall'unitarietà

⁽¹⁰⁵⁾ Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 7; Cass., 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 2; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 5; principi di recente confermati da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 221, con nota di MIRIELLO.

⁽¹⁰⁶⁾ Fra le tante v. Cass., 11 marzo 2002, n. 3492 in *www.dejure.it*; Cass., 14 luglio 2004 n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, p. 537 e ss.; tale assunto – che si inserisce in un più ampio orientamento ispirato da esigenze di protezione del soggetto leso – viene lucidamente descritto da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455; cfr. cap. 2.

⁽¹⁰⁷⁾ Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. it. med. leg. (e del dir. sanitario)*, 2006, p. 1223 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Entrambe riconducibili al medesimo contratto atipico di cui si è detto: GRANATA, *L'evoluzione della responsabilità civile del sanitario all'indomani della legge Balduzzi: prime applicazioni giurisprudenziali e problematiche in campo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, in corso di pubblicazione; da tale impostazione consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente che seguono il regime previsto per la responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., discendendone importanti conseguenze anche sul piano della ripartizione e del contenuto dell'onere probatorio, v. parte I cap. 2.

⁽¹⁰⁹⁾ La giurisprudenza parla infatti di <<colpa di apparato>> fondata sul rischio dell'attività d'impresa e legata, ad esempio, alla mancata o inadeguata messa a disposizione di apparecchiature tecniche o di medicinali, v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Vicenza, 24 novembre 2005, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 515; Trib. Monza, 7 giugno 1995, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 476.

⁽¹¹⁰⁾ In passato la responsabilità della struttura era stata affermata attraverso un'applicazione analogica del contratto d'opera fra professionista e paziente, con la conseguenza di poter ritenere integrata la prima solo in ipotesi di condotta colposa del secondo: v. Cass., 1° settembre 1999, n. 9198, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1877; si è parlato addirittura di responsabilità indiretta *ex art. 2049 c.c.*: CHIAPPINELLI, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativo-contabile del medico dipendente dalla struttura sanitaria: spunti di riflessione*, in *Le responsabilità in ambito sanitario* a cura di Corso-Balboni, 2011, Torino, p. 143; il superamento dell'impostazione a favore del riconoscimento di un autonomo contratto atipico fra paziente e struttura comporta la possibilità di chiamare quest'ultima a rispondere indipendentemente dalla sussistenza di una condotta negligente del sanitario e anche in relazione ad inadempimenti che non attengano specificamente alla prestazione medica principale, ma riguardino, ad esempio, l'inidonea organizzazione della struttura, così Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 689.

⁽¹¹¹⁾ Non è necessario che il medico sia legato alla struttura da un rapporto di lavoro dipendente, ma è sufficiente che esista un collegamento tra l'attività del medico e quella della struttura tale da giustificare il sorgere, in capo a questa, del rischio connesso all'utilizzo della prestazione altrui nell'adempimento dell'obbligazione assunta nei confronti del paziente: v. da ultimo Cass., 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 839.

del risultato finale ⁽¹¹²⁾. Ed è proprio alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, che ha determinato lo spostamento dalla responsabilità dal medico a quella della struttura, che si ritiene ora più appropriato parlare di responsabilità sanitaria ⁽¹¹³⁾. E' importante evidenziare, dunque, che non sussistono più limitazioni o differenze risarcitorie a seconda della natura pubblica o privata della struttura sanitaria, in quanto sono sostanzialmente equivalenti, a livello normativo, gli obblighi dei due tipi di struttura rispetto al fruitore dei servizi ⁽¹¹⁴⁾. Diversamente, la natura della struttura e il rapporto tra essa e il medico, come vedremo, assume la massima rilevanza nella prospettiva della giurisprudenza contabile.

L'impostazione sopra tratteggiata non ha comunque inteso circoscrivere la rilevanza del rapporto tra paziente e singolo medico, rispetto al quale la giurisprudenza ha progressivamente abbandonato il paradigma della responsabilità aquiliana per affermarne la natura contrattuale, facendo applicazione della teoria del contatto sociale.

Sino alla fine degli anni novanta del secolo scorso la materia era governata dalla regola del concorso o cumulo tra l'azione di responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera e quella extracontrattuale del medico dipendente pubblico ⁽¹¹⁵⁾. Si differenziava, altresì, la posizione di quest'ultimo rispetto al medico diretto contraente del paziente, che rende una prestazione secondo lo schema classico del contratto d'opera intellettuale ⁽¹¹⁶⁾. E' noto come attualmente la responsabilità del medico, dipendente o meno dalla struttura pubblica, segua il paradigma della responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, più correttamente qualificata come responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, qualunque ne sia la fonte ⁽¹¹⁷⁾.

Non è questa la sede per dilungarsi nella ricostruzione dogmatica relativa all'ascesa della teoria del contatto sociale che – seppur densa di relevantissime implicazioni –, distoglierebbe dall'immediato oggetto di studio; per i principali aspetti sostanziali si rinvia al capitolo 2, preferendo concentrarsi in questa fase nel delineare le questioni relative all'individuazione del soggetto passivo ed ai rapporti tra la pluralità di possibili convenuti coinvolti.

Il soggetto passivo dell'azione di responsabilità per errore medico sarà, innanzitutto, il singolo medico che si crede responsabile per i danni direttamente causati, ovvero il direttore o responsabile del reparto che occupa una posizione apicale ⁽¹¹⁸⁾, o ancora il singolo membro dell'*équipe* ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹²⁾ Cfr. MIRIELLO, *La responsabilità medica nello specchio della responsabilità civile*, in *La responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da Franzoni, Torino, 2011, p. 45 ss.; BERTOCCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle strutture sanitarie, pubbliche e private*, in *La responsabilità medica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2004, p. 97 ss.

⁽¹¹³⁾ V. BREDA, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria, in danno e resp.*, 2006, p. 953 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Oggi l'impostazione sarebbe diversa poiché la giurisprudenza ha letto il rapporto tra le due forme di responsabilità in chiave di <<sussidiarietà>>, negando il concorso di norme in favore del concorso di azioni come già sosteneva De MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 1999, 781 ss.; v. anche FRENDA, *Il tramonto del principio del concorso di responsabilità?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2014, p. 589.

⁽¹¹⁶⁾ In chiave evolutiva v. sempre PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, cit., p. 163 ss.

⁽¹¹⁷⁾ La qualificazione responsabilità contrattuale è infatti soltanto una semplificazione lessicale, MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, milano, 1988, p. 1072.

⁽¹¹⁸⁾ Sulla responsabilità del primario che deriva dalla violazione di specifiche norme di legge v. LIGUORI, *La responsabilità del primario*, in LIGUORI-CANNAVÒ-ORRICO, *La responsabilità medica dalla teoria alla pratica processuale*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 124 ss.; per la giurisprudenza che ravvisa una culpa in vigilando sull'attività dei medici assegnati al reparto v. Trib. Napoli, 24 gennaio 2007, n. 855, in *Resp. e risarc.*, 2007, 10, p. 75.

⁽¹¹⁹⁾ E' principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui i singoli medici in *équipe* sono solidalmente responsabili per il danno causato al paziente, v. MASSARO, *Principio di affidamento e <<obbligo di vigilanza sull'operato altrui>>: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3857.

Quando l'evento accade all'interno di una struttura del S.s.n., inoltre, il paziente può citare in giudizio anche la struttura sanitaria pubblica poiché, come già osservato, la prestazione medica in senso stretto è ricompresa tra quelle afferenti al contratto di ospedalità. La solidarietà passiva tra medico e struttura, infatti, è presunta *iuris tantum* dall'art. 1294 c.c., e si giustifica sia con la necessità di rafforzare il credito che con l'interesse comune nel rapporto che lega i debitori ⁽¹²⁰⁾. Pertanto, la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria, dando luogo ad un'obbligazione soggettivamente complessa dal lato passivo ⁽¹²¹⁾. Dunque, sia il sanitario che l'ente ospedaliero possono essere chiamati come condebitori solidali, in quanto tenuti entrambi alla medesima prestazione di cura, nonostante il titolo che condivide sia parzialmente diverso (contatto sociale per il primo e contratto di ospedalità per il secondo), e quindi sussiste una connessione forte per coincidenza dell'oggetto ⁽¹²²⁾.

Il danneggiato può decidere di citare in giudizio uno qualsiasi dei co-obbligati per ottenere il risarcimento dell'intero danno e, in seguito, l'escusso potrà esercitare l'azione di rivalsa nei confronti degli altri *ex art.* 2055 c.c. ⁽¹²³⁾. La giurisprudenza ha chiarito in più occasioni che il carattere solidale dell'obbligazione non comporta la configurabilità di un litisconsorzio necessario ⁽¹²⁴⁾, ma su domanda di parte il giudice potrebbe valutare le rispettive colpe e le conseguenze che ne sono derivate in funzione dell'accertamento della misura del regresso ⁽¹²⁵⁾. Infatti, solo qualora uno dei convenuti richieda, con autonoma domanda, l'accertamento del rapporto di condebito, ossia una decisione che accerti il rapporto plurisoggettivo dal lato passivo ⁽¹²⁶⁾, ricorrerebbe una situazione di litisconsorzio necessario di più convenuti, per il necessario rispetto del principio del contraddittorio

⁽¹²⁰⁾ CAPOZZI-NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 340.

⁽¹²¹⁾ In cui, nonostante la pluralità dei soggetti, esiste un rapporto per cui ciascuno dei debitori è tenuto a prestare l'intero, come se egli fosse l'unico debitore, ai sensi degli artt. 1292 ss. c.c., e precisamente, laddove la complessa prestazione sanitaria venga inficiata dal comportamento pregiudizievole posto in essere dai dipendenti dell'ente ospedaliero, quest'ultimo risponderà a titolo contrattuale, ai sensi dell'art. 1228 c.c.; a sua volta il medico, potenzialmente legato al paziente da un vincolo contrattuale antecedente al ricovero, risponderà, a titolo contrattuale, in forza del contatto sociale che si instaura con il paziente: GARUFI, *Responsabilità medica e azione di regresso*, in *Giur. merito*, 1, 2011, p. 63 ss.; cfr. MALAGOLI, *Recenti tendenze in materia di responsabilità civile del medico*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 490.

⁽¹²²⁾ HAZAN-ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Milano, 2012, p. 428.

⁽¹²³⁾ Che sancisce un principio di responsabilità solidale tra gli autori di un medesimo evento di danno, in base al quale il danneggiato può pretendere la totalità della prestazione risarcitoria anche nei confronti di una sola delle persone coobbligate, mentre la diversa gravità delle colpe e la diversa efficienza causale possono rilevare ai fini della ripartizione interna: FRANZONI, *L'illecito*, I, Milano, 2010, p. 130 ss.; RUBINO, *Delle obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1957, p. 196 ss.

⁽¹²⁴⁾ Da Cass., 30 gennaio 2001, n. 1266, in *Mass Giust. civ.*, 2001, p. 165, a Cass., 20 dicembre 2012, n. 23650, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 12, p. 1439; si veda anche Cass., 31 marzo 2011, n. 7441, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 505, secondo cui ai fini dell'utilizzo della regola dell'art. 2055 c.c. non è richiesto il litisconsorzio necessario perché è il contributo causale concorrente nella causazione di un danno che fa scattare la responsabilità solidale <<Così com'è consentito al creditore di più condebitori solidali di convenirli separatamente al fine di ottenere la condanna alla prestazione comune nei confronti di ognuno (come rivela l'art. 1306 c.c.), la circostanza che egli li convenga unitariamente e chieda la condanna solidale di tutti non determina che la domanda sia da intendere come rivolta all'accertamento del rapporto di condebito, ma, in difetto di postulazione espressa in tal senso, va intesa come risultante di un cumulo di domande intese ad ottenere da ognuno la prestazione perché essa è dovuta da ognuno per l'intero e l'ordinamento consente di chiederla a ciascuno>>.

⁽¹²⁵⁾ Cass., 20 giugno 2008, n. 16810; in caso di azione separata, infatti, il passaggio in giudicato dell'accertamento della misura della rivalsa ha efficacia vincolante in tutti i successivi giudizi in cui sorga la questione in relazione allo stesso fatto illecito: Cass., 14 giugno 1999, n. 5874, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1368.

⁽¹²⁶⁾ Perché, ad esempio, vi è stata una contestazione stragiudiziale.

(¹²⁷). In definitiva, qualora non sorga contestazione del rapporto fondamentale, costitutivo del condebito, tale rapporto è accertato solo *incidenter tantum*; diversamente, chi chiede la gradazione delle colpe deve chiamare in giudizio tutti gli autori delle condotte di cui afferma l'efficienza causale (¹²⁸), eventualmente allargando il contraddittorio ai non presenti in giudizio. Resta fermo che nel caso in cui l'azione di responsabilità sia stata radicata nei confronti del singolo medico – o di una pluralità, a seconda dei casi –, è sempre possibile che questi chiami in causa la struttura sanitaria a cui ritiene imputabile il danno.

Alla luce di quanto affermato, occorre brevemente interrogarsi sull'operatività dell'istituto della chiamata in causa del terzo nei rapporti tra medici e strutture, rinviando ad un momento successivo, invece, i problemi che potrebbero sorgere in caso di chiamata in giudizio dell'impresa assicuratrice del medico o della struttura. L'insussistenza di un litisconsorzio tra l'azienda ed il singolo medico potrebbe lasciar pensare che quest'ultimo non abbia alcun titolo per pretendere l'intervento nel processo dell'ente. Una parte della dottrina, infatti, ritiene preclusa per il medico la possibilità di chiamare in causa la struttura ospedaliera all'interno della quale si è verificato l'evento dannoso, facendo leva su quella giurisprudenza che ha respinto la tesi dell'applicabilità delle norme limitative di responsabilità contenute nel testo unico degli impiegati civili dello stato (artt. 22 e 23 d.p.r. n. 3 del 1957) (¹²⁹). Tale opinione deve certamente essere smentita nei casi in cui l'esito negativo dell'intervento sia dipeso da una condotta colposa ascrivibile all'azienda sanitaria, potendosi certamente configurare un'ipotesi di litisconsorzio laddove l'azienda sia responsabile *iure proprio* per disfunzioni della struttura, quando, ovviamente, si ipotizzi un nesso causale tra i difetti o malfunzionamenti e l'evento dannoso (¹³⁰). Inoltre, anche qualora venga accertata la colpa del medico in via esclusiva, è molto problematico affermare l'assenza di profili di responsabilità in capo alla struttura. Secondo un indirizzo molto rigoroso, infatti, la solidarietà tra medico e struttura comporterebbe che ogni volta in cui viene accertata la colpa del medico, ad esempio nell'esecuzione di un intervento chirurgico, risponderebbe comunque anche l'ente ospedaliero nel quale il paziente è stato ricoverato (¹³¹), se non *iure proprio* quantomeno *ex art. 1228 c.c.*

Il danneggiato, comunque, potrà sempre agire in via diretta nei confronti dell'Asl. o della struttura ospedaliera, che avranno diritto di rivalsa davanti alla Corte dei conti (¹³²) nei confronti dell'autore dell'illecito, qualora il fatto dannoso non gli sia imputabile (¹³³). Oltre ai casi in cui sussistono gli estremi per chiedere l'accertamento della colpa, commissiva o omissiva, sia del medico che della

(¹²⁷) Ai sensi dell'art. 102 c.p.c. su tale domanda non potrebbe decidersi che in contraddittorio di tutti i soggetti passivi v. Cass., 31 marzo 2011, n. 7441, cit.; Cass. 12 maggio 2006, n. 11039, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 5, la quale rileva che la responsabilità *ex art. 2055 c.c.* non è cumulativa, ma solidale, pertanto ipotesi di litisconsorzio sono ipotizzabili solo nel caso in cui: a) la responsabilità di un danneggiante sia in rapporto di dipendenza con quella di altro danneggiante; b) i comportamenti presentino una stretta interrelazione anche sul piano del diritto sostanziale cosicché la responsabilità dell'uno presupponga la responsabilità dell'altro; c) vi sia una previsione normativa.

(¹²⁸) Cass., 18 febbraio 2010, n. 3933, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 2, p. 237; Cass., 11 novembre 2005, n. 22833, in *Mass. Giust. civ.*, 2005.

(¹²⁹) Tra le tante v. Cass., 2 dicembre 1998, n. 12233, in *Danno e resp.*, 1999, p. 777.

(¹³⁰) Trib. Roma, (ord.) 18 ottobre 2000, ined., in CECCONI-CIPRIANI, *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 113 nota 8.

(¹³¹) Trib. Roma, 8 aprile 2006, in *www.ilcaso.it*.

(¹³²) Cass. sez. un., 15 luglio 1988, n. 4634, in *Riv. Corte conti*, 1988, IV, p. 236.

(¹³³) DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 2009, 3, p. 541.

struttura, possono verificarsi situazioni in cui vi sia l'esigenza di accertare la sola responsabilità della sola struttura sanitaria, poiché nessun addebito può essere imputato al singolo medico ⁽¹³⁴⁾.

Nella prassi, la via preferibile per l'attore è sinora sembrata quella di citare in giudizio sia il singolo medico che la struttura sanitaria, per avvantaggiarsi della solidarietà passiva in caso di responsabilità concorrente dei convenuti ⁽¹³⁵⁾. Tuttavia, tale strategia processuale potrebbe essere messa in discussione dalla c.d. legge Balduzzi ⁽¹³⁶⁾, il cui art. 3 fa esplicito riferimento all'art. 2043 c.c. Vedremo meglio nel capitolo seguente la portata dirompente di tale disposizione qualora dovesse farsi strada un'interpretazione letterale della norma, ovvero l'affermazione di una responsabilità extracontrattuale del singolo operatore sanitario. Una tale evenienza, infatti, determinando l'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del medico, potrebbe indurre il paziente danneggiato ad intraprendere la via più agevole di citare in giudizio il solo ente *ex art.* 1228 c.c., rispetto al quale non si pone in dubbio l'applicazione del regime di cui all'art. 1218 c.c.

Tale opzione ermeneutica rischia, dunque, di dare luogo ad un duplice effetto di segno opposto: da un lato, si otterrebbe l'effetto positivo di alleggerire la posizione del singolo sanitario, dall'altro, tuttavia, determinerebbe la deviazione del flusso del contenzioso per errore medico dalla persona fisica all'ente, con evidente neutralizzazione del primo effetto positivo e contestuale aumento dei costi pubblici di gestione del contenzioso ⁽¹³⁷⁾.

L'ampliamento della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione produce degli importanti riflessi anche sul piano della giurisdizione contabile, concepita per sanzionare gli effettivi responsabili dell'illecito. Pertanto, oltre all'evoluzione dei rapporti tra paziente e struttura e paziente e medico, merita uno specifico approfondimento l'aspetto legato alla distribuzione del rischio e delle responsabilità tra operatori e strutture, che sarà affrontato nel capitolo II, appositamente pensato per esaminare i diversi criteri di accertamento della responsabilità.

2.1. Sul difetto di legittimazione passiva delle Asl.

In tema di legittimazione passiva ⁽¹³⁸⁾, si è presentata all'attenzione delle corti una questione che merita di essere affrontata in modo specifico, poiché implica una breve ricognizione dell'articolazione amministrativa degli enti, nonché il richiamo di alcune essenziali nozioni processualcivilistiche.

Il problema concerne l'individuazione della legittimazione passiva delle nuove Aziende sanitarie locali (Asl) nelle controversie di responsabilità originariamente involgenti le Unità sanitarie locali (Usl), soppresse con il d.lgs. n. 502 del 1992. In altre parole, occorre chiedersi se, in seguito alle

⁽¹³⁴⁾ Ad esempio è stata riconosciuta la responsabilità di una casa di cura in via esclusiva per l'infezione occorsa al paziente a causa di difetti organizzativi della stessa e, contestualmente, esclusa la responsabilità del singolo medico: Trib. Bari, 10 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*.

⁽¹³⁵⁾ Eccetto in alcune ipotesi di responsabilità medica d'équipe, in cui può rivelarsi difficoltoso individuare il singolo responsabile CECCONI-CIPRIANI, *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 113

⁽¹³⁶⁾ Il d.l. n. 158 del 2012, noto come decreto Balduzzi, recante <<disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute>>, è stato convertito con modifiche nella l. n. 189 del 2012, in Gazz. uff. 10 novembre 2012, n. 263, entrata in vigore l'11 novembre 2012.

⁽¹³⁷⁾ Soprattutto in termini di tempo, laddove poi la struttura dovesse agire in rivalsa nei confronti del medico.

⁽¹³⁸⁾ La legittimazione *ad causam* non va confusa la legittimazione processuale, v. Cass., 25 luglio 1996, n. 6720, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce <<procedimento civile>>, n. 74; sulle ragioni della distinzione fra legittimazione *ad causam*, che è titolarità della domanda, e legittimazione *ad processum*, che è il potere di proporre la domanda, v. MANDRIOLI, *Delle parti*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da Allorio, Torino, 1973, p. 881 ss.; la contrapposizione risale al CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1980, p. 239; va segnalata la tendenza a limitare questa contrapposizione v. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 116.

norme adottate dopo la suddetta soppressione per il riordino della disciplina in materia, le nuove Asl possano ritenersi responsabili per i debiti facenti capo alle Usl, e quindi legittimate passive dei processi.

Pare opportuno ripercorrere brevemente l'*iter* normativo che ha riguardato la complessa disciplina della riforma delle Asl all'interno del Servizio sanitario nazionale. In estrema sintesi, a partire dagli anni novanta (¹³⁹) si è verificato un cambiamento istituzionale molto significativo, che ha segnato il tramonto dell'impostazione di un Servizio sanitario nazionale unico ed uniforme e, contestualmente, l'articolazione di un sistema suddiviso in Servizi sanitari regionali, tra loro diversi per il modo in cui sono organizzati e gestiti, per la modalità di offerta delle prestazioni, nonché per il modello di aziendalizzazione prescelto (¹⁴⁰). Il quadro normativo di riferimento si è arricchito in seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione, attuata con legge cost. n. 3 del 2001, che ha inciso in modo rilevante sulla disciplina della sanità pubblica e privata (¹⁴¹).

La legge n. 724 del 1994, infatti, ha stabilito che le neoistituite Asl non subentrano nei rapporti obbligatori di cui erano titolari le sopresse Usl, la cui gestione deve avvenire in modo distinto. In sostanza, la forma di gestione originariamente prescelta imponeva di tenere separata l'attività di accertamento delle obbligazioni riferite alle cessate Usl, da quella relativa alle Asl (¹⁴²).

In una prima fase, dunque, sembrava che i processi dovessero radicarsi o proseguire nei confronti di enti sostanzialmente non più operativi, ma solo formalmente esistenti, finché la l. n. 549 del 1995 ha operato la trasformazione delle c.d. gestioni a stralcio in <<gestioni liquidatorie>>, attribuendo alla regione il potere di attribuire la funzione di <<commissari liquidatori >> ai direttori generali delle Asl, comprendente anche il compito di gestione e liquidazione della situazione debitoria delle sopresse Usl. Ai sensi di questa legge, tuttavia, tali compiti devono essere svolti nell'interesse della regione, a cui i commissari liquidatori sono tenuti a presentare i risultati dell'attività liquidatoria. Pertanto, alla luce della normativa di riferimento, soltanto la regione sembra essere l'ente legittimato rispetto alla domanda risarcitoria avanzata dal paziente leso nei confronti della struttura sanitaria facente capo alle sopresse Usl.

Per giungere a tale risultato, apparentemente ovvio, si è dovuti passare attraverso un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, alimentato dalla vastità e complessità del quadro normativo, nonché dalla rilevanza economica degli interessi coinvolti. Il principale nodo processuale da sciogliere ha riguardato la questione se nella vicenda fosse riscontrabile una successione universale o una successione a titolo particolare. La successione universale andrebbe affermata soltanto qualora si fosse appurato il <<venir meno>> delle Usl, secondo quanto previsto nell'art. 110 c.p.c., viceversa, la successione a titolo particolare *ex lege*, sarebbe attratta nell'ambito di operatività dell'art. 111 c.p.c., indipendentemente dall'estinzione della parte originaria nei processi pendenti (¹⁴³).

(¹³⁹) Con il corpo normativo costituito dal d.lgs. n. 502 del 1992, la l. n. 724 del 1994 e la l. n. 549 del 1995.

(¹⁴⁰) GLENTI, *Soppressione delle U.S.L., debiti pregressi e legittimazione processuale*, in *Corriere Giur.*, 1997, p. 1176

(¹⁴¹) Da un lato, infatti, le disposizioni costituzionali hanno riservato alla giurisdizione esclusiva dello Stato «la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, 2° comma, lett. m) cost.); dall'altro, ha devoluto alla potestà legislativa concorrente la materia della «*tutela della salute*», con determinazione dei principi fondamentali da parte dello Stato e competenza legislativa esclusiva delle regioni (art. 117, 3° comma cost.), sul punto, si vedano Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. Cost.*, 2002, 2026, con nota di D'ATENA-VESPERINI, in *Giornale dir. amm.*, 2003, p. 1113

(¹⁴²) Si parla infatti di c.d. gestione stralcio, così Cass. sez. un., 6 marzo 1997, n. 1989, in *Foro it.* 1997, I, c. 1405.

(¹⁴³) Com'è noto, con il superamento della dottrina processualciviltistica che un tempo era orientata nel senso di ritenere che l'art. 110 propriamente riguardasse una fattispecie di successione a titolo universale del diritto controverso pur senza il venir meno della parte (PROTO PISANI, *Sull'esercizio dell'azione*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, I, 2, 1211), si è, giunti a disconoscere l'apparente parallelismo fra l'art. 110 e l'art. 111 c.p.c., differenziando l'una

In effetti, laddove si determini per legge l'effettiva estinzione dell'ente – con il passaggio ad un altro ente del patrimonio, di tutte le funzioni, nonché di tutti i rapporti attivi e passivi –, sembra una forzatura continuare a parlare di una sopravvivenza virtuale dell'ente estinto, al solo fine di giustificare l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. e di favorire la controparte non colpita dal fenomeno successorio ⁽¹⁴⁴⁾. Tuttavia, la Cassazione è stata piuttosto costante nell'affermare che, con la soppressione delle Usl e la creazione delle Asl, non si è verificata alcuna successione a titolo universale, ma si è realizzata una fattispecie di successione *ex lege* delle Regioni in tutti i rapporti obbligatori di pertinenza delle sopresse Usl ⁽¹⁴⁵⁾. Sarebbero le regioni, dunque, ad essere titolari della legittimazione passiva per le obbligazioni facenti capo alle Usl, in quanto successori del rapporto sostanziale ⁽¹⁴⁶⁾. Conseguentemente, il processo instaurato nei confronti di una nuova azienda sanitaria prima della sua soppressione dovrebbe proseguire tra le parti originarie — salva l'ipotesi di intervento o chiamata in causa della regione nella sua veste di successore a titolo particolare — con le relative conseguenze in ordine alla legittimazione attiva e passiva dell'organo di rappresentanza della gestione stralcio ai fini della proposizione delle impugnazioni.

Anche più di recente le sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi sul tema della legittimazione sostanziale e processuale passiva per i rapporti obbligatori pregressi a seguito della soppressione delle Usl ⁽¹⁴⁷⁾. In particolare, il contrasto riguardava la sussistenza o meno di una legittimazione passiva concorrente della regione nei procedimenti in cui fosse evocata in giudizio la gestione liquidatoria delle disciolte Usl, in persona del commissario liquidatore ⁽¹⁴⁸⁾. L'utilizzo dell'espressione <<legittimazione concorrente>> sembra riferirsi ai soli casi in cui quest'ultima viene citata in qualità di organo della regione. Infatti, la Cassazione ⁽¹⁴⁹⁾ non solo ha ribadito

norma dall'altra in base alla *ratio*, per cui la ragione alla base dell'art. 110 c.p.c. sarebbe soltanto «quella, squisitamente processuale, di ricostituire la necessaria bilateralità del processo, ove questa venga a mancare per la scomparsa di una parte», mentre lo scopo dell'art. 111 c.p.c. sarebbe quello «di impedire che gli atti di disposizione del diritto controverso pregiudichino la controparte: ciò che si ottiene neutralizzando anzitutto la rilevanza di tali atti di disposizione rispetto alla decisione di merito ed estendendo poi gli effetti della pronuncia nei confronti del successore»: così LUIO, «*Venir meno della parte e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 210; di conseguenza, l'ambito di operatività della prima di queste due norme è stato ristretto ai soli casi del venir meno di una parte, mentre in tutti gli altri casi, in cui difetti il venir meno del soggetto, pur essendo riscontrabili gli estremi di una successione universale nel diritto controverso, deve trovare applicazione l'art. 111 c.p.c. Sul piano della casistica v. per tutti ANDRIOLI, *Le unità sanitarie locali*, Napoli, 1982, passim; LUIO, *La riforma sanitaria e le controversie con gli enti mutualistici soppressi*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 133 ss.; VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 1991, p. 253; più di recente CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Milano, 2014, p. 598.

⁽¹⁴⁴⁾ Soluzione criticata da GLENTI, *Soppressione delle U.S.L., debiti pregressi e legittimazione processuale*, in *Corriere Giur.*, 1997, p. 1176.

⁽¹⁴⁵⁾ <<Successione che, sopravvenuta in corso di causa, avrebbe potuto determinare la legittimazione ad impugnare in favore della regione stessa secondo i principî sanciti dall'art. 111 c.p.c., per l'ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso, non anche la legittimazione dell'Azienda sanitaria locale>>, così testualmente Cass. Sez. un., 6 marzo 1997, n. 1989, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1403 con nota di DALFINO; Cass., 7 novembre 1997, n. 10939, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 2098; cfr. anche C.d.S., 14 luglio 1997, 826, in *Foro amm.*, II, 1997, p. 1972, secondo cui <<nonostante l'attribuzione delle relative competenze pubblicistiche, le aziende sanitarie locali non sono successori a titolo universale delle preesistenti unità sanitarie locali>>; tra tante v. Cass., sez. un., 4 maggio 2004, n. 8434, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, *ibidem.*; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Roma, 17 gennaio 2003, n. 376.

⁽¹⁴⁶⁾ Come confermato anche da Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 26, con nota di DE MATTEIS.

⁽¹⁴⁷⁾ V. l'ordinanza di rimessione Cass. 2011, n. 7842, in *Corr. giur.*, 5, 2012, p. 623, con nota di TRAVAGLINO,

⁽¹⁴⁸⁾ In senso favorevole alla soluzione della legittimazione concorrente si erano pronunziate Cass. n. 15725 del 2010 e Cass. n. 1532 del 2010, mentre in senso contrario si era espressa Cass. Sez. n. 7802 del 2010.

⁽¹⁴⁹⁾ Cass. sez. un., 20 giugno 2012, n. 10135, in *Foro it.*, I, grazie ad un'interpretazione costituzionalmente orientata di quelle normative regionali che avevano espressamente escluso la responsabilità della regione; recente riaffermato con la pronuncia n. 796 del 2013 e 15 maggio 2014, n. 10629.

l'indirizzo tradizionale, ma ha altresì precisato che la legittimazione concorrente tra regione e gestione liquidatoria delle sopresse Usl significa semplicemente che quest'ultima legittimazione risponde soltanto a criteri amministrativo-contabili, che escludono in radice l'ammissibilità di un'attribuzione esclusiva della legittimazione processuale in capo alle gestioni liquidatorie. Queste ultime, pertanto, sono legittimate ad impugnare una sentenza pronunciata nei confronti dell'ente assorbito, poiché la legittimazione appartiene pur sempre all'organo di rappresentanza della gestione stralcio.

2.2. Pluralità di parti: l'assicurazione in sanità.

La quasi totalità delle controversie in materia è caratterizzata da una pluralità di parti dal lato passivo, in quanto, assieme ai medici e/o alle strutture sanitarie, pubbliche o private, sono chiamate a partecipare anche le compagnie assicuratrici⁽¹⁵⁰⁾. L'assicuratore potrà, infatti, essere coinvolto in qualità di garante nel procedimento di responsabilità contro il sanitario (medico o struttura), attraverso una chiamata in garanzia da parte di quest'ultimo, il quale proporrà nei confronti del primo una domanda nuova, ma condizionata all'accoglimento di quella principale⁽¹⁵¹⁾.

Si tratta di una chiamata in garanzia impropria⁽¹⁵²⁾ attraverso la quale l'assicurato, avvalendosi della facoltà concessagli dall'art. 1917, comma 4°, c.c., realizza un'ipotesi di *simultaneus processus*⁽¹⁵³⁾.

In realtà nella prassi non sono infrequenti le ipotesi in cui l'assicuratore stesso gestisce la vertenza – sia nella fase stragiudiziale che nell'eventuale successivo giudizio – in forza di uno specifico obbligo, che si aggiunge a quello (principale) di tenere indenne il proprio assicurato dalle

⁽¹⁵⁰⁾ Per una ricognizione critica dei dati relativi, da un lato, alle richieste di risarcimento per errore medico, e, dall'altro, alle polizze assicurative per responsabilità medica a livello nazionale e regionale v. AMARAL GARCIA-GREMBI, *Economia della malpractice medica: elementi teorici ed evidenze empiriche*, in *La responsabilità*, cit., p. 4 ss.; HAZAN-ZORZIT, *op. cit.*, p. 225 ss.; TITA, *L'assicurazione della responsabilità professionale sanitaria*, in *Manuale di diritto sanitario* a cura di Castiello-Tenore, Milano, 2012, p. 357 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Questi i termini del discorso almeno finché non sarà approvato il d.d.l. <<Nuove norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario>> in giacenza alla commissione igiene e sanità del Senato dal 2008, che prevede all'art. 5 l'azione diretta del danneggiato per il risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore.

⁽¹⁵²⁾ In quanto non vi è identità tra il rapporto principale e il rapporto di garanzia; per la giurisprudenza, infatti, la chiamata in garanzia impropria si differenzia da quella propria per il fatto che con la prima il convenuto propone una domanda basata su un titolo autonomo ed indipendente da quello su cui è fondata la domanda principale: Cass., 5 giugno 2006, n. 13178, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 6; di conseguenza il danneggiato non ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore: Cass., 14 aprile 2010, n. 8885, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 538; quindi non vi è un litisconsorzio necessario tra assicurato e assicuratore rispetto alla domanda del danneggiato, salvo le eccezioni previste dalla legge, ad esempio in caso di r.c. auto: Cass., 20 aprile 2007, n. 9516, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 345; va rilevato comunque il contrasto in dottrina sul *discrimen* tra garanzia propria e impropria: nel senso tradizionale ora esposto v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, p. 111; MONTELEONE, voce *Chiamata in garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1; attenta dottrina ha però osservato, in senso critico, che il *discrimen* non dovrebbe essere fondato sulla diversità del titolo quanto, piuttosto, sul rapporto di pregiudizialità dipendenza: v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2010, p. 375 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, I, p. 333 ss.; stabilire se si rientri nell'una o nell'altra categoria ha una certa importanza posto che ad essa la giurisprudenza assegna rilievo al fine di ammettere o negare l'operatività di alcune norme processuali, ad esempio gli artt. 32 e 108 c.p.c.

⁽¹⁵³⁾ LUISO, *Diritto*, I, cit., p. 290 ss.; laddove, invece, l'assicurato decida di promuovere un giudizio autonomo nei confronti dell'assicuratore, in contemporanea pendenza del giudizio tra assicurato e danneggiato, qualora non vi sia riunione, il giudice della causa in garanzia deve sospendere il procedimento, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa dell'accertamento della responsabilità dell'assicurato nell'altro giudizio: così Cass., 21 settembre 2007, n. 19525, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 321.

conseguenze patrimoniali del sinistro ⁽¹⁵⁴⁾. La prassi ora descritta non può, tuttavia, considerarsi la regola poiché, da un lato, la stipulazione di una clausola in tal senso rientra nell'autonomia delle parti, dall'altro, potrebbe accadere che l'assicurazione dopo aver assunto l'obbligo di gestione della lite, eccepisca l'inoperatività o invalidità della polizza ⁽¹⁵⁵⁾.

Il medico convenuto, dunque, potrà chiamare in causa la propria assicurazione al fine di essere manlevato in caso di condanna al risarcimento, anche se entro i limiti eventualmente pattuiti, ma gli sarà preclusa la facoltà di chiamare in causa l'impresa assicuratrice o il fondo dell'azienda sanitaria in cui opera, rispetto alla quale non ha alcun diritto di rivalsa ⁽¹⁵⁶⁾. Sarà a sua volta la struttura sanitaria a chiamare in causa la propria assicurazione, sia quando è convenuta quale unico autore del fatto, sia quando è convenuta in solido con il medico.

Alla chiamata in garanzia dell'assicuratore non si applica il divieto di condanna diretta del chiamato verso l'attore principale, a condizione che vi sia una richiesta esplicita in questo senso da parte dell'assicurato ⁽¹⁵⁷⁾, benché non vi sia la possibilità di un'azione diretta nei confronti dell'assicurazione. L'assenza di un rapporto diretto tra danneggiato e assicuratore rivela, infatti, l'insussistenza di un litisconsorzio necessario tra assicurato e assicuratore rispetto alla domanda del danneggiato.

Possono prospettarsi diversi casi di copertura assicurativa per danni da attività medico-sanitaria, che vanno esaminati perché hanno delle ricadute sul piano dell'azione di rivalsa o di surrogazione *ex art. 1916 c.c.* ⁽¹⁵⁸⁾: innanzitutto il medico può stipulare direttamente una polizza assicurativa o può godere di una copertura assicurativa stipulata dall'ente datore di lavoro, secondo lo schema del contratto a favore di terzo ⁽¹⁵⁹⁾. Tuttavia, la struttura sanitaria, pubblica o privata, potrebbe stipulare un'assicurazione per la propria responsabilità sia diretta che indiretta ⁽¹⁶⁰⁾ ed in tal caso, a differenza dei due precedenti, qualora la polizza dell'ente copra anche l'attività del medico dipendente (c.d. in nome proprio ma per conto di chi spetta) ⁽¹⁶¹⁾, l'assicurazione che abbia corrisposto il risarcimento potrà surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso il medico danneggiante (*ex art. 1916 c.c.*) ⁽¹⁶²⁾. Nel caso in cui si tratti di un medico dipendente pubblico, inoltre, l'azione

⁽¹⁵⁴⁾ Sulla natura della clausola denominata <<patto di gestione della lite>>, la giurisprudenza risulta essere divisa tra chi la ritiene assimilabile ad un mandato *in rem propriam* (Cass., 28 novembre 1994, n. 12302, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1241) e chi, invece, è più propenso a rinvenirvi un contratto atipico (Cass., 17 novembre 1994, n. 9744, in *Giur. it.*, 1995, VII, c. 1202, con nota di CAVALIERE); si è discusso, peraltro, se il potere dell'assicuratore di transigere la controversia per conto del proprio assicurato sia insito nella clausola (App. Milano, 30 novembre 1984, in *Resp. civ. e prev.*, 1985, p. 255), o se, al contrario, abbisogni di uno specifico e separato atto di conferimento (Cass., 21 luglio 1979, n. 4383, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, p. 7).

⁽¹⁵⁵⁾ In tale ultima circostanza si registrano due opposti orientamenti: Cass., 3 luglio 1997, n. 5997, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 1129, ritiene che la gestione della lite da parte dell'assicuratore non importa in via automatica rinuncia alle eccezioni relative all'operatività o validità della garanzia; il contrario sostiene Cass., 7 ottobre 1982, n. 5142, in *Assic.*, 1983, p. 79.

⁽¹⁵⁶⁾ CECCONI-CIPRIANI, *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, cit., pp. 112-113, che cita Corte cost., 26 gennaio 1998, n. 112.

⁽¹⁵⁷⁾ Si segnala però un orientamento di cassazione che esclude che l'assicuratore chiamato possa essere condannato a pagare nelle mani del danneggiato, facendo leva sull'autonomia e indipendenza dei due rapporti, v. Cass., 1° marzo 1994, n. 2012.

⁽¹⁵⁸⁾ BONA, *L'assicurazione della r.c. medico-sanitaria, modelli di copertura dei risarcimenti e di gestione del contenzioso nella prospettiva della mediazione*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Corso-Balboni, Torino, 2011, cit., p. 75 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ In tale secondo caso pur essendo la struttura sanitaria parte contraente il medico è l'assicurato.

⁽¹⁶⁰⁾ Compresa quella *ex artt. 1228 c.c. o 2049 c.c.* per l'operato dei propri collaboratori.

⁽¹⁶¹⁾ Cass., 4 maggio 2005, n. 9284, in *Ass.*, 2006, II, 2, p. 28, secondo cui tale copertura assicurativa copre sia il medico dipendente di una struttura pubblica che privata.

⁽¹⁶²⁾ ROSSETTI, *Attività medica e assicurazione della responsabilità civile*, in *Ass.*, 1999, I, p. 448.

di surrogazione (come pure quella di rivalsa) ricade sotto la giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti e può essere esercitata per i soli casi di dolo o colpa grave ⁽¹⁶³⁾.

La recente comparsa, in alcune regioni, di nuovi sistemi di finanziamento dei risarcimenti, attraverso un progressivo trasferimento del rischio clinico dalle compagnie assicurative private alle aziende sanitarie o alle regioni, e l'istituzione di fondi che garantiscano la copertura assicurativa a tutte le strutture operanti nella regione, comporterà, probabilmente la sostituzione di tali fondi alle assicurazioni private ⁽¹⁶⁴⁾.

Nonostante i timidi tentativi del legislatore ⁽¹⁶⁵⁾, nel nostro ordinamento si registra la perdurante mancanza di una legislazione specifica in materia di gestione della responsabilità civile nell'ambito della sanità pubblica, e soprattutto di un sistema specifico di assicurazione. La mancanza di un sistema nazionale di gestione del rischio medico-sanitario, e di un modello comune per i sistemi regionali, impone di fare riferimento alle poche norme contenute nel codice civile. Tuttavia, tali norme si sono rivelate del tutto insoddisfacenti a fronteggiare la complessità delle questioni che si pongono nell'ambito in esame, soprattutto alla luce dei modelli atipici di polizza di derivazione anglo-americana ⁽¹⁶⁶⁾.

E' opportuna una breve ricognizione dei modelli di polizza utilizzati in tale settore, poiché ciò consente di delineare in modo più specifico le conseguenze della forte crisi in cui versa il settore sanitario, nonché i risvolti sulla gestione dei ricorsi.

In un passato recente nel mercato della responsabilità professionale operavano in larga misura le polizze *loss occurrence* ⁽¹⁶⁷⁾, in base alle quali la garanzia scattava, con un'applicazione letterale del disposto dell'art. 1917 c.c., per l'illecito verificatosi nel periodo di validità del contratto. L'assicurato, attraverso tali contratti, è infatti garantito se il fatto all'origine della richiesta di risarcimento del danno, indipendentemente dal momento di quest'ultima, avviene durante il periodo di vigenza dell'assicurazione. Tale polizza ha il pregio di non aver bisogno di estensioni postume, nel senso che una volta trascorso il periodo di assicurazione il soggetto rimane assicurato per gli eventi illeciti occorsi nella pregressa copertura, anche se la richiesta risarcitoria avviene in epoca postuma ⁽¹⁶⁸⁾. La polizza *loss occurrence* presenta, tuttavia, il difetto di non garantire una copertura per il pregresso carico di responsabilità, risultando poco allettante per quei soggetti che si assicurano per la prima volta. Ma soprattutto, tale formula contrattuale risultava svantaggiosa per le compagnie assicuratrici, dal momento che, specie in ambito medico, spesso trascorre un sensibile periodo di tempo dal momento in cui si verifica il fatto ritenuto idoneo alla produzione del danno, al momento in cui il danno effettivamente si presenta ⁽¹⁶⁹⁾. Questa è la principale ragione che ne ha

⁽¹⁶³⁾ In punto di giurisdizione v. Cass., sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15288, in Giust. civ., 2002, I, p. 40; per diffusi riferimenti v. BONA, *L'assicurazione della r.c. medico-sanitaria, modelli di copertura dei risarcimenti e di gestione del contenzioso nella prospettiva della mediazione*, cit., pp. 76-77.

⁽¹⁶⁴⁾ Anche nell'ambito delle procedure stragiudiziali: sul tema v. BONA, *R.c. medica*, cit., p. 603 ss.; cfr. *infra* cap. 2 anche per chiarimenti sul fenomeno della c.d. auto-assicurazione.

⁽¹⁶⁵⁾ BONA, *L'assicurazione della r.c. medico-sanitaria, modelli di copertura dei risarcimenti e di gestione del contenzioso nella prospettiva della mediazione*, cit., p. 73.

⁽¹⁶⁶⁾ Il riferimento corre alle c.d. polizze *claims made* e *loss occurrence*, su cui cfr. BONA, *L'assicurazione della r.c. medico-sanitaria*, cit., p. 93 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 12, 2005, p. 1030 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Salva ovviamente la prescrizione del diritto ed eventuali clausole di limitazione temporale, il termine di prescrizione di riferimento nella responsabilità medica è decennale perché il titolo della responsabilità è contrattuale: Cass., 30 settembre 2009, n. 20954.

⁽¹⁶⁹⁾ Escogitata a suo tempo per assecondare un preciso interesse di una particolare categoria di assicurati ad essere garantiti anche per comportamenti precedenti la conclusione del contratto di assicurazione, la clausola *claims made*

determinato via via il superamento da parte del modello *claims made* ⁽¹⁷⁰⁾. La polizza contenente la clausola *claims made*, infatti, prescinde dal fatto che l'evento si sia verificato durante il periodo assicurativo, poiché rileva unicamente il momento in cui perviene all'assicurato la richiesta di risarcimento ⁽¹⁷¹⁾: ai fini della copertura, dunque, la domanda del danneggiato deve essere notificata durante il tempo di vigenza della polizza.

Il dibattito sulla validità o meno di tale schema negoziale, ancora attuale in dottrina e giurisprudenza ⁽¹⁷²⁾, rischia di complicare lo svolgimento del processo, essendo in concreto ipotizzabile che l'assicurato chiami l'assicurazione in garanzia rispetto ad un sinistro accaduto durante la vigenza del contratto ma denunciato successivamente; e che, di fronte all'eccezione di non operatività sollevata dall'assicurazione, proponga nel medesimo giudizio un'azione di responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c., adducendo ad esempio che il contratto, così come predisposto, non rispondeva al suo interesse concreto.

Nella prassi si è manifestata una certa evoluzione dei contratti che attualmente spesso includono nella garanzia anche eventi, ovviamente non conosciuti, avvenuti prima della sottoscrizione della polizza, per un periodo definito di anni (c.d. clausole postume o di retroattività della polizza) ⁽¹⁷³⁾, ma possono contenere anche clausole ultrattive, per le denunce successive al periodo di vigenza del contratto. Tuttavia, tale modello presenta notevoli criticità ⁽¹⁷⁴⁾, primo fra tutte il rischio di assenza di copertura, qualora non si rimanga sempre assicurati con la medesima compagnia assicuratrice. Tale rischio si è concretizzato con la “fuga” delle assicurazioni dal mercato sanitario conseguente all'esponentiale aumento delle condanne a carico di medici e strutture. Il fenomeno è avvenuto progressivamente, dapprima con l'applicazione di franchigie e limitazioni di copertura nelle polizze, in seguito con l'aumento esponenziale dei premi o, addirittura, il rifiuto a stipulare polizze ⁽¹⁷⁵⁾. In conseguenza di esso, tutto il peso dei risarcimenti si è trovato a gravare sul bilancio delle amministrazioni pubbliche, che sono state costrette ad innescare il meccanismo di recupero dei crediti nei confronti dei singoli sanitari coinvolti ⁽¹⁷⁶⁾, nonché a ricorrere ai c.d. sistemi di

diretta oggi soprattutto a circoscrivere e delimitare il più possibile l'assunzione della garanzia da parte dell'assicuratore della responsabilità civile per i comportamenti colposi posti in essere dall'assicurato: DONATI-VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, p. 180; MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della clausola claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, in *Corr. merito*, 12, 2013, pp. 1160 e 1163 nota 6; LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2014, p. 830 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ La prima pronuncia significativa sul tema è di Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, 254 con nota di BONUOMO e in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1071 con nota di SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*; cfr. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 1032; più di recente MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della clausola claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, cit., p. 1162 ss., che ripercorre il dibattito giurisprudenziale tra i contrapposti filoni della valutazione caso per caso della validità o vessatorietà, della validità in ogni caso e della nullità in ogni caso della *clames made*.

⁽¹⁷¹⁾ Restano esclusi i sinistri già conosciuti dall'assicurato ex art. 1892 c.c.: Cass., 4 gennaio 2010, n. 11.

⁽¹⁷²⁾ Dibattito che riguarda sostanzialmente la vessatorietà o meno della c.d. *claims made* mista, ricostruito da MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della clausola claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, cit., p. 1165 ss.

⁽¹⁷³⁾ Si parla in questo caso di *clames mades* mista, che si differenzia appunto da quella pura: v. GARIGLIO, *Responsabilità professionale sanitaria e ruolo delle assicurazioni*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo-De Matteis-Vecchio, Milano, 2014, p. 554.

⁽¹⁷⁴⁾ LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2014, p. 830 ss.; v. anche ANIA, *Polizze claims made più vantaggiose per assicurati e assicuratori*, in www.ania.it (ottobre 2014).

⁽¹⁷⁵⁾ GARIGLIO, *Responsabilità professionale sanitaria e ruolo delle assicurazioni*, cit., p. 555 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Il regime di autoassicurazione peraltro non ha risolto tali problemi perché non si fonda su un corretto processo di valutazione dei rischi, ma è solo uno strumento utilizzato dalle regioni in conseguenza della difficoltà di reperire le polizze, GARIGLIO, *Responsabilità professionale sanitaria e ruolo delle assicurazioni*, cit., p. 547 ss.

autoassicurazione. Infatti, un aspetto che ha inciso fortemente nei rapporti tra i vari soggetti coinvolti nel processo è rappresentato dalla c.d. azione di rivalsa per colpa grave, che sempre più spesso le strutture pubbliche si trovano ad esercitare nei confronti del medico ⁽¹⁷⁷⁾.

Va segnalata, altresì, un'importante pronuncia a sezioni unite ⁽¹⁷⁸⁾ che proprio con riferimento ai rapporti fra assicurazione e medico ha chiarito definitivamente la questione relativa alla c.d. interruzione parziale del processo con pluralità di parti ⁽¹⁷⁹⁾. La questione non è di secondaria importanza, dal momento che il mercato assicurativo dell'ultimo decennio è stato interessato da varie trasformazioni, come sopra succintamente tratteggiato, tra cui il fallimento di varie compagnie d'assicurazione. La Cassazione ha statuito che nel processo con pluralità di parti, a seguito della chiamata in causa dell'assicuratore da parte del medico convenuto da un paziente, l'evento interruttivo che colpisce l'assicurazione determina l'interruzione della sola domanda in garanzia ex art. 1917 c.c. L'onere di riassunzione grava, pertanto, sul solo sanitario che ha chiamato in garanzia l'assicurazione e, nel caso in cui non venga assolto, il processo si estingue per la sola parte che riguarda la chiamata in garanzia ⁽¹⁸⁰⁾.

La conclusione sembra coerente con le caratteristiche di tali processi ⁽¹⁸¹⁾, che non si atteggiavano come il processo a litisconsorzio necessario, ma ha necessitato del correttivo di differire la trattazione della domanda non attinta dall'evento interruttivo, disponendone il semplice rinvio in attesa della prosecuzione dell'altra ⁽¹⁸²⁾.

Infine, un problema particolarmente sentito nella prassi del settore attiene al decorso del termine prescrizione, soprattutto da quando la giurisprudenza ha dilatato enormemente tale periodo ancorando il decorso del termine di prescrizione del diritto al momento in cui la parte ne ha avuto conoscenza ⁽¹⁸³⁾. Il lasso di tempo del regime delle clausole c.d. postume, infatti, non è mai assimilato a quello prescrizione ma è rimesso alla trattativa delle parti, e ciò comporta che spesso l'assicurato resta scoperto per un lungo lasso di tempo, soprattutto in caso di successione di polizze ⁽¹⁸⁴⁾.

L'esigenza di gestione del contenzioso in questa materia è stata tradizionalmente affrontata ricorrendo agli schemi classici dell'assicurazione privata della responsabilità civile ⁽¹⁸⁵⁾, che

⁽¹⁷⁷⁾ Che è considerata uno dei frutti aberranti della gestione assicurativa del sistema ospedaliero: così GARIGLIO, *Responsabilità professionale sanitaria e ruolo delle assicurazioni*, cit., p. 541 ss., che osserva come in assenza di una definizione del concetto di colpa grave occorre fare riferimento alla giurisprudenza della Corte dei conti, *ivi* riportata.

⁽¹⁷⁸⁾ Cass., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9686, in *Corr. giur.*, 6, 2013, p. 870, con nota di CARBONE; a conferma della precedente Cass., sez. un., 5 luglio 2007, n. 15142, in *Giur. it.*, 2008, p. 1205.

⁽¹⁷⁹⁾ Per la dottrina si v. PACILLI, *L'ammissibilità dell'interruzione parziale del processo civile con pluralità di parti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1047; CIPRIANI, *Ancora sull'interruzione del processo civile*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 876; SALETTI, *Processo cumulato ed interruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 779; MENCHINI E COMASTRI, *L'intervento delle sezioni unite sull'interruzione parziale del processo*, in *Giusto processo civ.*, 2007, p. 845.

⁽¹⁸⁰⁾ Perché in sostanza l'interruzione colpisce il solo rapporto tra convenuto e chiamato e non anche il rapporto principale sul risarcimento da parte del medico del danno subito dal paziente.

⁽¹⁸¹⁾ L'opposta interpretazione finirebbe col trasferire sull'attore l'onere di riassumere il processo, quando è il convenuto e non l'attore il solo titolare del diritto verso l'assicuratore.

⁽¹⁸²⁾ Art. 269, comma 2°, c.p.c. e art. 307, comma 3, c.p.c., (come mod. dall'art. 46 L. 18 giugno 2009, n. 69).

⁽¹⁸³⁾ Cass., 2008

⁽¹⁸⁴⁾ MARTINI-STEFFANO, *L'assicurazione nella responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 168 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ BONA, *R.c. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 3, 2011, p. 595 ss.; si segnalano solo alcuni aa. Che si sono occupati dello specifico tema: HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Milano, 2013; ID, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, cit., *passim*; AA.VV., *L'assicurazione della responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, a cura di Martini, Santarcangelo di Romagna, 2011; DE LUCA, *Assicurazione della responsabilità medica*, in *Ass.*, 2008,

tuttavia si sono rivelati insoddisfacenti anche alla luce degli obblighi sovranazionali gravanti sullo Stato⁽¹⁸⁶⁾. Attraverso la stipula di polizze assicurative private, i medici e le strutture hanno cercato di traslare in capo all'impresa assicuratrice il costo primario della responsabilità civile, ma al contempo hanno delegato anche un ruolo nevralgico nella gestione del contenzioso e, quindi, nella prevenzione dei giudizi⁽¹⁸⁷⁾, ma non sempre il sistema assicurativo è in grado di svolgere questo ruolo in chiave preventiva dei giudizi.

Dopo il fallimento di vari tentativi di creazione di un efficiente sistema di gestione del contenzioso a livello legislativo⁽¹⁸⁸⁾, qualche passo in avanti è stato compiuto con la recentissima introduzione dell'auspicato obbligo di assicurazione per i medici⁽¹⁸⁹⁾. Tuttavia, il dibattito resta ancora aperto⁽¹⁹⁰⁾, soprattutto in considerazione del fatto che la legge sull'obbligo per i professionisti di assicurarsi per la responsabilità civile non determina il contenuto minimo del contratto, né prevede l'azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione⁽¹⁹¹⁾. Pertanto, oggi l'obbligo di assicurazione potrebbe risultare in concreto frustrato sia dal rifiuto della compagnia di accettare il rischio, sia da clausole che riducono o limitano fortemente la garanzia, a danno non solo dei professionisti, ma anche dei terzi, a tutela dei quali l'obbligo di assicurazione è diretto⁽¹⁹²⁾.

L'ultimo intervento legislativo sull'obbligo assicurativo in sanità (art. 27 del d.l. n. 90 del 2014, convertito nella l. n. 114 del 2014), nonostante vanti intenzioni chiarificatrici e risolutive, confonde e complica ancor di più il quadro normativo⁽¹⁹³⁾. Dopo l'entrata in vigore della legge Balduzzi, infatti, si erano registrate incertezze proprio circa l'estensione soggettiva dell'obbligo assicurativo previsto dall'art. 3 comma 2°. Pertanto, l'intervento del 2014 chiarisce che i suddetti obblighi <<non trovano applicazione nei confronti del professionista sanitario che opera nell'ambito di un rapporto

I, p. 465 ss.; STEFANO, *Aspetti assicurativi della r.c. medica*, in *Problemi di responsabilità sanitaria*, a cura di Farneti-Cucci-Scarpato, Milano, 2007, p. 135 ss.

⁽¹⁸⁶⁾ SACCUCCI, *Responsabilità medica e tutela del diritto alla salute nella convenzione europea dei diritti umani: quando lo stato risponde per le carenze dei servizi medico-sanitari*, cit., p. 175 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ BONA, *L'assicurazione della r.c. medico-sanitaria, modelli di copertura dei risarcimenti e di gestione del contenzioso nella prospettiva della mediazione*, cit., p. 68 ss.

⁽¹⁸⁸⁾ V. BONA, *Succinte annotazioni sulle nuove prospettive della responsabilità medica*, in *www.dannoallapersona.it* (dicembre 2003), come il d.l. n. 108 del 2001, recante <<Nuove norme in tema di responsabilità professionale del personale sanitario>>, e il d.l. n. 1994 del 2003, contenente <<Disciplina dell'assicurazione obbligatoria delle strutture ospedaliere>>, ed la proposta di legge n. 409 del 2003, avente per oggetto <<Disposizioni per la regolamentazione delle responsabilità professionali del personale sanitario>>, nonché il d.l. n. 50 del 2008.

⁽¹⁸⁹⁾ L'obbligo assicurativo è previsto ora per tutti gli esercenti le professioni regolamentate, ai sensi del d. l. n. 138 del 2011, art. 3, comma 5°, lettera e)(cd. decreto di stabilizzazione finanziaria), convertito nella l. n. 148 del 2011, ed attuato dal d.p.r. n. 137 del 2012 (cd. riforma delle professioni); la scadenza del termine per la piena operatività dell'obbligo, originariamente prevista per il 13 agosto 2012, (ai sensi del d.l. n. 201 del 2011 – cd. decreto salva Italia – convertito nella l. n. 214 del 2011) è stato prorogato al 13 agosto 2013 dal d.l. 2012 n. 89; sul tema v. HAZAN, *Osservatorio di diritto e pratica dell'assicurazione*, in *Danno e resp.*, 10, 2014, p. 963 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ Compreso quello in tema di validità della clausola, dal momento che alcune decisioni di merito hanno valutato non vessatoria la clausola *claims made*, o meglio la configurazione del contratto secondo tale schema, a volte anche andando oltre quanto affermato dai giudici di legittimità, v. Trib. Milano, 18 marzo 2010, In *Giur. it.*, 2011, p. 834 con nota di MAGNI.

⁽¹⁹¹⁾ In passato previsto solo per le strutture pubbliche, v. ora l'art. 5 del d.p.r. n. 137 del 2012 (di attuazione della riforma delle professioni) ha unicamente ribadito l'obbligo di assicurazione per il medico e stabilito che la mancata ottemperanza costituisce illecito disciplinare.

⁽¹⁹²⁾ Alcuni Consigli degli Ordini professionali hanno indicato il contenuto necessario delle polizze che gli appartenenti devono sottoscrivere per essere in regola con l'obbligo assicurativo previsto dalla legge, ma anche tale normativa non impone alcun obbligo alle assicurazioni.

⁽¹⁹³⁾ Art. 3 d.l. n. 158 del 2012 c.d. legge Balduzzi, conv. con L. n. 189 del 2012, mentre gli obblighi di assicurazione professionale sono stati introdotti dall'art. 3 comma 5° let. e), d.l. 138 del 2011; cfr. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma "Balduzzi": poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 2, 2013, p. 771.

di lavoro dipendente con il Servizio sanitario nazionale>>. Al contempo, tale legge ha introdotto l'obbligo di copertura assicurativa a carico delle strutture sanitarie ⁽¹⁹⁴⁾, confermando la tendenza a spostare l'attenzione dal singolo operatore all'ente che eroga le prestazioni sanitarie, e cercando di utilizzare l'assicurazione quale strumento per garantire la sostenibilità del sistema. Tuttavia, anche in questo caso nulla viene detto su quale debba essere l'ambito di copertura della polizza di cui la struttura deve dotarsi, ne tantomeno si prevede un'azione diretta a favore del danneggiato.

Continua a mancare, dunque, un sistema nazionale (o un modello comune per i sistemi regionali) di gestione del rischio medico-sanitario, che vada oltre al mero obbligo assicurativo. Un intervento legislativo sistematico in questo ambito sarebbe molto opportuno, perché costituirebbe una fonte di risparmio per gli enti, su cui gravano i rischi in questione, contribuendo anche a ridurre il contenzioso giudiziale ⁽¹⁹⁵⁾.

3. La competenza territoriale ed il foro del consumatore.

La qualificazione in termini contrattuali del rapporto tra medici e strutture sanitarie, da un lato, e pazienti, dall'altro, ha sollevato il problema della selezione del foro territorialmente competente tra il tribunale del luogo dove risiede il paziente e quello nella cui circoscrizione ha sede l'azienda sanitaria. Letta in termini processuali, la questione attiene all'applicazione del foro generale alternativo di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c. o del foro speciale esclusivo ⁽¹⁹⁶⁾ previsto dall'art. 33, comma 2°, lett. u), d.lgs. n. 206 del 2005, cioè il c.d. foro del consumatore.

E' stato a lungo ritenuto applicabile l'art. 33, comma 2°, lett. u), cod. cons., che, considerata la debolezza contrattuale del consumatore-utente rispetto al professionista, consentirebbe al paziente di radicare le cause relative al contratto concluso con l'azienda davanti al giudice a lui più vicino, ossia davanti al giudice di residenza del consumatore ⁽¹⁹⁷⁾. Secondo la normativa comunitaria e nazionale, infatti, il rapporto che si instaura tra medico o struttura e paziente è un rapporto giuridico di servizio: da un lato, nell'ambito della definizione del prestatore di servizi è possibile ricondurre coloro che esercitano una professione in generale, e quella medica in particolare ⁽¹⁹⁸⁾, dall'altro, l'utente del servizio è espressamente equiparato al consumatore dall'art. 3, comma 1° lett. a), cod. cons.

In tal senso si è espressa a lungo la giurisprudenza, precisando che nel contratto di prestazione professionale medica il paziente e il sanitario assumono, rispettivamente, la qualità di consumatore

⁽¹⁹⁴⁾ V. l'attuale art. 27, comma 1° *bis*, in seguito a modifica introdotta in sede di conversione. L'obbligo era originariamente previsto nello schema del decreto Balduzzi, poi stralciato in sede di approvazione definitiva.

⁽¹⁹⁵⁾ BONA, *R.c. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 3, 2011, p. 601.

⁽¹⁹⁶⁾ Ma derogabile (Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *Il civilista*, 2010, 10, p. 15) e vessatoria a partire da Cass., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14669, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2398, confermato da Cass., 26 aprile 2010, n. 9922, in *Guida dir.*, 2010, 20, p. 63; ma la prova spetta al professionista che vuol far valere la clausola in deroga, v. Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3528; La residenza o domicilio del consumatore rilevante ai fini del radicamento della competenza è quella che lo stesso ha al momento della domanda: Cass., sez. un., 19 maggio 2009, 11532, in *Guida dir.*, 2009, 29, p. 32.

⁽¹⁹⁷⁾ CECCONI-CIPRIANI, *Aspetti processuali*, in *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, Torino, 2014, pp. 115-117; tale disciplina infatti si applica a qualsiasi contratto tra consumatore e professionista anche se precedente al codice del consumo, purchè il giudizio sia instaurato dopo l'entrata in vigore del codice stesso in virtù del principio della *perpetuatio iurisdictionis ex art. 5 c.p.c.*: cfr. Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 3, p. 589.

⁽¹⁹⁸⁾ LIGUORI, *La responsabilità civile medica, storia, evoluzione e prospettive*, in *Tagete*, 1998, p. 58 ss.

e professionista ⁽¹⁹⁹⁾. Tutte le decisioni erano concordi nel ritenere che il rapporto tra paziente e medico o struttura rientrasse nel c.d. rapporto giuridico di servizio ricompreso nel campo d'applicazione del Codice del consumo, ossia nello schema tipico del contratto tra consumatore e professionista ⁽²⁰⁰⁾, con conseguente applicazione di tutta la disciplina di derivazione europea, e quindi anche di quella relativa al foro del consumatore ⁽²⁰¹⁾. In base a tale impostazione, dunque, il paziente potrebbe proporre la domanda risarcitoria per mancato o inesatto adempimento della prestazione sanitaria davanti al foro della propria residenza.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva ha mutato orientamento ⁽²⁰²⁾, operando un distinguo tra struttura sanitaria pubblica o convenzionata e casa di cura privata non convenzionata: in particolare, si è affermato che la disciplina di cui all'art. 33 cod. cons. sia inapplicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche. Pertanto, quando il soggetto passivo dell'azione è una struttura pubblica, o convenzionata con il Ssn, la domanda deve essere proposta davanti al tribunale del luogo in cui si trova la sede dell'ospedale. Tra le argomentazioni offerte dalla Corte vi sarebbe la mancanza di un vero e proprio contratto tra le parti, indispensabile presupposto per l'applicazione del foro esclusivo del consumatore, poichè la prestazione dell'azienda pubblica avrebbe origine direttamente nella legge. E' evidente, innanzitutto, la rottura con la tradizionale conformazione contrattuale del rapporto tra struttura e paziente, ancora largamente qualificato nella giurisprudenza dominante come contratto di speditività ⁽²⁰³⁾. Ma la Corte si spinge oltre: sebbene nel primo passaggio della motivazione si afferma che la posizione dell'utente è tendenzialmente parificata a quella del consumatore, potendone esercitare i medesimi diritti e rimedi, si legge poi una smentita laddove si nega la sussistenza delle qualifiche soggettive di consumatore e professionista a causa della peculiare organizzazione del servizio sanitario pubblico e del suo rapporto con il diritto di fruizione da parte dell'utente ⁽²⁰⁴⁾. L'argomentazione si regge sulla particolare natura del servizio pubblico, la cui fruizione non segue un principio di territorialità, consentendo all'utente di rivolgersi ad un ospedale non necessariamente collegato alla propria residenza. Infatti, seppure

⁽¹⁹⁹⁾ Cass., (ord.) 2 gennaio 2009, n. 20, ined.; per il medico che esercita nell'ambulatorio privato v. Cass., 27 febbraio 2009, n. 9414, in *Foro it.*, 2009, I, p. 2684; Cass., 20 marzo 2010, n. 6824, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 3; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2006, in *Corr. merito*, 2006, 10, p. 1122; pertanto, la norma che prevede il foro del consumatore si applica anche se il contratto non è stato concluso in forma scritta, cioè indipendentemente dal fatto che sia stata pattuita per iscritto una clausola sulla competenza: Cass., 27 febbraio 2009, n. 4914, in *Foro it.*, I, c. 26849; infatti, il riferimento ad alcune categorie di contratti contenuto nel codice del consumo non ha lo scopo di limitare il campo di applicazione della norma ad alcune categorie di servizi, ma è ritenuto meramente esemplificativo: Cass., (ord.) 26 febbraio 2009, n. 4745, ined.

⁽²⁰⁰⁾ FANTACCHIOTTI, *Il foro del consumatore nel contratto di speditività*, in *Il valore dell'uomo*, 2010, 1, p. 18; RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore, una questione di uguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 39 ss.; LIGUORI, *La competenza per territorio*, in *La responsabilità medica, dalla teoria alla pratica processuale*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 196 ss., spec. pp. 198-199.

⁽²⁰¹⁾ I principi e i criteri direttivi a tutela della parte debole ricavabili dall'ordinamento comunitario e nazionale sono sanciti dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (c.d. carta di Nizza oggi equiparata al valore giuridico dei trattati dall'art. 6 del Trattato di Lisbona), dagli artt. 12 e 169 TFUE, dall'art. 98 del trattato costituzionale europeo, e dal codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005).

⁽²⁰²⁾ Cass., (ord.) 2 aprile 2009, n. 8093, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1283, con nota di CHINDEMI, *il paziente di una struttura sanitaria non è <<consumatore>> e l'azienda non è <<professionista>> e in danno e resp.*, 2010, p. 56, con nota di BENEDETTIE BARTOLINI; conf. Cass., 4 agosto 2004, n. 18138.

⁽²⁰³⁾ PARTISANI, *Dal contratto di speditività, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari* diretto da Franzoni, Bologna, 2011, p. 197 ss., il quale peraltro evidenzia come nulla cambierebbe sul piano sostanziale e processuale grazie alla teoria del contatto sociale.

⁽²⁰⁴⁾ MIRIELLO, *La responsabilità medica nello specchio della responsabilità civile*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Torino, 2011, pp. 58-59; NARDI, *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 918.

l'organizzazione del servizio sia articolata su base territoriale, l'utente può beneficiare del servizio in una qualsiasi articolazione dell'organizzazione ⁽²⁰⁵⁾. Convince poco, comunque, il passaggio successivo del ragionamento secondo cui la libertà di scelta dell'utente, di rivolgersi ad un ospedale situato al di fuori del proprio comune di residenza, lo collocherebbe in una posizione totalmente diversa rispetto al consumatore in quanto lo rende consapevole che il contenzioso che ne può sorgere non è soggetto al suo foro. Tale argomento può essere contestato, innanzitutto, perché l'operatività del foro del consumatore non è in alcun modo legata alla consapevolezza soggettiva di rivestire la qualifica, ma si ricollega alla semplice sussistenza della stessa in base a criteri di natura oggettiva, come peraltro la giurisprudenza unanime ha sempre affermato ⁽²⁰⁶⁾. Inoltre, l'utente-consumatore può liberamente scegliere anche con riferimento al professionista privato, senza che ciò possa incidere sulla competenza territoriale esclusiva prevista a favore di quella che è considerata la parte debole del rapporto.

La Corte, comunque, ha escluso l'applicazione del foro del consumatore anche dal punto di vista del convenuto, negando che le aziende ospedaliere pubbliche siano qualificabili come professionisti. La ragione di tale esclusione è legata alla natura non lucrativa del servizio offerto dalle aziende del S.s.n., e dalle aziende con esso convenzionate, che devono erogare il servizio sanitario a prescindere dal conseguimento di un profitto, mentre l'attività professionale sarebbe sempre imprescindibilmente finalizzata al conseguimento di un profitto. Tale aspetto presenta certamente maggiori profili di complessità, e sarebbe poco serio abbozzare una superficiale smentita senza approfondire l'articolato quadro normativo del S.s.n., che però devierebbe troppo dall'oggetto dell'indagine. Siano consentite solo alcune considerazioni generali volte a mettere in guardia dal rischio di interpretazioni troppo letterali della normativa nazionale, tali da ignorare l'intera impalcatura europea da cui essa ha avuto origine. Sebbene, infatti, l'art. 1 cod. cons. non abbia riprodotto testualmente la definizione di professionista contenuta negli abrogati artt. 1469 bis ss. c.c. ⁽²⁰⁷⁾, eliminando qualsiasi riferimento alla persona giuridica che opera nel quadro di un'attività pubblica, l'interpretazione letterale restrittiva operata dalla Corte sembra porsi in contrasto con la direttiva Ue, con la legge delega del codice del consumo ⁽²⁰⁸⁾ e con altre norme dello stesso codice. E' noto che la giurisprudenza europea e nazionale sponsorizza un'interpretazione delle norme conforme alle fonti comunitarie e compatibile con i principi e criteri direttivi posti dalle leggi delega ⁽²⁰⁹⁾. Ciò è parso tanto più necessario quando vengono in gioco norme che vantano una funzione riequilibratrice a protezione delle parti deboli del rapporto, come appunto quella relativa al foro del consumatore ⁽²¹⁰⁾. Inoltre, non può ignorarsi che il servizio pubblico, ed in particolare quello sanitario, è oggi improntato a criteri di imprenditorialità ed economicità, e vanta un'autonomia organizzativa, gestionale ed economica, nonchè la piena

⁽²⁰⁵⁾ Cass., (ord.) 2 aprile 2009, n. 8093, cit.

⁽²⁰⁶⁾ Da Cass., 25 luglio 2001, n. 10172, In *Giust. civ.*, 2002, I, p. 685, con nota di DI MARZIO, sebbene con riferimento alla disciplina di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c., poi sostituita dal cod. cons.; conf. da Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Danno e resp.*, 2003, p. 701, con nota di PERFUMI;

⁽²⁰⁷⁾ Che peraltro riportavano pedissequamente la definizione contenuta nell'art. 2 let c), dir. Eu n. 13 del 1993.

⁽²⁰⁸⁾ L'art. 7, let. a) l. 229 del 2003 richiama infatti ad un generale adeguamento alla normativa internazionale con formula ribadita nell'art. 1 cod.cons.

⁽²⁰⁹⁾ Cass., sez. un., 17 novembre 2008, n. 27310; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 230, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2668; Corte cost., 17 ottobre 2007, n. 341, in *Giur. cost.*, 2007, 5, p. 3418.

⁽²¹⁰⁾ Tra le tante Corte giust. Ue, 13 dicembre 2007, 463/06, in *resp. e risarc.*, 2008, I, p. 98, che ha addirittura esteso il foro del consumatore al rapporto extracontrattuale; Cass., sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21661, in *Guida dir.*, 2009, 50, p. 27.

personalità giuridica ⁽²¹¹⁾. Sono questi, infatti, gli elementi valorizzati dalla giurisprudenza di merito successiva ⁽²¹²⁾, che si è posta in aperto dissenso rispetto alla Cassazione proprio argomentando dalla struttura aziendalistica delle Asl.

La Cassazione, infine, sembra consapevole che la casa di cura convenzionata si presenta come un'azienda diretta a perseguire un utile, ma ritiene che l'utile rilevi solo nel momento in cui essa stipuli la convenzione con l'ente pubblico. Successivamente, invece, l'attenzione va spostata sulla modalità di erogazione del servizio che, a convenzione perfezionata, sarebbe totalmente equiparabile a quella della struttura pubblica. La logica di un tale ragionamento pare francamente inafferrabile, laddove, anche volendo sorvolare sulla natura aziendale dell'organizzazione e della modalità di erogazione del servizio, e volendo adottare quale parametro di riferimento la produzione di un'utile, nella realtà non è possibile rinvenire una struttura privata, convenzionata o meno, che non abbia di mira l'incameramento di un profitto, almeno quando essa sia strutturata nella forma di impresa.

Comunque, dall'impostazione della Cassazione si può desumere, a contrario, che il paziente danneggiato potrà usufruire del foro del consumatore, e quindi rivolgersi al tribunale nella cui circoscrizione ha la propria residenza, solo nel caso in cui convenga in giudizio una struttura privata non convenzionata oppure una casa di cura convenzionata, ma solo, in quest'ultimo caso, quando la richiesta di risarcimento si riferisca a prestazioni aggiuntive rispetto a quelle rimborsate dall'S.s.n.: in sostanza, il foro del consumatore potrebbe operare solo quando il costo della prestazione sia a carico dell'utente ⁽²¹³⁾.

L'impostazione appena delineata potrebbe ridimensionarsi in seguito ad una recente pronuncia che si riferisce alle prestazioni c.d. *intra moenia* offerte da una struttura pubblica – nella specie un'azienda Ospedaliera Universitaria del S.s.n. –, quando le stesse risultino pattuite al di fuori delle procedure del S.s.n. ⁽²¹⁴⁾. Tale sentenza, pur non ponendosi in aperto dissenso rispetto alla precedente interpretazione, lascia intuire quanto sia labile il confine che esclude la qualifica di professionista nei confronti dello stesso ente pubblico. Si afferma, in particolare che chi abbia usufruito di prestazioni sanitarie può avvalersi del foro del consumatore qualora il rapporto fra lui e la struttura sanitaria del S.s.n. (o convenzionata) <<abbia corso con l'espletamento di una serie di prestazioni aggiuntive, il cui costo sia posto direttamente a carico dell'utente e non del Servizio sanitario nazionale [...], sulla base di un vero e proprio contratto intervenuto fra l'utente e la struttura del S.s.n., salvo per una parte minore che rappresenti il costo aziendale normalmente a carico del S.s.n.>>.

⁽²¹¹⁾ FANTACCHIOTTI, *Il foro del consumatore nel contratto di ospedalità*, in *Il valore dell'uomo*, 2010, 1, p. 18 ss.; LIGUORI, *La competenza per territorio*, in *La responsabilità medica, dalla teoria alla pratica processuale*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 196 ss., spec. pp. 217-218; DE MATTEIS, p. 8 nota 27, osserva che nel diritto comunitario di fonte giurisprudenziale l'equiparazione tra attività sanitaria, erogata in strutture pubbliche, è attività d'impresa è stata sostenuta per l'applicazione della disciplina relativa alla responsabilità del produttore per prodotto difettoso; diversamente in ambito nazionale ad una simile equiparazione viene sempre obiettato il fatto che l'attività sanitaria, a monte dei servizi sanitari, non è attività economica in quanto essi gravano come costo sociale sulla collettività.

⁽²¹²⁾ Trib. Napoli, n. 11253 del 2009.

⁽²¹³⁾ CECCONI-CIPRIANI, *Aspetti processuali*, in *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, Torino, 2014, p. 117, che evidenzia come peraltro in tale caso la Cassazione esclude una disparità di trattamento tra i pazienti del Ssn e quelli delle case di cura private perché questi ultimi, oltre al costo fiscale del servizio, si accollano il costo aggiuntivo della struttura privata.

⁽²¹⁴⁾ Cass., 24 dicembre 2014, n. 27391, in *dejure (online)*, si trattava in particolare di prestazione eseguita dal medico scelto dal paziente e destinato ad intervenire come libero professionista, sebbene nell'espletamento di attività intramuraria, come tale riferibile sempre all'azienda ospedaliera e con l'avvalimento della sua struttura.

Alla luce dell'attuale quadro interpretativo, sembra senz'altro prudente azionare il diritto al risarcimento presso la sede dell'ente convenuto in giudizio secondo i principi generali di cui all'art. 19 c.p.c., per non rischiare di incorrere in eccezioni di incompetenza, anche considerata la sottile linea di demarcazione creata per via giurisprudenziale. Ciononostante, va ribadito che la diversa interpretazione che ammette l'applicazione del foro del consumatore è certamente più coerente con i principi generali in materia, che tra l'altro autorizzano l'interprete a preferire, in caso di dubbio, la soluzione più favorevole al consumatore, anche in fattispecie non espressamente previste.

Per completezza d'indagine, e in attesa di nuovi chiarimenti giurisprudenziali, si segnala altresì che il dibattito potrebbe ritenersi del tutto superato qualora dovesse prevalere l'interpretazione letterale dell'art. 3 della legge Balduzzi, più volte menzionato. Infatti, laddove si affermasse la natura extracontrattuale dell'azione risarcitoria, il foro dovrebbe essere individuato, in virtù degli artt. 20 c.p.c. e art. 1182, comma 4°, c.c., nel luogo in cui l'obbligazione è sorta ovvero dove deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio o, ancora, nel luogo in cui l'illecito si è verificato: in tutti i casi il foro competente sarebbe dunque quello della struttura convenuta in giudizio.

CAPITOLO II

Profili problematici nell'accertamento della responsabilità.

L'interesse verso la tematica del fenomeno della malasana è cresciuto di pari passo con l'attenzione, e talvolta l'allarme, della politica e dell'opinione pubblica a fronte dell'elevato tasso di contenzioso ⁽²¹⁵⁾. L'aumento della litigiosità fra cittadini e operatori sanitari ⁽²¹⁶⁾, come già accennato, è dipeso da fattori di varia natura, da quelli di carattere più soggettivo ed emozionale, che hanno determinato un diverso atteggiamento dei pazienti, a quelli di carattere più oggettivo legati al *trend* giurisprudenziale di ampliamento delle fattispecie di responsabilità ⁽²¹⁷⁾, all'inadeguatezza del sistema assicurativo e preventivo, per finire con i confusi e frammentari interventi legislativi degli ultimi anni.

Tra i peggiori risvolti dell'incremento del contenzioso sanitario si colloca il fenomeno della c.d. medicina difensiva: questo viene descritto come una prassi volta ad adottare o evitare determinate misure e decisioni diagnostiche e/o terapeutiche, ispirandosi più all'obiettivo di allontanare il rischio di un'azione giudiziaria che a quello di proteggere la salute del paziente, che diventa secondario rispetto alla minimizzazione del rischio legale ⁽²¹⁸⁾. Il diffuso malessere della classe medica, che induce il sanitario a modificare il comportamento lavorativo per tutelare la propria carriera, ha origine soprattutto nell'incerta distinzione tra eventi avversi, che rientrano nel normale rischio clinico, ed eventi dannosi, che sono fonte di responsabilità. Anche per questa ragione, è molto avvertita l'esigenza di una standardizzazione delle regole sulla base delle quali fondare ed accertare la responsabilità del medico, ma dietro di essa si cela il rischio di una troppo rigida regolamentazione delle scelte terapeutiche, che nel concreto presentano sempre degli elementi di incertezza.

⁽²¹⁵⁾ Tra i contributi più recenti sul tema si segnalano: ALEO-DE MATTEIS-VECCHIO, *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014; BONA, *La responsabilità medica civile e penale*, Milano, 2013; GIORDANO, *La responsabilità del medico*, Milano, 2013; SMORTO, voce *Responsabilità medica*, In *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg., Torino, 2013, p. 640 ss.; la nozione di *Malpractice*, specie in campo medico, trova le sue radici più lontane in area anglosassone, per uno studio evolutivo del termine v. MOHR, *American Medical Malpractice Litigation in Historical perspective*, in *Journal American Medical Association*, 2000, 283, 13, p. 1731 ss.

⁽²¹⁶⁾ Soprattutto in ambito civilistico, come testimoniato dai dati riportati dall'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici Italiane (ANIA), in *www.ania.org*; in ambito penalistico si è assistito, invece, alla tendenza opposta a partire dalla sentenza Franzese, nella quale le sez. un. chiariscono che, se nel processo penale vige la regola della prova oltre ogni ragionevole dubbio, in quello civile domina la regola del più probabile che non: cfr. IANNONE, *Nesso causale: alla ricerca di un modello unitario (rilievi critici)*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 610 ss.

⁽²¹⁷⁾ Oggi azionabile ex art. 1218 c.c. e quindi, come già evidenziato, rientrante nel paradigma della responsabilità contrattuale: v. ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, cit., p. 1805 ss.; FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 3 ss.; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., che capovolge un orientamento risalente e consolidato, ovvero quello secondo cui in tema di responsabilità del medico spetta all'attore l'onere di provare l'inadempimento (*ex multis* Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 25, con nota di PULIATTI; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2044, in *Giur. it.*, 2000, XI, p. 2015, con nota di ZUCCARO), il presupposto logico della decisione è la negazione della validità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato con riferimento al riparto dell'onere della prova, già affermata da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1934.

⁽²¹⁸⁾ Corte. cost., 14 maggio 2010, n. 178, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2134 usa i termini di *overcompensation*, per indicare l'aumento dell'entità dei risarcimenti e del contenzioso, e di *overdeterrence*, riferendosi ai comportamenti difensivi assunti sia dai medici che dalle compagnie di assicurazione (v. infra cap. V); in una logica storico evolutiva si rimanda a COMANDÈ-TURCHETTI, *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, *passim*; cfr. anche HAZAN-ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, cit., pp. 18 e 439.

Sebbene sul piano sostanziale la responsabilità medica si atteggi, di primo acchito, come responsabilità del professionista ⁽²¹⁹⁾, l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale ha rivelato come non sia possibile applicare asetticamente le categorie relative alla responsabilità professionale, *ex art. 2230 ss. c.c.*. In passato si impiegava un modello di responsabilità unitario per medici e strutture, imperniato sul paradigma della responsabilità professionale, e sorretto dal riferimento alle obbligazioni di mezzi ed alla distinzione tra interventi di difficile e di facile esecuzione ⁽²²⁰⁾. Tale modello, che si fondava sul fatto illecito del medico dipendente pubblico quale presupposto della responsabilità della struttura ⁽²²¹⁾, ha consentito la formazione di regole giurisprudenziali volte a decretare sia la responsabilità extracontrattuale del medico che quella contrattuale della struttura ⁽²²²⁾. Per tale via, si era dato ingresso ad un regime probatorio di particolare favore per medici e strutture, in base al quale il rischio dell'incertezza probatoria gravava sul paziente, che era tenuto a provare la colpa, il danno ed il nesso causale, quali fatti costitutivi dell'obbligo risarcitorio *ex art. 2043 c.c.* Un tale regime probatorio, pertanto, consentiva alla struttura sanitaria ed al medico dipendente di fruire di quei privilegi da sempre riconosciuti al professionista intellettuale ⁽²²³⁾.

L'analisi della responsabilità del professionista in relazione alla tutela della salute, ed agli specifici rischi connessi all'attività sanitaria, ha fatto emergere l'inadeguatezza di tali categorie, in quanto lo scopo di tutela non è solo quello di sanzionare l'inadempimento (o il comportamento illecito) del professionista, quanto quello di assicurare al cittadino una tutela preventiva e risarcitoria del proprio diritto fondamentale ⁽²²⁴⁾.

Alla fine degli anni novanta, infatti, tale modello entra in crisi: dapprima, grazie al c.d. contatto sociale tra medico dipendente e paziente che, concepito come fonte di obblighi di protezione per il medico, fa sì che la responsabilità del medico transiti dal regime dell'illecito aquiliano a quello dell'inadempimento di tali obblighi; successivamente, con il riferimento al principio di vicinanza della prova, si è trasferito sul medico e sulla struttura l'onere della prova della corretta esecuzione

⁽²¹⁹⁾ Con applicazione delle norme di cui agli artt. 1176, 1218, 1256 e 2236 c.c.; ed infatti, in passato, è stata prevalentemente trattata in opere dedicate alla responsabilità professionale, favorendo la creazione di categorie (*id est*, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato) successivamente assunte a paradigma della prestazione professionale: cfr. D'ORSI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1981.

⁽²²⁰⁾ FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, in *La responsabilità nei servizi sanitari* diretto da Franzoni, Bologna, 2011, p. 61 ss.; v. anche per i riferimenti giurisprudenziali FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da Franzoni, Milano, 2010, p. 261.

⁽²²¹⁾ Ancora in Cass., 2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1045 si legge: <<Il positivo accertamento della responsabilità dell'Istituto postula, purtrattandosi di responsabilità contrattuale, la colpa del medico non potendo detta responsabilità affermarsi in assenza di detta colpa>>; l'impostazione risalente nel tempo faceva leva sul fatto che il contratto di cura viene stipulato tra malato e ospedale, per cui quest'ultimo non appariva legato al paziente a alcun rapporto obbligatorio: la letteratura sul punto è vastissima, tra i tanti v. PRINCIAGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 265; per ampi riferimenti v. FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c.*, cit., p. 75 ss.

⁽²²²⁾ PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari* diretto da Franzoni, Bologna, 2011, p. 160.

⁽²²³⁾ Quelli legati alla natura dell'obbligazione (di mezzi) e alla limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c., anche se non presta la sua opera sulla base di un contratto d'opera professionale. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. e imp.*, 2009, 3, p. 545; ZENOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 298; l'applicazione dell'art. 2236 c.c. era già stata sostenuta a prescindere dalla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità da CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 79; la posizione di privilegio ha radici lontane, per le origini storiche del fenomeno v. LUCIANI, voce *Salute (Tutela della salute)*, cit., p. 2.

⁽²²⁴⁾ BUSNELLI, *Presentazione*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 1 ss.

della prestazione professionale ⁽²²⁵⁾, e con esso il rischio dell'incertezza probatoria e della causa ignota ⁽²²⁶⁾.

La massima valorizzazione della portata precettiva dell'art. 32 cost. si coglie nella tendenziale trasformazione di quella che è stata sempre considerata una prestazione di mezzi in una prestazione di risultato ⁽²²⁷⁾, che non è più solo quello di essere curato ma a volte viene allargato sino all'estremo della guarigione ⁽²²⁸⁾.

Gli strumenti normativi previsti dal codice civile sono stati da sempre insufficienti a fronteggiare le peculiari problematiche della materia in esame, e questo spiega il ruolo di massimo rilievo che ha assunto la giurisprudenza, il cui intervento creativo si è reso necessario in ragione di un necessario adeguamento della realtà normativa a situazioni particolari e complesse. Tale opera di adeguamento ha portato a definire il sistema della responsabilità medica come un <<sottosistema della responsabilità civile>> ⁽²²⁹⁾, che tuttavia oggi, a differenza del passato, non corrisponde più ad un sottosistema ibrido in cui si contaminano regole proprie della responsabilità contrattuale per adattare a quella extracontrattuale ⁽²³⁰⁾. Attualmente infatti è predicabile un nuovo ordinamento uniforme ed unitario di responsabilità medica, avente una <<radice comune>> nell'art. 1218 c.c. letto in relazione al nostro sistema aperto di fonti dell'obbligazione, ex art. 1173 c.c., e fondato nell'inadempimento dell'obbligazione quale che sia la natura negoziale, fattuale o legale della fonte da cui deriva ⁽²³¹⁾: tutto ciò è avvenuto grazie all'ascesa del c.d. contatto sociale qualificato che ha consentito di unificare, e per certi aspetti di semplificare, differenti modelli di responsabilità civile di segno radicalmente opposto ⁽²³²⁾.

⁽²²⁵⁾ Cioè dell'evento imprevedibile e non evitabile che ha ostacolato la corretta esecuzione della prestazione ex art. 1218 c.c.; tale principio è alla base della storica Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, p. 770 con nota di LAGHEZZA, pubblicata in numerose riviste, che sancisce dei principi generali in tema di ripartizione dell'inere della prova che saranno esaminati nel paragrafo 1.

⁽²²⁶⁾ DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, cit. p. 545; per le distinzioni connesse al rischio della mancata prova v. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 295-297.

⁽²²⁷⁾ Bisogna tenere presente che già la dottrina risalente evidenziava come la natura dell'obbligazione che il professionista assume nei confronti del cliente abbia sempre come obiettivo il raggiungimento di un risultato SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. It.*, Torino, 1967, p. 27; e soprattutto che il superamento di quella bipartizione in questa materia è stato conseguenza logica della regola del principio generale di vicinanza della prova sancito da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1934, quindi si è giocata principalmente sul piano dell'onere probatorio.

⁽²²⁸⁾ Per tutti si riporta quale esempio la condanna del medico nel caso della paziente che lamentava di soffrire gli stessi disturbi che l'avevano indotta a sottoporsi al trattamento medico, con aggravamento del solo aspetto estetico, affrontato da Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 849, con nota di FIORI-MARCHETTI, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*; v. anche Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, cit., (su cui anche DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, cit., p. 547), che con riguardo ad un intervento di settorinolasticamente eseguito ma non risolutivo dei disturbi respiratori lamentati dalla paziente, afferma che il risultato dovuto dal medico debba individuarsi, non tanto nella corretta esecuzione della prestazione da parte del medico, bensì nell'effettivo miglioramento delle condizioni di salute.

⁽²²⁹⁾ AA.VV., *La responsabilità medica*, Atti del congresso Milano, 20 novembre 2012, Milano, 2013; già DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; cfr. PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, cit., p. 159 ss., spec. p. 161 nota 7.

⁽²³⁰⁾ Come è avvenuto ad esempio con l'estensione dell'art. 2236 c.c. al fatto illecito del medico o, viceversa, con l'estensione dell'art. 2049 c.c. alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, Cass., 17 maggio, 2001, n. 6756, in *Nuova giur. comm.*, 2002, I, p. 365; cfr. PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità*, cit., pp. 161-162.

⁽²³¹⁾ Non più quindi, come in passato, nel fatto illecito del medico dipendente o nell'inadempimento contrattuale della struttura: FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, p. 258; per un punto di vista processualistico v. RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni delle regole probatorie nell'accertamento giudiziale della responsabilità medica (come la legge Balduzzi abbia turbato le acque di Lake Placid)*, in *giusto proc. civ.*, 2, 2014, pp. 354-351.

⁽²³²⁾ Basti ricordare che la predetta teoria è stata applicata dalla giurisprudenza in casi completamente diversi: nel caso di responsabilità della banca per pagamento con falsa firma di traenza, nel caso di responsabilità dell'insegnante,

Come si approfondirà nel presente capitolo, la contrattualizzazione dell'illecito del medico dipendente (così come è avvenuto per la struttura pubblica) ha aggravato sensibilmente le regole di responsabilità, poiché la disciplina prevista dagli artt. 1218 ss. c.c., ispirata al generale principio del *favor creditoris*, addossa al debitore inadempiente un onere probatorio particolarmente sfavorevole. Ciò è dimostrato, altresì, da quella giurisprudenza che fa gravare sul professionista il c.d. rischio delle cause ignote⁽²³³⁾, la quale pur ricercando una semplificazione nell'accertamento della responsabilità sul terreno della causalità, ha sollevato forti critiche legate al timore di una trasformazione della responsabilità contrattuale in responsabilità oggettiva. A tal proposito, si è evidenziato come la nuova conformazione della responsabilità del medico non sia fondata sulla colpa professionale ma sul criterio oggettivo del c.d. fortuito⁽²³⁴⁾. Inoltre, la tendenza verso l'obiettivazione della colpa medica si è manifestata anche mediante la valorizzazione delle linee guida. Tuttavia, se il processo di standardizzazione delle regole cautelari è stato particolarmente utile in altri ambiti (come quello della tutela della sicurezza del lavoro), nel campo della responsabilità colposa del medico incontra tuttora diversi ostacoli.

L'eccessiva rigidità dei parametri di accertamento della responsabilità preoccupa soprattutto i medici, che vedono ogni atto dell'attività terapeutica come unico ed irripetibile, in quanto condizionato dalla individualità del caso clinico e dalla relazione interpersonale tra medico e paziente⁽²³⁵⁾. D'altro canto, con la medicina difensiva, il medico si difende non solo dall'intervento giudiziario per un possibile contenzioso, quanto piuttosto dall'imprevedibilità di quel contenzioso, poiché il sistema giuridico non offre quella chiarezza necessaria a comprendere quali comportamenti siano esigibili dallo stesso, in termini di evitabilità e prevedibilità dell'evento dannoso. La tendenza è stata anche definita come <<medicina dell'obbedienza giurisprudenziale>>⁽²³⁶⁾, che descrive sinteticamente il fenomeno dell'adozione da parte dei medici di quei comportamenti che tengono conto delle pronunce dei giudici in materia. L'imponente paradosso che grava sui professionisti di questo settore, capace di condizionarne le scelte terapeutiche, dunque, si gioca tutto nell'equilibrio tra l'esigenza di chiarezza e predeterminazione delle regole di accertamento della responsabilità ed, al contempo, la flessibilità ed equità nell'applicazione di quei principi al caso concreto, tenendo in dovuta considerazione che il professionista applica le regole di una scienza fallibile.

Tra i possibili differenti approcci al tema si è prescelto quello processuale, come motivato in premessa, ciò non esime però dal considerare gli apporti delle diverse discipline, i cui percorsi si alimentano a vicenda, in un confronto dialettico necessario per comprendere realmente i problemi in

dell'intermediario finanziario ecc.: v. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2011, 9, p. 1693 ss.; v. anche CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 4, 2013, p. 380 ss.

⁽²³³⁾ Ad esempio Trib. Varese, 10 febbraio 2010, in *Juris data (online)*.

⁽²³⁴⁾ O meglio definita <<semiogettiva>> da DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, cit., p. 547, in quanto non fondata sulla colpa come criterio di imputazione, poiché a livello di prova liberatoria si ritiene non essere sufficiente la prova della conformità della prestazione al parametro della diligenza professionale: infatti, anche a fronte della corretta esecuzione dell'intervento il medico deve dare prova del fatto impeditivo che ha precluso la possibilità di un miglioramento delle condizioni di salute del paziente (Cass.13 aprile 2007, n. 8826, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p.1432); il rischio sembra comunque in via di superamento in base a un certo orientamento: da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455; v. *infra* par. 1.2.

⁽²³⁵⁾ PALAZZO, *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e processo*, 9, 2009, p. 1063, in merito alle proposte di legge sull'integrazione della disciplina degli artt. 40 e 41 c.p. in materia di causalità.

⁽²³⁶⁾ FIORI, *la medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. med. leg.*, 2007, 4-5, p. 92 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4, p. 1125 ss.

campo a fronte dell'immutato contesto codicistico ⁽²³⁷⁾. Per chi voglia interrogarsi da processualista sulla responsabilità medica, dunque, non solo è necessario porsi in un'ottica di studio interdisciplinare ⁽²³⁸⁾, ma anche abbandonare categorie concettuali oramai obsolete per riferirsi al generale paradigma di disciplina della responsabilità cui è approdata la giurisprudenza, riferibile unitariamente sia all'attività svolta dalla struttura sanitaria, nella erogazione del servizio sanitario, sia alle prestazioni sanitarie rese dal medico, dipendente di struttura sanitaria o libero professionista ⁽²³⁹⁾.

Coerentemente con gli obiettivi del presente lavoro, si è scelto di offrire una succinta ricostruzione dell'evoluzione interpretativa in tale settore che, a onore del vero, risulta indubbiamente superficiale sotto il profilo sostanzialistico. In realtà, la scelta è orientata dallo scopo di esaminare i problemi pratici che si affrontano nelle aule di giustizia, legati all'operatività concreta dei principi e criteri di accertamento e prova della responsabilità. Questi problemi, infatti, devono essere esaminati anche a vantaggio della fase stragiudiziale prodromica al processo, poiché l'interesse al suo buon esito, può concretizzarsi solo se l'accordo poggi su una verosimile base giuridica, come si vedrà *funditus* nella seconda parte del lavoro. Ciò significa, ad esempio, che molto spesso in fase di mediazione non si possono ignorare le regole giurisprudenziali di accertamento della fattispecie di responsabilità, così come non si può prescindere da un'indagine sull'*an* e sul *quantum debeat*, a volte prima ancora di ricercare la composizione degli interessi in un accordo.

I percorsi giurisprudenziali in materia sono, al contempo, l'effetto e la causa del rilevante contenzioso: *in primis*, perchè la rivisitazione dell'illecito in chiave di contatto sociale è avvenuta per esigenze di giustizia sociale legate alla protezione del paziente, che non solo era vittima dei sempre più numerosi incidenti ma anche onerato dal dimostrare elementi che fuoriuscivano dalla propria sfera di controllo ⁽²⁴⁰⁾; la bontà dello scopo si è però smarrita nel percorso, perché il mondo sanitario e quello assicurativo sono realmente in difficoltà a causa dei consistenti esborsi economici conseguenti ai malfunzionamenti del sistema. Il motivo per cui il tema della miglior gestione (e deflazione) del contenzioso medico-sanitario è diventato così sensibile, è celato dietro il circolo vizioso così creato e deve certamente fare i conti con l'attuale quadro giurisprudenziale.

⁽²³⁷⁾ Tale materia è infatti densa di profili inerenti il diritto costituzionale, come mostra il percorso costituzionale del diritto alla salute delineato in premessa al capitolo 1, il diritto della responsabilità civile ed il diritto sanitario; a conferma dello stretto dialogo con il diritto della responsabilità civile si richiama la vicenda del danno biologico, che ha segnato il recupero del diritto costituzionale della salute come valore che non tollera distinzioni in ragione della estrazione sociale delle persone e della loro capacità di produrre reddito; tra le prime e autorevoli voci che hanno avviato il dibattito dottrinale: v. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 2003; il fatto che per la Costituzione la sanità rientra infatti tra quelle funzioni indeclinabili dello Stato, rivela il nesso indissolubile che si crea, sul piano amministrativo, tra organizzazione della sanità e attuazione della tutela del diritto alla salute, compresa la definizione degli strumenti, delle modalità e delle tecniche attraverso le quali lo Stato risponde alle richieste di cura da parte dei cittadini: FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. publ.*, XIII, Torino, 1997, pp. 513 ss.; senza dimenticare la prospettiva meta-giuridica della bioetica e quella della medicina legale.

⁽²³⁸⁾ Seguendo l'esempio degli studiosi di *common law*: v. KENNEDY-GRUBB, *Medical Law*, London, 2000, p. 1 ss.

⁽²³⁹⁾ Come chiaramente espresso nella nota pronuncia Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁽²⁴⁰⁾ La posizione debole del paziente di fronte alla regola probatoria che gli imponeva di provare la colpa del medico era stata segnalata da BIANCA, *La responsabilità verso l'utente alla luce delle funzioni di assistenza didattica e ricerca nei complessi convenzionati*, in Atti del convegno nazionale ospedale-università, Milano, 1980, p. 156; va comunque segnalato che la revisione del regime probatorio funzionale ad agevolare, sul piano processuale la posizione del paziente è una tendenza comune a molti paesi europei, come la Francia e la Germania: sul tema v. TRAVAGLINO, *La responsabilità medica: nesso causale, colpa e onere della prova*, in *Tagete*, 3, 2006.

1. L'onere della prova: osservazioni generali.

Prima di affrontare le specifiche questioni relative all'accertamento della responsabilità nei giudizi di responsabilità medico sanitaria, è opportuna una sintetica ricognizione dei concetti e delle questioni inerenti l'operatività di alcuni importanti principi nell'ambito del processo, primo fra tutti il principio dell'onere della prova⁽²⁴¹⁾.

L'art. 2697 c.c. richiede all'attore la prova dei fatti che costituiscono il fondamento del diritto che si fa valere con la domanda ed al convenuto di eccepire la verità di tali fatti o la loro idoneità a fondare il diritto vantato dall'attore⁽²⁴²⁾ o, ancora, di provare la sussistenza di <<altri fatti>> impeditivi, estintivi o modificativi del diritto dell'attore⁽²⁴³⁾. Tale norma opera, quindi, un collegamento tra l'onere della prova e le singole norme di diritto sostanziale su cui si basa la pretesa di chi agisce o di chi eccepisce: i fatti che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere sono, infatti, quelli di volta in volta considerati rilevanti dalla norma di diritto sostanziale, tant'è che l'art. 2697 c.c. è considerata una norma in bianco⁽²⁴⁴⁾.

La norma dà per presupposto che l'onere della prova a carico dell'attore abbia ad oggetto i fatti costitutivi del diritto di cui si chiede la tutela, ma tale affermazione richiede una fondamentale precisazione: l'individuazione in concreto dei fatti oggetto di prova deve avvenire sulla base di una lettura combinata dell'art. 2697 c.c. con la norma sostanziale applicabile al caso concreto, pertanto questi fatti variano a seconda della struttura della fattispecie di responsabilità. Ad esempio, ai sensi dell'art. 2043 c.c. la prova è duplice: quella del fatto materiale costitutivo del diritto (condotta, danno e nesso di causa) e quella dell'elemento psicologico, che non è un fatto costitutivo del diritto, ma un'ulteriore condizione necessaria per l'accoglimento della domanda. Per questo si è affermato che ciò che si deve provare ai sensi dell'art. 2697 c.c. sono i fatti costitutivi non del diritto, ma dell'azione⁽²⁴⁵⁾. Diversamente accade per la tutela risarcitoria conseguente all'inadempimento

⁽²⁴¹⁾ Che per principio giurisprudenziale consolidato si ritiene appartenga al diritto sostanziale: v. Cass., 28 marzo 2007, n. 7581, in *Mass. Giur. it.*, 2007; ma tale istituto rappresenta uno dei più evidenti *trait d'union* tra il processo e il diritto soggettivo: COMOGLIO, *Comm. c.c.*, a cura di Alpa-Mariconda, Milano, 2013, *sub art.* 2697 c.c., p. 2964; tra la dottrina che si occupa del tema, senza pretesa di esaustività, si segnala MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; PATTI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 9 ss.; ID, *Onere della prova nel processo civile*, in *Il diritto Enc. Giur.*, X, Milano, 2007, p. 299 ss.; TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, XIII, 1995, p. 76; ID, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010; ROSELLI, *L'onere della prova*, in *Trattato di diritto civile, Attuazione e tutela dei diritti*, IV, diretto da Lipari-Rescigno, Milano, 2009, p. 424; altri riferimenti nelle note a seguire; sul dibattito relativo alla riconducibilità dell'onere della prova al più generale concetto di onere v. QUADRATO, voce *Onere*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, agg., Milano, 2013, p. 437.

⁽²⁴²⁾ Quella che viene tecnicamente definita una <<mera difesa>> che non amplia l'oggetto del processo: PATTI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 9 ss.

⁽²⁴³⁾ Solo in questo caso si parla di eccezioni in senso proprio, che ampliano l'oggetto del processo, v. COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2013, I, pp. 297-315; PATTI, voce *Prova*, cit., p. 9, che mette in luce le due funzioni della norma, non solo quindi quella della ripartizione tra le parti dell'onere, ma anche di evitare il *non liquet* del giudice, che deve dichiarare l'accoglimento o il rigetto della domanda in applicazione della regola secondo cui chi non prova perde; v. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 645-650 anche per la fondamentale distinzione tra fatti principali e fatti secondari.

⁽²⁴⁴⁾ ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino 1967, 293; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 249 ss.; ID, *Comm. c.c.*, cit., p. 2965; ROSELLI, *L'onere della prova*, cit., p. 424; Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.* 2006, I, c. 708, con note di DALFINO e PROTO PISANI.

⁽²⁴⁵⁾ Ossia l'evento materiale e l'elemento psicologico: RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2014, p. 331; e infatti TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 310, parla di fatti riconducibili alla fattispecie legale, necessari per la produzione di un determinato effetto giuridico che l'attore invoca nel processo, che vanno a comporre le <<ragioni giuridiche>> della domanda, ossia la *causa petendi*: COMOGLIO, *Comm. c.c.*, cit., pp. 2965-2966 e 2974.

dell'obbligazione, per la quale, com'è noto, chi ne invoca la tutela è tenuto solo a provare l'esistenza del titolo (che è appunto il fatto costitutivo del diritto), spettando alla controparte dimostrare che l'inadempimento o l'adempimento inesatto è avvenuto per causa ad essa non imputabile, ai sensi dell'art. 1218 c.c. ⁽²⁴⁶⁾. Tuttavia, un'elementare osservazione della fattispecie di responsabilità per inadempimento, mostra che essa racchiude tra i suoi elementi costitutivi lo stesso fatto materiale dell'inadempimento o dell'adempimento inesatto, che la lettera della norma sembra dare per presupposto, non onerando il creditore della sua prova. In quest'ottica si pongono almeno due quesiti, innanzitutto è opportuno chiedersi quale possa essere il criterio che consente di accertare, caso per caso, quali siano i fatti costitutivi della domanda, poi occorre individuare la ragione per cui la prova degli stessi non sia richiesta a chi fa valere il diritto.

La prima questione è antica e, per gli studiosi del processo, è conosciuta come il problema relativo alla distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi, ed alla natura di questi ultimi ⁽²⁴⁷⁾. Il principale problema dogmatico ha riguardato la qualificazione dei fatti impeditivi: cioè se essi siano il negativo del fatto costitutivo ⁽²⁴⁸⁾ o abbiano rilevanza autonoma ed esterna alla fattispecie ⁽²⁴⁹⁾. Nell'ambito del discorso che ci occupa, la seconda lettura troverebbe una spiegazione proprio nella struttura dell'art 1218 c.c., perché l'effetto tipico dell'inadempimento – che è l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria – può venire meno con la prova di un fattore esterno non imputabile che ha reso impossibile l'adempimento.

La regola generale desumibile dal combinato disposto degli artt. 1218 c.c. e 2697 c.c., dunque, è che il fatto costitutivo è rappresentato dall'inadempimento del debitore, la cui allegazione è sufficiente a produrre la responsabilità, salvo che il debitore non dimostri il fatto consistente nell'impossibilità della prestazione per causa non imputabile ⁽²⁵⁰⁾. La fattispecie di responsabilità per inadempimento rappresenta, in sostanza, una regola speciale derogatoria rispetto al paradigma generale dell'art. 2697 c.c., pienamente ammissibile laddove sussistano interessi generali capaci di giustificare un diverso riparto degli oneri della prova ⁽²⁵¹⁾. In linea generale, secondo valutazioni di normalità o di elevata probabilità, vi è un'immediata corrispondenza tra il generale parametro dell'interesse alla prova ed il criterio della facilità a disporre dei mezzi necessari. Tuttavia, chi allega un determinato fatto, volto ad accertare un determinato effetto giuridico a proprio vantaggio, ha la piena convenienza a darne la prova purchè abbia la disponibilità materiale degli strumenti necessari. Pertanto, risponde ad esigenze di opportunità e giustizia distributiva ammettere regole speciali volte a ripartire in modo differenziato tali oneri, tenendo conto della differenziata facilità con cui determinati fatti giuridici possono essere provati da chi abbia interesse al loro accertamento

⁽²⁴⁶⁾ CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 747.

⁽²⁴⁷⁾ SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 407; PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Giuffrè, 2010, p. 121 ss.

⁽²⁴⁸⁾ SACCO, *Presunzione*, cit., p. 405 ss.

⁽²⁴⁹⁾ VERDE, *L'onere della prova*, cit., p. 199; PATTI, voce *Prova*, cit., p. 9.

⁽²⁵⁰⁾ Che sembra assumere la natura di fatto estintivo (COMOGLIO, *Comm. c.c.*, cit., pp. 2977), in quanto l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile (art. 1256 c.c.) rientra tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento; di diverso avviso sembra FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 75 e p. 1271 ss.; parla di fatto impeditivo anche MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, in *Corr. Giur.*, 7, 1998, p. 784; per l'opportuna distinzione tra onere di allegazione e onere della prova v. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 321; COMOGLIO, *Fatti contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 4-5, 2014, p. 1045.

⁽²⁵¹⁾ COMOGLIO, *Comm. c.c.*, cit., p. 2965.

(²⁵²), cioè, in definitiva, in base al c.d. principio di vicinanza della prova (²⁵³). Pertanto, proprio in virtù di questo principio il debitore sarebbe tenuto a provare il fatto che gli ha impedito di adempiere, incidendo nella propria sfera soggettiva. E' stato sostenuto che, in realtà, qui non si tratti di un'inversione dell'onere della prova in senso tecnico, operata sulla base di una presunzione legale, ma di una diversa ripartizione dell'onere della prova (²⁵⁴), che, in astratto, risulterebbe pienamente legittima proprio perché l'art. 2697 c.c. opera uno stretto collegamento tra l'onere della prova e le singole norme di diritto sostanziale (²⁵⁵). Il convenuto quindi non deve necessariamente fornire la prova contraria di ciò che ha dedotto l'attore – che sarebbe incentrata sull'assenza di colpa, e quindi sulla diligenza –, ma può dedurre una circostanza diversa (fortuita) dalla quale risulta che il rapporto eziologico si è interrotto (²⁵⁶).

In realtà, sembra rinvenibile un fondamento anche nella prospettiva di chi vi ravvisa una presunzione legale relativa (o *iuris tantum*), in base alla quale il creditore ha solo l'onere di allegare il fatto presunto *ex lege* (l'inadempimento), ma viene esentato dall'onere di provarlo – che altrimenti graverebbe su di lui secondo la regola generale –, trasferendo sul debitore l'onere di fornire la prova contraria del fatto presunto (che l'adempimento c'è stato ed è stato esatto). Infatti, in tal caso l'inversione dell'onere della prova è solo apparente, poiché l'onere di fornire la predetta prova contraria non si differenzia da quello che lo stesso soggetto avrebbe dovuto sopportare nel caso in cui la controparte processuale fosse riuscita a provare il fatto che la legge considera presunto – in ipotesi di assenza della presunzione legale ed operatività delle regole dell'art. 2697 c.c. (²⁵⁷).

Più precisamente, entrambe le prospettive si giustificano sulla base della distinzione tra prova contraria e prova liberatoria (²⁵⁸): mentre quest'ultima espressione ha mero valore descrittivo dell'onere che grava sul debitore per liberarsi dalla responsabilità, la prima è un concetto processuale con cui si indica la prova che ha per oggetto l'inesistenza del fatto che vuole essere provato dalla controparte. La controprova, dunque, indica semplicemente una prova tendente a risultanze di segno opposto a quanto provato dalla controparte processuale, ma anche, più in generale, ogni prova la cui necessità dell'assunzione scaturisca in conseguenza dell'indicazione di nuovi mezzi di prova ad opera della controparte (²⁵⁹). Pertanto, volendo ragionare, in astratto ma

(²⁵²) COMOGLIO, *Comm. c.c.*, cit., p. 2980, che proprio qui ne ravvisa il fondamento razionale comune sia alla regola generale che alle norme speciali derogatorie.

(²⁵³) Come vedremo il criterio è alla base della celebre Cass., sez. un, 20 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349 ss., con nota di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova* e in *Foro it.*, 2002, I, p. 769 ss., con nota di LAGHEZZA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*.

(²⁵⁴) FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 75 e p. 1271 ss., che ripercorre tutto il dibattito sul fondamento della responsabilità per arrivare a negare che esso sia la colpa, chiarisce infatti come in realtà la prova liberatoria richiesta dal 1218 c.c. sia una prova sulla mancanza del nesso di causa; ma v. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 275 che diversamente parla di presunzione <<semplificante>>.

(²⁵⁵) PATTI, voce *Prova*, cit., p. 9.

(²⁵⁶) Sul punto dell'inversione dell'onere della prova sulla colpa v. anche CARNELUTTI, *op cit.*, p. 623, che sottolinea la differenza tra la prova nella prospettiva processualistica e la prova nel diritto sostanziale.

(²⁵⁷) COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 322 e 650 ss.; si parla anche di inversione del rischio della mancata prova rispetto alla regola generale in TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., p. 76.

(²⁵⁸) Vi è anche però chi confonde e mescola i concetti: SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2014, p. 243, che parla di inversione dell'onere per una presunzione dal mero fatto dell'inadempimento di un altro elemento costitutivo (colpa), onerando il debitore della prova liberatoria dell'impossibilità incolpevole della prestazione, che addirittura qualifica come fatto impeditivo; sul tema v. PALMIERI, *La prova contraria nei giudizi civili: lo stato delle questioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2014, p.1195.

(²⁵⁹) Che deve essere effettuata al più tardi con il deposito della memoria di cui all'art. 183, comma 6°, n. 3, c.p.c., MURRONI, in *Comm. C.p.c.*, diretto da Consolo, *sub art. 183*, cit., p. 2264; sul tema in generale RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004; v. anche PALMIERI, *La prova contraria nei giudizi civili*, cit., p. 1195, che attraverso una lettura

con riferimento alla fattispecie in esame, la c.d. prova liberatoria consiste nella causa sopravvenuta non imputabile che ha reso impossibile l'adempimento (il c.d. fortuito), mentre la prova contraria sarebbe legata all'esattezza adempitiva (la diligenza) ⁽²⁶⁰⁾. E' evidente, infatti, che si può parlare di prova contraria ogni volta in cui la prova liberatoria sia in concreto volta a contrastare una prova diretta della controparte o a vincere una presunzione, potendo i due concetti sovrapporsi in certi casi ⁽²⁶¹⁾.

Una prima osservazione conclusiva di quanto sin qui affermato riguarda il limite di legittimità dell'inversione o della modificazione del riparto degli oneri di prova, anche in deroga alla regola generale dell'art. 2697 c.c.: l'ammissibilità è professabile soltanto qualora le deroghe siano tali da non rendere eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale dei rapporti giuridici coinvolti, poiché, in caso contrario, esse si porrebbero in contrasto con le garanzie costituzionali del giusto processo ⁽²⁶²⁾. Deve, quindi, reputarsi razionale, proprio in virtù del principio di vicinanza della prova, che la prova positiva di un fatto eccezionale (la causa non imputabile) sia accollata a chi intenda trarne effetti favorevoli (debitore), esonerando il creditore dall'onere di darne la prova negativa (il mancato adempimento). La stessa *ratio*, invece, non sembra ravvisabile quando il fatto costitutivo della domanda è l'adempimento inesatto, poiché l'esonero dalla prova non si giustifica in base ai principi menzionati: l'attore dovrà fornire la prova dell'inesattezza adempitiva, mentre il convenuto si libererà fornendo la prova contraria (l'esatto adempimento). Si tenga presente, infatti, che la conseguenza del mancato assolvimento dell'onere è piuttosto incisiva per la parte che chiede la tutela del suo diritto, traducendosi in una pronuncia di rigetto nel merito, con conseguente passaggio in giudicato sostanziale ⁽²⁶³⁾.

1.1 Le presunzioni giurisprudenziali: istruzioni per l'uso.

Il problematico inquadramento della categoria dei fatti costitutivi è legata al fatto che, sul piano concreto, l'art. 2697 c.c. non offre alcun criterio per l'individuazione della differenza rispetto agli altri fatti rilevanti nel processo ⁽²⁶⁴⁾, giustificando la necessità di affidarsi volta per volta alle regole di esperienza ⁽²⁶⁵⁾, che ha dato adito all'ampio ricorso alle c.d. presunzioni giurisprudenziali ⁽²⁶⁶⁾.

costituzionalmente orientata dell'istituto, dimostra come la prova contraria sia assolutamente necessaria a contrastare la totalità degli elementi emergenti dall'escussione della prova diretta, consentendo alla controparte di reagire alle pretese avversarie in una posizione di parità.

⁽²⁶⁰⁾ L'interesse alla deduzione della prova contraria, quindi, deriva direttamente dall'allegazione del fatto presunto, non, invece, dalla deduzione della prova diretta PALMIERI, *La prova contraria nei giudizi civili*, cit., p. 1201.

⁽²⁶¹⁾ Per la dottrina, infatti, la prova contraria non ricomprende anche le prove a supporto di fatti modificativi, estintivi ed impeditivi, che, essendo volte alla dimostrazione di fatti diversi da quelli costitutivi e non alla loro negazione, altro non sono che prove dirette, ma non contrarie: PATTI, voce *Prova*, cit., p. 11; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 398; in passato il fatto impeditivo è stato considerato come l'inverso di quello costitutivo: in questo senso SACCO, *Presunzione*, cit., p. 405 ss.; seguendo questa impostazione, ormai superata, la prova del fatto impeditivo sarebbe contraria; *contra* VERDE, *Onere della prova*, cit., p. 199; PATTI, *Prove*, cit., p. 93; PALMIERI, *La prova contraria nei giudizi civili*, cit., p. 1198, che comunque precisa che la prova contraria può essere diretta o indiretta, potendo avere ad oggetto, nella seconda accezione, anche un fatto diverso e incompatibile con quello provato dalla controparte.

⁽²⁶²⁾ COMOGLIO, *Comm. c.c.*, cit., p. 2989; SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., p. 241.

⁽²⁶³⁾ COMOGLIO, *Comm. c.c.*, cit., p. 2968.

⁽²⁶⁴⁾ Si è affermato che una regola sembra sussistere solo sul piano astratto, con riferimento alla distinzione tra <<fatti causali>>, che determinano l'azione e devono essere provati da parte dell'attore, e <<fatti che incidono sulla fattispecie solo in modo occasionale>>, come elementi impeditivi, la cui mancanza non va provata da chi agisce: RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 321.

⁽²⁶⁵⁾ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino 2013, p. 201.

Il tema riveste un ruolo di primaria importanza nella valutazione dell'operato della giurisprudenza, ma è stato finora trascurato negli studi sostanzialistici sulla responsabilità sanitaria⁽²⁶⁷⁾, perciò deve essere affrontato a partire dai risultati cui è giunta la dottrina processualcivilistica⁽²⁶⁸⁾. Con l'espressione presunzioni giurisprudenziali si fa riferimento al fenomeno della creazione, da parte della giurisprudenza, di regole di ripartizione dell'onere della prova che non trovano riscontro nell'ordinamento positivo, in quanto distribuiscono gli oneri in modo differente da quanto previsto dall'art. 2697 c.c.⁽²⁶⁹⁾. Il problema è serio, in quanto per la ripartizione dell'onere probatorio fra le parti in causa i giudici spesso utilizzano elementi che dovrebbero, invece, rilevare unicamente ai fini della valutazione delle prove o della formazione del convincimento del giudice⁽²⁷⁰⁾. In sostanza, tale fenomeno si pone sullo stesso piano delle presunzioni legali relative senza che vi sia, però, alcuna norma che le preveda, e che preveda, tantomeno, un potere discrezionale del giudice rispetto alla ripartizione degli oneri probatori⁽²⁷¹⁾. Il problema è legato essenzialmente alla modalità di utilizzo dello strumento da parte dei giudici, alla mancanza di un fondamento teorico delle scelte discrezionali ed alla mutevolezza degli orientamenti giurisprudenziali che, specie nel settore che ci occupa, ha portato ad una totale anarchia delle decisioni.

Va comunque osservato che le presunzioni giurisprudenziali sono state accolte con favore dalla dottrina nella misura in cui costituiscono espressione del principio di vicinanza della prova, e consentono di rimediare alle difficoltà connesse alla prova dei fatti negativi, nonché di pervenire ad una appropriata composizione degli interessi sostanziali coinvolti nel processo, anche garantendo un'adeguata tutela dei soggetti considerati deboli⁽²⁷²⁾. Sarà allora necessario, alla luce di queste

⁽²⁶⁶⁾ <<Questa impostazione tende a sopravvalutare il ruolo delle massime di esperienza, che pur importantissime come criterio utilizzabile dal giudice per la valutazione delle prove, si rivelano però del tutto insufficienti come guida per la ripartizione dell'onere della prova; quindi per individuare se l'onere sia a carico dell'attore o del convenuto e, soprattutto, con riferimento a quali fatti lo sia, è indispensabile un criterio preciso che non può essere lasciato all'*id quod plerumque accidit*, ma richiede una valutazione ponderata della struttura dell'azione che viene proposta>>, così RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 321; le massime di esperienza rilevano nel momento del giudizio in quanto possono fondare le c.d. presunzioni semplici, sono utilizzate cioè come criterio oggettivo per risalire dal fatto noto al fatto ignorato, BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, 2014, p. 194, lo stesso discorso vale per l'affermazione di una presunzione non prevista dalla legge, che rappresenta pertanto il risultato del libero apprezzamento del giudice, il quale, sulla base delle regole di esperienza, trae la conseguenza dell'esistenza del fatto ignoto a partire dal fatto noto: PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 2001, p. 127 ss.; su altro tema ma sempre in senso critico dell'uso giurisprudenziale delle presunzioni v. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2002, p. 601.

⁽²⁶⁷⁾ Salve rare eccezioni: OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, spec. 1264 ss.; FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e imp.*, 1, 2014, p. 79.

⁽²⁶⁸⁾ Tra i vari contributi sul tema si ricorda VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 322 ss.; PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., p. 139 ss.; TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, cit., p. 254 ss.

⁽²⁶⁹⁾ Vanno quindi tenute distinte dalle presunzioni ex art. 2729 c.c. che attengono al diverso piano della prova critica, o indiretta, consistente nell'indurre da un fatto noto l'esistenza di un fatto ignoto.

⁽²⁷⁰⁾ PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., p. 140.

⁽²⁷¹⁾ TARUFFO, *Presunzioni*, (*Dir. proc. civ.*), in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 3; ID, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 754 ss.; criticate sia sul piano dell'analogia, in quanto le norme sulle presunzioni legali sono considerate eccezionali (VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, cit., p. 183) che sul piano della violazione del diritto di difesa e del contraddittorio, in quanto non sono conosciute prima dalle parti (COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 293); comunque ogni a. mette in rilievo anche gli aspetti positivi del fenomeno, che spesso evita alla parte attrice di dovere fornire una prova negativa, seguendo criteri di ragionevolezza e di vicinanza alla prova che tengono conto anche della esigenza di tutela della parte debole.

⁽²⁷²⁾ Consentendo al magistrato di avere uno strumento per integrare lo scarno e insufficiente dettato letterale dell'art. 2697 c.c., di elaborare regole di ripartizione dell'onere della prova che in qualche modo gli consentano di razionalizzare

considerazioni, considerare le singole presunzioni di volta in volta elaborate dai giudici per verificare se e fino a che punto esse, oltre ad apparire fondate su di un ragionamento sufficientemente rigoroso e convincente sul piano tecnico-giuridico, siano effettivamente rispondenti al principio di riferibilità della prova ed all'esigenza di realizzare una soddisfacente ed equilibrata composizione degli interessi in gioco in quel determinato processo, eventualmente anche concedendo una speciale tutela alla parte debole del giudizio. Come vedremo, sono particolarmente aspre le critiche nei confronti degli orientamenti giurisprudenziali che favoriscono il paziente tramite una presunzione relativa della sussistenza del nesso di causalità⁽²⁷³⁾, ed ancora di più lo sono le critiche all'indirizzo che deduce, in via presuntiva, la sussistenza del nesso causale tra la condotta del medico ed il pregiudizio lamentato dal paziente dall'omessa o difettosa compilazione della cartella clinica⁽²⁷⁴⁾.

Per quanto interessa il nostro discorso, va segnalato che la giurisprudenza è giunta ad unificare la distribuzione degli oneri in giudizio⁽²⁷⁵⁾, con un evidente intento di semplificazione, in tutte le azioni il cui fatto costitutivo comune è l'inadempimento di una delle parti, in virtù del principio di persistenza del diritto di credito e di vicinanza della prova⁽²⁷⁶⁾: in tali casi, il creditore che agisce ha solo l'onere di allegare e provare l'esistenza del titolo contrattuale, ma non l'inadempimento dell'obbligato, poiché compete a quest'ultimo eccepire, allegare e provare di avere adempiuto, o di non aver potuto adempiere per causa non imputabile. Nulla di nuovo rispetto a quanto si poteva ricavare dalla lettura sistematica delle norme, ricostruita nel paragrafo precedente: apparentemente, dunque, non si tratta di presunzione giurisprudenziale, ma la vera novità è consistita nell'uniformazione della regola rispetto alle azioni di adempimento e a quelle di risoluzione e risarcimento del danno, che ha composto un risalente dibattito sorto in seno alla giurisprudenza⁽²⁷⁷⁾.

la vastissima e mutevole esperienza dei casi concreti: VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, cit., p. 188 ss.; FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali"*, cit., p. 87.

⁽²⁷³⁾ Quando, secondo regole di comune esperienza, il mancato risultato è indice probabile di «inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale», la giurisprudenza allevia l'onere probatorio del creditore mediante una presunzione (semplice) di inadempimento. Cfr. Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953, in tema di prestazioni medico-chirurgiche; cfr. MENGONI, Op. loc. cit..

⁽²⁷⁴⁾ In senso critico nei confronti degli orientamenti giurisprudenziali che favoriscono il paziente tramite una presunzione relativa alla sussistenza del nesso di causalità pare v. SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in Franzoni (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, cit., p. 117; sul problema, più in generale, dell'accertamento del nesso eziologico nella responsabilità civile si rinvia a TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101 ss.

⁽²⁷⁵⁾ Cass., sez. un., 20 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349 ss., con nota di MEOLI, risoluzione per inadempimento ed onere della prova; in *Foro it.*, 2002, I, p. 769 ss., con nota di LAGHEZZA, Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo; in *Corriere giur.*, 2001, 1569, con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; è comunque fatta salva l'ipotesi in cui il convenuto opponga l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. che rovescia l'onere; indirizzo seguito dalla giurisprudenza successiva cfr. Cass., 13 giugno 2006, n. 13674, in *Rep. Foro it.*, 2006, contratto in genere, n. 622.

⁽²⁷⁶⁾ Si parla di «presunzione di persistenza» del diritto soggettivo azionato, comune alle azioni di adempimento, di risoluzione per inadempimento e di risarcimento dei danni da inadempimento, per dire che una volta dimostrata l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine, grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo costituito dall'adempimento; in altre parole, sebbene l'inadempimento rappresenti elemento costitutivo della pretesa del creditore, dalla relativa prova quest'ultimo è in concreto sollevato, spettando al debitore l'onere di dimostrare l'adempimento come fatto estintivo dell'obbligazione; secondo il principio di vicinanza della prova, l'onere del fatto dell'inadempimento va posto a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento stesso, quindi sul debitore; così Cass., sez. un., 20 ottobre 2001, n. 13533, cit.

⁽²⁷⁷⁾ Secondo l'indirizzo a lungo prevalso si distingueva tra azione di esecuzione (c.d. di manutenzione) e azione di risoluzione (e la connessa azione risarcitoria): nel primo caso si diceva che l'attore era tenuto ad allegare e provare il

Le sezioni unite si pongono in questa prospettiva nel momento in cui collegano la presunzione di persistenza del diritto all'art. 2697 c.c., considerando quindi, sia pure implicitamente, la norma già in grado di giustificare la conclusione per cui la tutela del creditore si collega direttamente alla prova del fatto costitutivo del credito. La pronuncia fa riferimento, però, anche alle esigenze di ordine pratico che impongono di non accollare al creditore la prova di un fatto negativo difficilmente dimostrabile attraverso fatti positivi contrari ⁽²⁷⁸⁾; tanto più che il fatto che l'inadempimento si sia prodotto nella sfera personale del debitore, fa venire in considerazione anche il principio di vicinanza della prova.

Le principali critiche a questo orientamento hanno riguardato il mancato approfondimento della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno in base alla distinzione tra adempimento inesatto ed inadempimento definitivo. I commentatori, infatti, hanno manifestato un forte dissenso rispetto alla compiuta generalizzazione ⁽²⁷⁹⁾, che rappresenterebbe uno scorretto uso delle presunzioni. Infatti, lamentata inesattezza dell'inadempimento, l'onere della prova grava certamente sulla parte che ha ricevuto la prestazione stessa, poiché, in questo caso, la violazione allegata non consiste nel fatto negativo del mancato adempimento, ma nel fatto positivo dell'avvenuto adempimento inesatto ⁽²⁸⁰⁾: affermare che anche in questi casi l'onere grava sul medico significa negare i principi della persistenza del credito e della vicinanza della prova alla base della ricostruzione.

La definitiva consacrazione del principio di vicinanza della prova quale regola integrativa della schematica formula dell'art. 2697 c.c., spostando l'onere probatorio su colui al quale risulta più agevole ⁽²⁸¹⁾, trova la sua più frequente applicazione proprio nel campo della responsabilità medica.

solo titolo (negoziale o contatto sociale) come fatto costitutivo dell'azione, mentre spetta al convenuto provare eventuali fatti impeditivi o estintivi; mentre nel secondo caso l'onere dell'attore comprendeva anche il fatto costitutivo dell'inadempimento della controparte, toccando a quest'ultima la prova che l'inadempimento è stato incolpevole; in tal senso, riguardo all'art. 1218 c.c. v. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2853, in *Rass. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 595; cfr. Cass., 8 ottobre 2004, n. 20037, in *Rass. Foro it.*, 2004, voce *Obbligazioni in genere*, n. 57; Cass., 9 gennaio 1997, n. 124, in *Rass. Foro it.*, 1997, voce *Prova civile in genere*, n. 5; cass. 5 maggio 1967, n. 886, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2591; confermato anche dalla dottrina MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1097; PATTI, *Prove. Parte generale*, cit., 120 ss.; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 590 ss.; il diverso indirizzo, confermato dalle sezioni unite del 2001, sosteneva appunto che tutte le azioni il cui fatto costitutivo comune è l'inadempimento di una parte, il creditore che agisce ha solo l'onere di provare il titolo e il danno, e di allegare l'inadempimento dell'obbligato, cui spetterà eccepire, allegare e provare di aver adempiuto o di non aver potuto adempiere per causa non imputabile, v. Cass., 27 marzo 1998 n. 3232, in *Corr. Giur.*, 7,1998, p. 784, con nota di MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la cassazione a una svolta?*; v. in materia sanitaria Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; v. più di recente Cass., 15 luglio 2011, n. 15659, in *Rass. Foro it.*, 2011, voce *Obbligazioni in genere*, n. 34.

⁽²⁷⁸⁾ Rispetto ai quali il problema riguarda non tanto l'onere, ma la modalità della prova, che va comunque data: SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2014, p. 243, che distingue tra fatti negativi specifici che consentono di ricorrere alla prova di fatti positivi incompatibili e fatti negativi generici, che giustificano il ricorso alla prova presuntiva; sulla prova dei fatti negativi v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *La prova nel processo civile*, cit., p. 117 ss.; PATTI, *Prove* cit., 53 ss.; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio* cit., 576 ss. ove ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali; sottolinea l'estraneità del principio *negativa non sunt* probanda al pensiero giuridico moderno MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., n. 155.

⁽²⁷⁹⁾ L'orientamento è seguito dalla giurisprudenza maggioritaria: Cass., 21 luglio 2011, n. 15993; Cass., 7 giugno 2011, n. 12274.

⁽²⁸⁰⁾ MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova*, cit., p. 784; Id., *Inadempimento e onere della prova*, cit., p. 1569.

⁽²⁸¹⁾ RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 321.

1.2 L'onere della prova nell'ambito della responsabilità medica.

Il dibattito sulla natura della responsabilità, non ancora del tutto pacificato ⁽²⁸²⁾, è denso di relevantissimi risvolti in punto di disciplina applicabile con riferimento all'onere della prova ⁽²⁸³⁾. La radicale differenza di disciplina rivela l'abissale differenza di struttura tra la responsabilità contrattuale ⁽²⁸⁴⁾ ed extracontrattuale: mentre nella prima il diritto al risarcimento sorge per effetto dell'inadempimento di un'obbligazione preesistente, nella seconda nasce dallo stesso fatto illecito. Proprio sulla scorta di questa premessa, la giurisprudenza è giunta alla conclusione che la responsabilità extracontrattuale non rappresentasse la forma giuridica più aderente alla realtà materiale dell'illecito del medico dipendente dalla struttura pubblica, considerato che tra lo stesso ed il paziente si instaura un rapporto prima del momento del danno ⁽²⁸⁵⁾, ancorchè non si possa parlare tecnicamente di accordo. Il ragionamento alla base di tale operazione ermeneutica fa leva sul rapporto qualificato che si instaura fra medico e paziente e sull'impossibilità di ridurre il medico ad un *quisque de populo*, tenuto al mero rispetto della regola del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. ⁽²⁸⁶⁾. Al medico, dunque, non è richiesto semplicemente di astenersi dal ledere la sfera giuridica altrui, ma piuttosto di attivarsi e collaborare per il soddisfacimento delle aspettative ingenerate nel paziente, che è entrato in "contatto" con un soggetto che riveste una particolare competenza professionale. Quest'ultimo, infatti, è gravato da un obbligo di protezione della salute - assimilato ormai a una vera e propria prestazione ⁽²⁸⁷⁾ - che trova il suo fondamento negli artt. 2 e 32 della costituzione. Questa differente struttura dell'illecito, come si diceva, giustifica la diversa allocazione dell'onere probatorio in quanto differenti sono gli elementi costitutivi del diritto e dell'azione, che l'art. 2697 c.c. pone a carico dell'attore. Si è già più volte evidenziato che, in

⁽²⁸²⁾ V. l'aperto dibattito sull'interpretazione dell'art. 3 della c.d. legge Balduzzi: GRANATA, *L'evoluzione della responsabilità civile del sanitario all'indomani della legge Balduzzi: prime applicazioni giurisprudenziali e problematiche in campo*, in corso di pubblicazione; CARBONE, *La responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 4, 2013, p. 367 ss.

⁽²⁸³⁾ Come pure al grado della colpa, alla prescrizione del diritto al risarcimento del danno, ed alla tipologia di danni risarcibili: v. PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità*, cit., p. 185 e 186.

⁽²⁸⁴⁾ Parlare di natura contrattuale è ormai considerata una convenzione lessicale accettata dai pratici del diritto, ma che non trova riscontro negli istituti generali del codice: la responsabilità ex art. 1218 c.c. ha in realtà carattere derivativo, poiché conseguenza dell'inadempimento di una preesistente obbligazione la cui fonte può trovarsi nel contratto, nel fatto illecito, ma anche in <<altro atto o fatto>> idoneo a produrla ex art. 1273 c.c., v. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1072.

⁽²⁸⁵⁾ PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità*, cit., p. 185; Cass. 22 gen. 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 e ss.; la Corte ritiene, infatti, che una responsabilità come quella aquiliana, incentrata sul momento del danno, mal si adatti a descrivere una relazione come quella fra medico e paziente che origina ben prima del momento del danno, cioè quando il secondo si affida alle cure del primo: la relazione che intercorre fra i soggetti è tale per cui al medico non è richiesto semplicemente di astenersi dal ledere la sfera giuridica altrui, ma piuttosto di attivarsi e collaborare per il raggiungimento delle aspettative ingenerate nella controparte.

⁽²⁸⁶⁾ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 e ss. e in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss., con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁽²⁸⁷⁾ Si rammenta la celebre ricostruzione di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177, che legge l'obbligo di protezione come c.d. obbligazione senza prestazione; per i riferimenti della maggioritaria dottrina contraria v. PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità*, cit., p. 165; v. anche DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e imp.*, 1, 2014, p. 123 nota 2 e nel testo, dove si evidenzia che Cass., 27 gennaio 1999, n. 589, cit., introduce una responsabilità da contatto sociale per il medico dipendente che in realtà <<devia dal modello dottrinale in quanto nelle applicazioni giurisprudenziali il <<contatto diviene contratto>> (ultimamente <<contratto di protezione>> in Cass. 13 luglio 2013, n. 18341) e gli <<obblighi di protezione>> si tramutano in <<obbligo di prestazione>>; in definitiva a seconda dell'impostazione, gli obblighi di protezione hanno origine <<per la regola della buona fede nell'affidamento dal paziente riposto sullo status professionale del medico, anche in mancanza di un rapporto di prestazione, o nel "contatto sociale" come "fatto" che, ex art. 1173, è "idoneo" ad essere fonte di obblighi>>.

manca di un'apposita regolamentazione normativa della materia⁽²⁸⁸⁾, la concreta disciplina è di fatto rimessa all'elaborazione giurisprudenziale, che in questo settore si è impegnata principalmente sul fronte della ripartizione dell'onere della prova tra le parti in causa.

Posto che, come anticipato, l'avvento della teoria del contatto sociale ha di fatto uniformato la responsabilità del medico dipendente, del libero professionista e della struttura, ai fini della ripartizione dell'onere della prova occorre oggi riferirsi al combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 c.c., che racchiude un principio universale conosciuto anche nei paesi di *common law*⁽²⁸⁹⁾.

Nel 2004 la Suprema corte, con l'evidente scopo di alleggerire il carico probatorio incombente sul paziente, ritiene di dovere applicare anche nel settore della responsabilità medica il regime probatorio elaborato dalle sezioni unite nel 2001 con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni in generale⁽²⁹⁰⁾. Di conseguenza, il paziente, a prescindere dal grado di difficoltà della prestazione sanitaria rimasta inadempita, è sempre tenuto a provare soltanto il contratto stipulato con la struttura sanitaria (e/o il contatto sociale, laddove venga in rilievo la responsabilità del singolo medico) ed il danno (*sub specie* di aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento), e ad allegare l'inadempimento della prestazione suddetta (vedremo poi i caratteri dell'allegazione); mentre, spetta all'operatore sanitario l'onere di provare, al fine di andare esente da responsabilità, di avere correttamente ed esattamente eseguito il trattamento diagnostico o terapeutico, nonché che gli esiti peggiorativi per la salute del paziente sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile o dall'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con l'ordinaria diligenza professionale⁽²⁹¹⁾.

I nuovi orientamenti giurisprudenziali emersi a partire dal 2004 non modificano, invece, gli approdi

⁽²⁸⁸⁾ Fatte salve le previsioni introdotte dall'art. 3 della legge Balduzzi, di cui si darà conto in seguito.

⁽²⁸⁹⁾ In tutti i sistemi giuridici nei quali si discute di responsabilità medica si assiste alla contrapposizione tra l'affermazione, da un lato, di una regola generale per cui, in conformità all'universale principio *actori incumbit probatio*, per ottenere un risarcimento il paziente deve dimostrare la colpevole commissione di un errore da parte del medico e la sussistenza di un nesso causale tra questa ed il danno da egli lamentato e l'elaborazione, dall'altro, di numerose regole operative dirette ad alleggerire – in misura diversa, a seconda dell'ordinamento di volta in volta preso in considerazione – un onere probatorio a carico del paziente che, applicando rigorosamente la regola, risulterebbe irragionevolmente onerato: in questo senso HONDIUS, *General introduction*, in *The development of medical liability*, a cura di Hondius, Cambridge, 2010, p. 14 ss.

⁽²⁹⁰⁾ FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 93.

⁽²⁹¹⁾ Le pronunce alle quali si fa riferimento nel testo sono Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, con note di FEOLA, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o guarigione è accolto in Cassazione*, e NOCCO, *La "probabilità logica" del nesso causale approda in sede civile*; Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, tutte in *Danno e resp.*, 2005, 23 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*; cfr. Izzo, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130 ss.; l'indirizzo affermatosi dal 2004 segna il superamento della contestata distinzione tra prestazioni di facile esecuzione e quelle implicanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, quale criterio di distribuzione dell'onere della prova dell'inadempimento della prestazione sanitaria; tali circostanze è sufficiente che vengano semplicemente allegate dal paziente insoddisfatto, ma oggi la distinzione rappresenta solo il criterio per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa del medico ai fini dell'applicazione dell'art. 2236 c.c., fermo restando che grava, comunque, sul medico stesso l'onere di provare che la prestazione sia di particolare difficoltà, sul punto FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 93 ss.; un ulteriore passo nella direzione di agevolare la posizione processuale del paziente, dal punto di vista dell'*onus probandi*, viene poi compiuto da una pronuncia che consente di avvalersi del predetto regime anche al paziente che non ha avuto alcun beneficio dal trattamento sanitario, cioè a prescindere da un peggioramento delle proprie condizioni di salute: ossia in caso di <<inalterazione>> rispetto alla situazione che ha reso necessario l'intervento Cass. 13.4.2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824, con nota di GORGONI, *Le conseguenze di un intervento inutile*, e in *Riv. it. med. legale*, 2008, 872, con nota di FIORI E MARCHETTI, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*; v. anche FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2007, 967 ss.; ID, *"Presunzioni giurisprudenziali"*, cit., p. 92; tutti in senso critico.

in merito all'onere della prova del nesso causale: resta invariata, infatti, la regola per cui incombe sul paziente l'onere di fornire la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del sanitario e l'evento dannoso ⁽²⁹²⁾.

Il tema dell'accertamento del nesso causale rappresenta uno dei nodi più dibattuti nel panorama giurisprudenziale e dottrinale e, come vedremo nei paragrafi successivi, il terreno della responsabilità medica è stato uno dei più favorevoli allo sviluppo di teorie poi generalizzate a tutto il settore della responsabilità.

La svolta intrapresa dalla giurisprudenza del 2008 solleva il paziente dall'onere di provare la sussistenza del nesso eziologico tra l'operato del medico e il danno subito, sulla base di una presunzione che spetterebbe alla controparte vincere fornendo la prova contraria ⁽²⁹³⁾. Sulla base delle precisazioni compiute nei paragrafi precedenti, specie rispetto ai concetti di prova contraria e prova liberatoria, è possibile osservare che questo indirizzo costituisce un'applicazione della sovrapposizione dei due concetti: la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c. viene fatta coincidere con la prova contraria della presunzione del nesso di causa ⁽²⁹⁴⁾. Si fa convergere, cioè, la causa non imputabile e la prova del fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra l'inadempimento e la lesione lamentata dal paziente. Come vedremo, tale orientamento, benchè sembri maggioritario, non può dirsi uniforme perchè altre pronunce continuano a pretendere dal paziente la prova del nesso causale ⁽²⁹⁵⁾. Tale presunzione, inoltre, è stata più volte utilizzata dalla giurisprudenza successiva nelle limitate ipotesi dei trattamenti sanitari di facile esecuzione ed in tema di omissioni e inesattezze nella tenuta della cartella clinica ⁽²⁹⁶⁾.

In definitiva, uno degli aspetti in cui si riscontra la totale anarchia delle decisioni riguarda proprio la prova liberatoria del sanitario: secondo un certo orientamento, consolidatosi dalle sezioni unite del 2008, essa consiste nell'alternativa dimostrazione di avere, rispettivamente, esattamente adempiuto oppure nella dimostrazione del fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra l'inadempimento e la lesione ⁽²⁹⁷⁾; secondo un filone giurisprudenziale successivo al 2004, e per

⁽²⁹²⁾ Cass. 24.5.2006, n. 12362, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Professioni intellettuali*, n. 196; DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. e imp.*, 2009, 3, p. 546; cfr. Cass. 28 maggio 2004, n.10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 25; ma Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, supera la difficoltosa prova del nesso di causa riconoscendo il danno da perdita di chance.

⁽²⁹³⁾ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; conf. da Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Giust. civ.*, 9, 2013, p. 1802, con nota di VALORE. Cass., sez.un., 11 gen. 2008, n. 577 in *Resp. civ.* 2008, p. 397 e ss. con nota di CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ e prev.*, 2008, p. 856 e ss., con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione fra obbligazioni di mezzi e risultato*.

⁽²⁹⁴⁾ Che va distinta dalla prova contraria del fatto di avere regolarmente ed esattamente adempiuto la prestazione sanitaria, che non riscontra una presunzione giurisprudenziale, ma una presunzione legale di inadempimento - per chi la legge nel 1218 (v. Comoglio, nota..) - con il medesimo effetto di onerare la contro parte della prova contraria.

⁽²⁹⁵⁾ Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, in *Contr.*, 2013, 897; Trib. Rovereto 2.8.2008, in *Danno e resp.*, 2009, 525, con nota di TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*; Trib. Bari 8.7.2009, n. 2300, in *Rep. Giur. it.*, 2009, *Sanità e Sanitari*, p. 86, tutte continuano a richiedere al paziente insoddisfatto l'onere di provare la sussistenza del nesso eziologico fra il trattamento sanitario e la lesione alla salute lamentata in giudizio; BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 8-9, 2012, p. 882; FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali"*, cit., p. 92.

⁽²⁹⁶⁾ Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, cit.; Trib. Rovereto 2.8.2008, cit.; l'esame delle tendenze interpretative della giurisprudenza dimostrano una progressiva tendenza a ridurre ad aree di eccezionalità le ipotesi di interventi ritenuti di speciale difficoltà, con la conseguente applicazione tendenzialmente generale della regola generale, sul punto LONGOBUCCO, *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1391 e ss.; v. infra...

⁽²⁹⁷⁾ Cass., Sez. Un., 11.1.2008, n. 577, cit.; Cass. 11 novembre 2011, n. 23562, cit.; Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334, cit.

certi versi ancora attuale ⁽²⁹⁸⁾, l'oggetto della prova liberatoria richiesta al medico riguarda, oltre alla diligenza usata nell'intervento, anche la circostanza che l'insuccesso delle cure fosse dovuto a un fattore imprevisto e imprevedibile, oppure alla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato non accertabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale.

L'impostazione che prende le mosse dalle sezioni unite del 2008, che sembra in via di consolidamento, propone una soluzione di compromesso che cerca di equilibrare l'esigenza di tutela del paziente e, quella contrapposta, di evitare un eccessivo aggravio della posizione del medico alla luce del principio di vicinanza della prova ⁽²⁹⁹⁾. Tale soluzione non è stata esente da critiche che hanno evidenziato come, in realtà, sia proprio lo stesso principio di vicinanza alla prova che, ove correttamente applicato, dovrebbe portare ad accollare al paziente la prova sia delle inesattezze adempitive del medico che del nesso di causa ⁽³⁰⁰⁾.

Il problema è conosciuto, sul piano sostanzialistico come quello della distribuzione del rischio delle c.d. cause ignote: infatti ammettere che il sanitario possa liberarsi, in alternativa, oltre che fornendo la prova dell'insussistenza di un nesso eziologicamente rilevante tra il proprio operato e il danno lamentato dal paziente, anche solo dimostrando di avere adottato tutte le cautele necessarie per prevenire ed evitare ciò che rientrava nella sua sfera di controllo, lascerebbe insoddisfatta la pretesa risarcitoria del paziente qualora rimanga sconosciuto il fattore che ha determinato il peggioramento delle sue condizioni fisiche. Per questa ragione la giurisprudenza successiva ⁽³⁰¹⁾ ha affermato che, se il sanitario non è in grado di provare che il proprio inadempimento non ha avuto efficacia causale (ossia di dimostrare che il fatto lesivo è stato interamente determinato da accadimenti imprevisti e imprevedibili), l'evento dovrà essere a lui imputato. Dal lato pratico, il problema è quello delle c.d. complicanze inevitabili, ossia quegli eventi causati da fattori di rischio rientranti nell'alea terapeutica ⁽³⁰²⁾, di cui il medico non è in grado di fornire la prova liberatoria, che richiederebbero l'introduzione di un sistema di indennizzo sganciato dalle regole della responsabilità civile (c.d. no-fault sistem) ⁽³⁰³⁾.

⁽²⁹⁸⁾ Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit.; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, cit.; Cass. 24 maggio 2006, n. 12362, cit.; Cass. 13.4.2007, n. 8826, cit. Nello stesso senso si è espressa, più di recente, pure Cass. 7.6.2011, n. 12274, in *Danno e resp.*, 2012, 401, con nota di BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.

⁽²⁹⁹⁾ FACCIOLI, "Presunzioni giurisprudenziali", cit., p. 92.

⁽³⁰⁰⁾ Essendo appunto il malato stesso colui che, meglio di ogni altro, appare in grado di ricostruire il decorso causale della propria patologia BARBARISI, *Onere di allegazione*, cit., 885; MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova* op. cit., 1579 ss.; cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 315.

⁽³⁰¹⁾ Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Giust. civ.*, 9, 2013, p. 1802, con nota di VALORE, che dichiara di applicare il criterio affermato da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577, cit.; Cass. 19.2.2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367 ss.

⁽³⁰²⁾ Sul tema delle infezioni nosocomiali, in passato ricondotto a un modello di imputazione oggettiva della responsabilità in capo alla struttura, si segnala una recente pronuncia che apre verso una concezione soggettiva dell'imputazione, attraverso l'apprezzamento della diligenza dei medici: Cass., 7 giugno 2011, n. 12274, con nota critica di RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delinea i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2012, p. 540 ss.; ID, *La responsabilità civile della struttura e del medico per le infezioni nosocomiali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1527v. anche AMBROSIO, *Danno da infezioni ospedaliere: la difesa civilistica del medico*, in *www.dannoallapersona.it*; BONA, *Danno da infezioni ospedaliere: considerazioni pratiche sull'azione per il risarcimento dei danni*, in *www.dannoallapersona.it*; cfr. App. Milano, 16 febbraio 2006, in *Resp. civ.*, 2006, p. 664, con nota di FACCI.

⁽³⁰³⁾ Analogo a quello del sistema francese che ha introdotto un sistema di indennizzo a carico di un sistema di assicurazione obbligatoria o, oltre una certa soglia di gravità, di un fondo di garanzia alternativo alla via giudiziaria, comunque utilizzabile da parte del paziente in caso di rifiuto della proposta di indennizzo o dalle assicurazioni in via di regresso: Izzo, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione*

La coerenza delle soluzioni va sempre misurata con le regole in materia di riparto dell'onere esaminate in precedenza, in base alle quali è evidente che laddove il soggetto onerato tale prova non riesca a dare, il medesimo rimane soccombente⁽³⁰⁴⁾. E' evidente allora, che nella prassi diventa una questione di scelta del giudice, di volta in volta investito della causa, che dovrà procedere ad effettuare un bilanciamento di esigenze e di riequilibrio di posizioni: il problema è che la discrezionalità del giudice non può arrivare a modulare caso per caso una regola, come quella sull'onere, che dovrebbe essere fissa per elementari esigenze di difesa riconosciute a ciascuna parte. Quando si osserva il problema dal punto di vista della capacità di condurre ad un'equilibrata e soddisfacente composizione dei contrapposti interessi – la salute individuale e collettiva da un lato, la reputazione professionale di medici e strutture sanitarie, dall'altro – emergono le criticità di un siffatto regime probatorio eccessivamente sbilanciato in favore del paziente. Il risultato è quello di assoggettare le strutture e gli operatori sanitari ad un trattamento processuale irragionevolmente più rigoroso di quello riservato alla responsabilità di altre categorie professionali⁽³⁰⁵⁾, limitando fortemente la loro possibilità concreta di riuscire effettivamente a difendersi in giudizio ed alimentando le prassi di c.d. medicina difensiva, con tutti gli evidenziati risvolti negativi sull'efficienza del sistema.

1.3 La c.d. legge Balduzzi e l'aggravamento dell'onere probatorio.

A questo punto dell'indagine emerge chiaramente come l'evoluzione giurisprudenziale, densa di incongruenze, incertezze e forzature, non agevoli la composizione degli interessi in campo e, seppur ispirata da nobili scopi, si traduca indirettamente in una non soddisfacente tutela della salute, mortificando il ruolo di chi è professionalmente garante di quel diritto. L'unico buon frutto dell'evoluzione giurisprudenziale è consistito nell'individuazione di un paradigma giuridico unitario della responsabilità medica che, quantomeno in astratto, sarebbe idoneo ad individuare un criterio di giudizio per accertare in modo puntuale la responsabilità del sanitario. Esso, però, non è stato raccolto dal legislatore, che, al contrario, sembra mortificare il risultato raggiunto, poichè l'art. 3, d.l. n. 158 del 2012 (c.d. decreto Balduzzi), convertito con la l. n. 189 del 2012, stravolge le linee generali della materia, con una norma ambigua ed incompleta⁽³⁰⁶⁾. Il riferimento esplicito all'art. 2043 c.c. contenuto nel comma 1°, infatti, sembra rinviare all'originario inquadramento in ambito aquiliano per la responsabilità del medico non vincolato da alcun contratto al paziente⁽³⁰⁷⁾. Tale

giurisprudenziale, in *Danno resp.*, 2005, 130 ss.; sull'opportunità di un intervento del legislatore cfr. ALPA, *Gli incerti confini*, cit., p. 1832; si interroga circa la necessità di sistemi pubblici di indennizzo ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., 327.

⁽³⁰⁴⁾ Cass., 9 ottobre 2012 n.17143

⁽³⁰⁵⁾ LONGOBUCCO, *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1391 ss. ad accentuare l'impressione che i giudici elaborino regole probatorie *ad hoc* da applicare nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria contribuiscono, inoltre, le riflessioni di NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2012, 953.

⁽³⁰⁶⁾ L'art. 3, comma 1°, è stato integralmente riscritto in sede di conversione rispetto alla sua originaria formulazione, in base alla quale <<fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'acertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale>>.

⁽³⁰⁷⁾ DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e imp.*, 1, 2014, p. 123 ss.; RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 345 ss. spec. 351,

diverso inquadramento, come già chiarito, comporterebbe di riflesso una diversa disciplina dell'onere della prova (e non solo). I vari problemi generati dall'art. 3 sono stati rilevati non solo dalla dottrina unanime⁽³⁰⁸⁾, ma dalla stessa giurisprudenza in seno alla quale le critiche si sono condensate in una questione di legittimità costituzionale⁽³⁰⁹⁾. La Corte costituzionale ha in breve tempo dichiarato manifestamente inammissibile la questione per <<insufficiente descrizione della fattispecie concreta>>⁽³¹⁰⁾.

L'esplicito riferimento all'art. 2043 c.c. è l'anomalia che più delle altre complica l'innesto ed il coordinamento della suddetta norma nel sistema sopra delineato, come emerge dalle varie soluzioni interpretative proposte: da quella che, a partire da un'interpretazione letterale della norma, ritiene radicalmente mutata la natura della responsabilità⁽³¹¹⁾, con tutto ciò che ne consegue in punto di disciplina applicabile, all'opposto orientamento che riferisce il richiamo al mero obbligo di ristoro dei danni – precisazione peraltro inutile – e non alla natura della responsabilità⁽³¹²⁾. Una terza impostazione, invece, ritiene il richiamo riconducibile alla sola ipotesi di illecito penale non punibile per colpa lieve⁽³¹³⁾, per finire con la tesi che circoscrive l'art. 2043 c.c. alla sola responsabilità del medico⁽³¹⁴⁾.

che evidenzia lo scopo della norma di alleggerire gli oneri risarcitori gravanti sul sistema sanitario; PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il Decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 350.

⁽³⁰⁸⁾ CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 367 ss. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico*, cit., p. 123 ss.; RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 351 ss.

⁽³⁰⁹⁾ v. il remittente Trib. Milano, (ord.) 21 marzo 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367 ss.; ma v. anche Trib. Varese, 26 novembre 2012; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030; Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367 ss.

⁽³¹⁰⁾ Corte cost., (ord.) 6 dicembre 2013, n. 295, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁽³¹¹⁾ Trib. Torino, 15 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367, con nota di CARBONE; Trib. Varese, 26.11.2012, in *Danno e resp.*, 2013, p. 376; con ritorno all'impostazione pre 2009 (Cass. 1999, n. 589); trib. Milano, (ord.) 21 marzo 2013, in.. sul tema v. anche BUFFONE, *L'equilibrio precario della responsabilità medica sotto il pendolo di Foucault introdotto dalla legge 189/2012*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, a cura di Martini-Genovese, Santarcangelo di Romagna, 2012.

⁽³¹²⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit., che in un *obiter dictum* ha ribadito la validità della giurisprudenza sul contatto sociale; cfr. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico*, cit., p. 367 ss.; Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, sul quale IANNONE, *Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 711; RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 363; nega qualsiasi valore al riferimento, perché intervenuto in sede di conversione del decreto legge senza che in esso vi fosse alcuna traccia BONA, *La r.c. medica dopo il decreto legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta applicazione e per la (dis)applicazione delle nuove disposizioni*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, cit., *passim*.

⁽³¹³⁾ *Contra* RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 361 ss. spec. nota 24.

⁽³¹⁴⁾ In questo ambito vi è chi limita l'operatività della norma al solo medico dipendente Trib. Varese, 26 novembre 2012, in *Guida dir.*, 2013, 17, p. 23; Trib. Enna, 18 maggio 2013, in *Danno e resp.*, I, 2014, p. 74 ss.; anche in tal caso con ritorno all'impostazione pre Cass. 1999, n. 589; CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico*, cit., p. 383; HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., p. 537 ss.; e chi invece la ritiene applicabile a tutti i medici, v. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3*, cit., p. 130 ss., la quale ritiene che <<il testuale ed esclusivo riferimento all' esercente una professione sanitaria ed alla colpa (ex art. 3 del d.l. n. 158/2012)>> si riferisca << a tutti i medici, siano essi liberi professionisti o dipendenti di struttura, per accreditare un modello di responsabilità professionale che, indifferente alle partizioni della responsabilità civile, si fondi sempre sulla colpa (in ciò il senso del rinvio nell'art. 3 all'art. 2043 c.c. che ritengo operato sulla base di un suo stretto collegamento, supposto ma non esplicitato, con gli artt. 1176 e 2236 del codice civile (Un tale legame emerge chiaramente dalle precedenti stesure dell'art. 3)>>; con la conseguenza che la responsabilità di medici e delle strutture si configurano come autonome e distinte << autonome per titolo in quanto fondate su titoli diversi, dovendosi per la responsabilità del medico (dipendente di struttura) fare capo all'art. 2043 c.c., per quella della struttura, all'art. 1218 c.c.; distinte per criteri di imputazione, in quanto la responsabilità del medico è da ricondurre al paradigma della responsabilità professionale e quindi alla colpa professionale e la responsabilità della struttura al paradigma della responsabilità d'impresa (nell'accezione comunitaria) che, per le attività dirette all'erogazione di servizi che incidono sulla salute delle persone, non può che essere retta dal principio di precauzione ispirandosi a criteri di responsabilità (semi)oggettiva.>>.

In questa sede, piuttosto che esaminare nel dettaglio gli argomenti contro e a favore di ogni singola tesi, si vogliono considerare gli effetti sulla gestione del contenzioso conseguenti ad una riqualificazione della responsabilità del medico dipendente. Si deve dare per scontato che non potrebbe seriamente ipotizzarsi la generale qualificazione in termini di fatto illecito di tutte le fattispecie di responsabilità, poiché nessun valido argomento varrebbe ad escludere la presenza di un contratto tra paziente e libero professionista o tra paziente e struttura sanitaria⁽³¹⁵⁾. Postulato, poi, che la responsabilità della struttura ha acquisito una definitiva autonomia rispetto al fatto illecito del medico dipendente, se si volesse attribuire un significato sostanziale al richiamo si decreterebbe il superamento dell'unitario regime, che porterebbe delle rilevanti conseguenze anche sul piano della gestione giudiziale e stragiudiziale del contenzioso.

Il rischio è quello che emerge dalle osservazioni della dottrina più accorta⁽³¹⁶⁾, ossia che all'alleggerimento dell'onere probatorio del medico dipendente pubblico, se non proprio valutabile in chiave di immunità come in passato, corrisponderebbe un aggravamento della responsabilità della struttura sanitaria. Così si spezza il legame tra la responsabilità del medico dipendente e quella della struttura, con la conseguenza che al posto del primo risponderrebbe la seconda⁽³¹⁷⁾.

Da un punto di vista strettamente processuale occorrerebbe capire quali siano i rapporti tra le diverse azioni: da un lato, quella di responsabilità nei confronti del medico dipendente, a cui si affianca quella solidale della struttura *ex art. 1228 c.c.* – che presuppone la prima –, dall'altro, l'autonoma azione di responsabilità della struttura per inadempimento di obblighi che fanno capo esclusivamente ad essa. In questa prospettiva, è evidente il problema di coordinamento che si pone nel caso in cui il paziente convenga in giudizio sia la struttura che il medico, quando l'evento lesivo sia dipeso dal comportamento di quest'ultimo: l'accertamento della colpa del sanitario, da effettuarsi secondo la logica aquiliana, è un presupposto per l'affermazione della responsabilità dell'ente, che andrebbe accertata ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., che implicano, invece, un regime radicalmente diverso⁽³¹⁸⁾. E' necessario chiedersi, cioè, se nella responsabilità solidale tra medico e struttura si configuri un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra l'azione aquiliana nei confronti del medico e quella contrattuale della struttura, per inadempimento avvenuto tramite il suo ausiliario. Il rapporto di pregiudizialità-dipendenza è apparentemente smentito sul piano sostanziale, laddove si rischia di svuotare totalmente di significato l'art. 1228 c.c., qualora si sostenesse che per poter condannare la struttura pubblica si dovesse sempre accertare, a monte, la responsabilità del sanitario⁽³¹⁹⁾. A ben vedere, però, tale rischio è solo apparente, perché è evidente che la fattispecie di responsabilità per fatto altrui non perde la propria autonomia strutturale nonostante uno dei suoi

⁽³¹⁵⁾ Peraltro, è stato chiaramente evidenziato come l'art. 3 l. n. 189 del 2012 si applichi solo alle persone fisiche ed, in specie, ai medici dipendenti/collaboratori dell'ente v. HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., pp. 540-542 e 560 ss.

⁽³¹⁶⁾ DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3*, cit., pp. 126 ss. e 138 ss.

⁽³¹⁷⁾ Sul punto si discorda con DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3*, cit., p. 138 ss, laddove sembra alludere ad un riequilibrio tra le posizioni, ritenendo allineati gli interessi di medici e strutture che non sempre lo sono in concreto.

⁽³¹⁸⁾ Pone il quesito, ma non lo risolve HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., pp. 564-565.

⁽³¹⁹⁾ L'art. 1228 c.c. configura un'autonoma fattispecie di responsabilità per fatto altrui, che nasce dall'inadempimento di obblighi preesistenti provocato da soggetti diversi del debitore, che riveste una posizione di garante per l'operato dei soggetti di cui si avvale nell'esecuzione della prestazione, v. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 773; ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e resp.*, 1, 2014, p. 74 ss., spec. nota 26; BARBARISI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 4, p. 289 ss.

elementi costitutivi (il fatto altrui) sia a sua volta un'autonoma fattispecie giuridica ⁽³²⁰⁾. La soluzione positiva, tuttavia, non solo sarebbe suggerita dalle elaborazioni della dottrina processualciviltistica ⁽³²¹⁾, ma sarebbe altresì opportuna per evitare un contrasto di decisioni: l'accoglimento della domanda risarcitoria contro la struttura ed il rigetto di quella contro il medico. Diversamente, se si ammettesse l'esistenza di un rapporto di pregiudizialità tecnica tra le due domande, sarebbe il giudice ad accertare incidentalmente la responsabilità del medico, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., a meno che le parti chiedano una decisione sul punto con efficacia di giudicato. Il rigetto della domanda nei confronti del medico, gravata com'è dall'onere previsto dall'art. 2043, potrebbe determinare il conseguente rigetto di quella nei confronti della struttura ex art. 1228 c.c. Quindi, il risultato molto probabile di tale impostazione sarebbe quello di spingere i pazienti ad azionare la causa solo contro la struttura, che si vedrebbe costretta, non solo a gestire la controversia ed a liquidare il risarcimento, ma anche a proporre l'azione di rivalsa, con conseguente aggravio dei tempi e dei costi pubblici, influenzando negativamente sul sistema giustizia nel suo complesso ⁽³²²⁾. La prospettiva sembra antieconomica anche sul piano della gestione stragiudiziale, dove si evidenzia un duplice problema: il differente regime di accertamento della responsabilità, infatti, può avere dei risvolti in caso di un coinvolgimento del medico nella fase stragiudiziale. Innanzitutto quest'ultimo, forte di un carico probatorio alleggerito in caso di eventuale giudizio, potrebbe non assumere un atteggiamento collaborativo; secondariamente va rilevato che, anche qualora il medico partecipasse attivamente, difendendosi per il timore di una futura rivalsa, una mediazione con una pluralità di contrapposti interessi in gioco ha meno possibilità di avere successo se non strutturata con opportuni accorgimenti. Ciò rivela anche che le scelte legislative compiute finora, impongono la priorità di una migliore gestione del contenzioso: questa non potrebbe più prescindere dall'istituzione di protocolli specifici che tengano conto della composita natura degli interessi in campo e, come vedremo, sono imprescindibili per un'efficiente gestione del contenzioso. Sempre nella prospettiva di gestione stragiudiziale del contenzioso, va altresì rilevato che le indicazioni legislative spostano l'attenzione dal soggetto che ha commesso il fatto all'organizzazione, cioè alla ricerca di quei fattori che hanno agevolato o reso possibile l'incidente ⁽³²³⁾. Non a caso, l'art. 3 bis della legge Balduzzi chiede proprio alla struttura di attivarsi per una efficiente prevenzione e gestione del rischio, in quanto soggetto che è in grado di prevenire più efficacemente il danno,

⁽³²⁰⁾ A sostenere tale agomentazione soccorre, sul piano processuale, l'art. 34 c.p.c.: sull'ambito di opretatività della norma MENCHINI, voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1995, p. 8 ss. che riporta le divergenze dottrinali; peraltro, sul piano sostanziale la responsabilità "altrui" può essere ricondotta ad altro titolo v. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 540.

⁽³²¹⁾ Si segnalano solo alcuni dei principali: MENCHINI, voce *Accertamenti incidentali*, cit., p. 8 ss.; DENTI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 158 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386 ss., cit., p. 393 ss.; ID., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 446; GARBAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 69 ss.; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, p. 475 ss.

⁽³²²⁾ Si condivide la ricostruzione di ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e resp.*, 1, 2014, p. 80 ss., ma per osservare le conseguenze negative a sistema invariato; più diffusamente v. HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 570, dove emerge con chiarezza che la rivoluzione normativa (i.e. il passaggio per il medico dal sistema dell'inadempimento all'illecito aquiliano) trova un senso soltanto se l'organizzazione in cui esso è inserito potenzia le logiche di prevenzione.

⁽³²³⁾ ZORZIT, *La responsabilità del medico*, cit., p. 74 ss.; come emerge anche da Trib. Enna, 18 maggio 2013, cit.; va segnalato che la soluzione di traslare la responsabilità sulle sole strutture non è affatto nuova, ma costituisce il motore di numerose proposte di riforma, come registrato da NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, Torino, 2010, pp. 300 e 304 ss., *ivi* anche per alcune osservazioni critiche.

perché può controllare e gestire i fattori e i soggetti in cui si struttura il suo agire⁽³²⁴⁾. Dunque, senza un efficiente sistema di prevenzione e gestione del rischio (anche quello del contenzioso), la norma non solo non risolve i problemi processuali e sostanziali in campo, ma rischia persino di aggravare il problema economico, incrementando le richieste di risarcimento nei confronti delle strutture pubbliche, responsabili solidalmente o autonomamente⁽³²⁵⁾. E' palese la contraddizione con la stessa *ratio* che ha ispirato il decreto Balduzzi⁽³²⁶⁾, dove la finalità di ridurre i costi legati al contenzioso sembra addirittura prioritaria rispetto all'obiettivo di combattere la "malasanità".

Almeno per il momento, sembra, comunque, doversi accantonare la qualificazione in chiave aquiliana della responsabilità del medico dipendente, non solo alla luce delle problematiche appena esposte, che non sembrano interessare il legislatore, ma in virtù dei consolidati principi elaborati dal diritto vivente. La stessa Corte di Cassazione⁽³²⁷⁾, infatti, è intervenuta su questo aspetto, rigettando l'interpretazione in chiave extracontrattuale e – facendo uso del suo potere nomofilattico funzionale al superamento di oscuri testi normativi –, ha confermato la solida lettura contrattuale della vicenda tra paziente, medico e struttura. Sarebbero altre, dunque, le innovazioni degne di nota introdotte dalla c.d. legge Balduzzi e, tra queste, spicca la finalità di contenimento dell'obbligo risarcitorio, attraverso il richiamo agli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209 del 2005 (Codice delle assicurazioni private). Di questa e delle altre novità inerenti il riconoscimento giuridico delle linee guida, oggi essenziali per l'accertamento della colpa, si darà conto nei paragrafi seguenti, nei limiti di quanto rientra negli scopi della presente trattazione.

2 L'accertamento dell'errore medico e della sua rilevanza causale.

I problemi e le difficoltà di inquadramento dell'attività di accertamento della colpa contrattuale possono essere compresi soltanto a partire da una premessa di fondo sulla base dogmatica di questo concetto. Secondo un'opinione dominante in dottrina, l'art. 1218 c.c. prevede una responsabilità oggettiva del debitore, quindi quando si afferma che egli è in colpa altro non si intende che quel debitore è inadempiente: si usa la colpa, cioè, come sinonimo di inadempimento⁽³²⁸⁾. Anche questa impostazione parla, però, di colpa contrattuale con riferimento alle c.d. prestazioni di mezzi, nelle quali il mancato raggiungimento del risultato – non dedotto all'interno dell'obbligazione – è idoneo

⁽³²⁴⁾ BUSNELLI-PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 2013, p. 281; ZORZIT, *La responsabilità del medico*, cit. p. 82.

⁽³²⁵⁾ CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico*, cit., p. 380 ss.; DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico*. L'art. 3, cit., p. 126.

⁽³²⁶⁾ Per i confronti su i mutamenti tra decreto (d. l. n. 158 del 2012) e legge di conversione (n. 189 del 2012) v. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico*, cit., p. 367 ss.; DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico*. L'art. 3, cit., p. 126 ss.

⁽³²⁷⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.; seguita anche dalla giurisprudenza di merito successiva: GERBI-SARDELLA, *Il danno alla persona derivante da attività sanitarie*, in *Danno e resp.*, 12, 2013, p. 1221 ss.; cfr. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2, 2014, p. 97.

⁽³²⁸⁾ Non è possibile ricostruire in questa sede i termini del dibattito in materia, che rappresenta uno dei temi più dibattuti e su cui la dottrina non sembra aver trovato una visione unanime; si segnalano solo due esponenti di spicco dell'attuale panorama dottrinale, che vede contrapporsi chi nega che si tratti di responsabilità colposa, FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 195, e chi, invece, ritiene che, anche in ambito civilistico, non possa darsi responsabilità senza colpa, BIANCA, *La responsabilità*, V, Milano, 2001, *passim*; il contrasto su di un tale tema di fondo è alimentato dalla stessa giurisprudenza che spesso parla di presunzione di colpa applicando poi i parametri di accertamento di una responsabilità essenzialmente oggettiva: v. FRANZONI, *L'illecito*, cit.

a far presumere l'inadempimento del debitore ⁽³²⁹⁾. Emerge chiaramente come la distinzione tra prestazione di mezzi e di risultato – pur non influenzando più come in passato sul riparto degli oneri probatori ⁽³³⁰⁾ –, è in realtà ancora rilevante rispetto all'accertamento della colpa ed al contenuto della relativa prova ⁽³³¹⁾: si è visto che nelle prestazioni sanitarie – tipicamente di mezzi –, laddove si lamenti un adempimento inesatto, la prova della diligenza è la controprova dell'inadempimento inteso come fatto costitutivo della responsabilità, mentre laddove si lamenti che la prestazione non è stata affatto eseguita, la prova liberatoria dell'art. 1218 c.c. è la prova del fatto impeditivo del prodursi degli effetti della responsabilità – che in definitiva è prova dell'interruzione del nesso di causa ⁽³³²⁾. Solo nel primo caso, infatti, si può parlare di colpa contrattuale, che non diverge da quella extracontrattuale, in quanto la tecnica di accertamento consiste nel valutare la condotta adottata in concreto, in relazione allo *standard* di diligenza richiesto in quella data situazione, individuato sulla base di elementi oggettivi e soggettivi: il parametro di valutazione della condotta è quello del professionista modello individuato sulla base delle qualità dell'agente concreto (elementi soggettivi) che agisce nella situazione concreta (elementi oggettivi) ⁽³³³⁾.

Queste precisazioni vanno tenute a mente quando si legge nella giurisprudenza l'espressione <<presunzione di colpa>>, spesso usata in modo indifferenziato: ha senso parlare di colpa solo quando rileva la prova della diligenza. Ne discende che professionisti, strutture sanitarie ed assicurazioni vengono condannati al risarcimento non soltanto nei casi in cui è provata la colpa, ma anche quando, pur essendovi indizi a sostegno della corretta esecuzione della prestazione, non può ritenersi pienamente raggiunta la prova che il medico ha osservato tutte le *leges artis* del caso concreto. Alla luce di tale ricostruzione si è affermato che l'evoluzione giurisprudenziale ha portato la colpa professionale del medico verso un'oggettivazione della responsabilità ⁽³³⁴⁾, anche se, come vedremo in seguito, tale affermazione trova un senso compiuto in riferimento all'accertamento relativo al nesso causale fra la condotta del medico e le conseguenze dannose ⁽³³⁵⁾. Nell'economia del presente lavoro non trova spazio una specifica analisi delle fattispecie di responsabilità omissiva – come il caso dell'omesso accertamento diagnostico o terapeutico – rispetto alle quali la sovrapposizione dei piani della colpa e della causalità è ancora più accentuata. Pertanto, le

⁽³²⁹⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 196.

⁽³³⁰⁾ DE MARIA, *Le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, cit., p. 217 ss.; la revisione dei concetti, oggi sviluppata anche dalla giurisprudenza si deve alle critiche di MENGONI, *Obbligazioni di <<risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>* (*studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., 280 ss., 366 ss.; v. Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Resp. civ.*, 2006, p. 229 con nota di FACCI; in materia sanitaria conf. da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁽³³¹⁾ E' soprattutto nell'ambito della responsabilità medica, costantemente assunta quale esempio tipico della prestazione di mezzi (Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1403), che si è assistito alla trasformazione in obbligazione di risultato, almeno nelle ipotesi degli interventi di facile esecuzione, della chirurgia estetica e della responsabilità del medico dentista, v. anche per la giurisprudenza DE MARIA, *Le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, cit., p. 234 note 27, 28, 29; cfr. Cass., 13 gennaio 2005, n. 583, in *Resp. e risarc.*, 2005, 2, p. 44, con nota di MARTINI.

⁽³³²⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 195 ss. e 213.

⁽³³³⁾ Tra le tante v. Cass., 13 aprile 2007, n. 8826.

⁽³³⁴⁾ La stessa Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno resp.*, 2005, 32, parla di dimensione <<para-oggettiva>>; cfr. Aa.Vv., *L'accertamento della colpa medica: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra equità e rispetto del codice civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 9, 2011, p. 1924 ss.; ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 10, 2010, p. 2218.

⁽³³⁵⁾ L'unica vera distinzione tra responsabilità oggettiva e soggettiva riguarda, infatti, l'allocatione del rischio delle cause ignote per FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 269.

osservazioni seguenti sono principalmente limitate all'accertamento della colpa commissiva, benchè alcune di esse possono valere in entrambi i casi.

Mentre i giudici in passato si sono preoccupati di tutelare i diritti dei pazienti sul versante processuale – intervenendo sulla modulazione dell'onere della prova e facendo spesso ricorso a presunzioni giurisprudenziali –, oggi invece il legislatore ha esplicitato una regola specifica per la sola responsabilità del medico, modellata sul concetto di colpa professionale – come criterio di imputazione – e di diligenza professionale *ex art. 1176, comma 2°, c.c.* – come criterio di accertamento della stessa ⁽³³⁶⁾.

L'obiettivo perseguito dal legislatore – nell'ancorare la responsabilità civile del medico alla colpa – sembra proprio quello di scongiurare i rischi connessi alla cd. medicina difensiva ⁽³³⁷⁾, riducendo di conseguenza i costi per le cure c.d. inappropriate ⁽³³⁸⁾. Tale scopo, che era chiaro nell'originaria versione del decreto, benchè in modo più sfumato, risulta anche dall'attuale formulazione dell'art. 3, laddove si trova un esplicito riferimento alle linee guida quali parametri di valutazione giudiziale delle condotte mediche, sovvertendo un orientamento che attribuiva loro un valore meramente orientativo ⁽³³⁹⁾.

Un'ulteriore argomento a supporto della scelta del regime probatorio collegato al paradigma dell'art. 1218 c.c. – oltre a quelli esposti nei paragrafi precedenti – riguarda l'eccessiva gravosità a carico del paziente dell'onere di allegare e provare in giudizio la suddetta colpa, nella sua componente oggettiva e soggettiva. Per dare sostanza a tale affermazione è necessario esaminare con sintesi analitica in cosa consiste tale accertamento in giudizio, per poi passare a valutare l'impatto della nuova norma che positivizza le linee guida.

L'accertamento in concreto della colpa medica muta da caso a caso in relazioni alle diverse componenti, oggettive e soggettive, della stessa: una prima importante distinzione è quella tra colpa generica - per imprudenza, imperizia e negligenza - e colpa specifica - per violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline – ⁽³⁴⁰⁾. Il medico, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti la propria attività professionale è tenuto ad osservare la diligenza specifica del debitore qualificato (*ex art. 1176, comma 2°, c.c.*), che comporta cioè il rispetto di tutte le regole ed accorgimenti che, nel loro insieme, costituiscono le c.d. *leges artis* della professione medica. Si ritiene che tale norma svolga la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di specifici obblighi di comportamento, che rappresentano un parametro oggettivo generale. La colpa, dunque, viene innanzitutto in rilievo nella sua dimensione oggettiva, ma essa va valutata in relazione agli aspetti soggettivi legati alle qualità personali del responsabile: queste vengono in considerazione nel giudizio per individuare il modello astratto – del professionista medio – da porre in relazione con il

⁽³³⁶⁾ DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3*, cit., p. 126 ss.; va anche evidenziata la lettura positiva della l. Balduzzi in riferimento alla centralità della colpa quale criterio di imputazione e alla sua valutazione in concreto, che vale ad evitare una deresponsabilizzazione della classe medica ed a perseguire l'obiettivo di garantire il diritto alle cure appropriate; la stessa a. legge nel richiamo all'art. 2043 c.c. la massima valorizzazione della colpa piuttosto che va volontà di mutamento del regime dell'onere della prova.

⁽³³⁷⁾ cfr. RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 352.

⁽³³⁸⁾ DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3*, cit., p. 129.

⁽³³⁹⁾ Tale aspetto si apprezza soprattutto in campo penale, Cass. Pen., 2 marzo, 2010, n. 8254, in.; cfr. Cass. Pen., 9 aprile 2013, n. 16237.

⁽³⁴⁰⁾ Il c.c. non fornisce una definizione di colpa, sicchè si deve fare riferimento all'art. 43 c.p.; v. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 190 e ivi per la giurisprudenza precedente al 2010; sull'imprudenza v. più di recente Cass., 12 marzo 2013, n. 6093, in *Dir. e giust.*, 2013; sul concetto di diligenza esigibile dal medico v. Cass., 9 ottobre 2012, 17143, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 10, p. 1190; sull'imperizia v. Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 86.

caso concreto ⁽³⁴¹⁾. L'agente modello, va poi calato nella situazione concreta, pertanto la colpa viene valutata alla stregua della prudenza richiesta dalla specifica attività esercitata, della diligenza esigibile in considerazione delle strutture tecniche a disposizione, della perizia richiesta dal grado di specializzazione del medico ⁽³⁴²⁾.

E' necessario lasciare per un momento da parte il discorso relativo alla responsabilità autonoma della struttura per chiarire un concetto fondamentale: la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, a prescindere dalla fonte dei singoli rapporti. Quindi, una volta accertata la colpa medica, risulta contestualmente accertata la responsabilità di entrambi ⁽³⁴³⁾. Ai fini dell'accertamento della responsabilità medica, dunque, è necessario individuare i criteri funzionali all'accertamento della colpa, poiché, nonostante l'accertamento in concreto muti caso per caso, i criteri che stanno alla base della valutazione dell'operato del medico sono sempre i medesimi. In particolare, tali criteri si ricavano dagli obblighi gravanti sul medico, consistenti nell'obbligo di diligenza qualificata *ex art.* 1176, comma 2°, c.c., negli obblighi di protezione e di tutela della salute del paziente ⁽³⁴⁴⁾ e nell'obbligo di informazione ai fini dell'acquisizione di un valido consenso del paziente ⁽³⁴⁵⁾, nonché in una serie di doveri c.d. accessori ⁽³⁴⁶⁾.

Alla luce della giurisprudenza di merito e di legittimità, è possibile delineare il seguente quadro complessivo dei criteri utilizzati per l'accertamento in concreto della colpa medica:

- a) Il criterio della natura di facile o difficile esecuzione dell'intervento che rappresenta, oggi, il criterio per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa del medico, e rileva ai soli fini dell'applicazione dell'art. 2236 c.c. ⁽³⁴⁷⁾;
- b) Il criterio del grado della colpa – in relazione alla distinzione facile o difficile esecuzione – che può essere: lieve e presunta, in presenza di operazioni routinarie o dai protocolli ben codificati; grave sotto il profilo della sola imperizia, se riguarda interventi che trascendono l'ordinaria preparazione media del professionista o che non risultino sufficientemente studiati o sperimentati;

⁽³⁴¹⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit. pp. 211 e 269.

⁽³⁴²⁾ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, cit., il medico è tenuto ad una preventiva valutazione dell'idoneità delle strutture in cui opera, adoperandosi per adottare tutte le misure necessarie ad ovviare eventuali carenze strutturali e organizzative; è con riferimento alla perizia che opera la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c., come già sostenuto da Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, c. 19; recepita dalla giurisprudenza successiva, ma spesso richiamata per escluderne l'applicazione SMORTO, voce *Responsabilità medica*, in *Dig. Disc. priv. (sez. civ.)*, agg., Milano, 2013, pp. 652 e 653, che evidenzia come la giurisprudenza non sia incline a riconoscere con "facilità" la colpa grave del medico.

⁽³⁴³⁾ Che la stessa famosa Cass. n. 589 del 1999, cit., definisce contrattuale non in relazione alla fonte dell'obbligazione, ma del contenuto del rapporto, che ha pur sempre ad oggetto la prestazione del professionista; il principio è oggi affermato dall'orientamento dominante, v. Cass., 2001, n. 6386, cit.; Cass. 2007, n. 5846, Trib. Napoli, 5 agosto 2010, n. 248, in *www.dejure.it*.

⁽³⁴⁴⁾ Con particolare riferimento all'obbligo per il medico di attuare i c.d. doveri di protezione si precisa che questi riguardano la corretta e diligente esecuzione della prestazione diagnostica e terapeutica, il dovere di controllo del paziente nelle fasi successive alla prestazione principale, cioè il controllo degli effetti dell'intervento: sul punto v. Cass., 14 febbraio 2008, n. 3250, cit.

⁽³⁴⁵⁾ *Ex multis*: Cass., 20 agosto 2013, n. 19220, in *Guida dir.*, 2013, 46, p. 48.

⁽³⁴⁶⁾ Tra cui il più importante risulta essere quello della regolare e completa tenuta della cartella clinica, la cui inosservanza può comportare una presunzione di responsabilità, v. *infra* par. 3.

⁽³⁴⁷⁾ V. *retro* par. 1.1 nota 223; si tenga presente inoltre che, da un lato la giurisprudenza tende a limitare enormemente l'applicazione della suddetta norma (SMORTO, voce *Responsabilità medica*, cit., p. 652), dall'altro che una volta esclusa l'operatività della norma, i giudici non si preoccupano di accertare se la colpa sia grave o lieve, perché la distinzione non rileva ad altri fini, v. HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 543 ss.

- c) Il criterio della diligenza esigibile dal professionista medio secondo un giudizio di normalità, calato nelle circostanze concrete in cui il medico si trova ad operare, e della perizia richiesta dal grado di specializzazione del medico;
- d) Il criterio del corretto adempimento sia dell'obbligo di informazione nell'ottenimento del consenso del paziente, che degli obblighi di protezione del paziente stesso, attraverso il successivo controllo degli effetti dell'intervento;
- e) Il criterio del peggioramento o meno delle condizioni del paziente;
- f) La valutazione della regolare e completa tenuta della cartella clinica (rilevante anche sotto il profilo del nesso di causalità);
- g) Il rispetto o meno delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica in relazione al singolo caso concreto.

Una finale considerazione va riservata proprio alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica ⁽³⁴⁸⁾, poiché il solo fatto di averle rispettate non esonera il professionista da un'eventuale obbligo risarcitorio. E' necessario, infatti, valutare in giudizio l'effettiva natura delle linee guida concretamente applicate ⁽³⁴⁹⁾ ed in quale rapporto esse si pongano rispetto alle *leges artis*, distinguendo una duplice ipotesi:

1- Nonostante il medico si sia attenuto alla lettera alle linee guida, può accadere che egli abbia commesso un errore nell'esecuzione materiale, oppure che lo stesso abbia optato per la soluzione in concreto meno idonea tra quelle astrattamente contemplate dalle linee guida. Ciò discende dalla stessa natura delle linee guida, che sono generali ed astratte e spesso lasciano dei margini di discrezionalità all'operatore. A ben vedere, in tali casi emerge chiaramente come le linee guida non siano affatto sovrapponibili alle c.d. regole dell'arte, nella cui inosservanza si sostanzia il concetto di colpa. A tal proposito è significativo lo stesso art. 3 della legge Balduzzi che, nell'escludere soltanto la responsabilità penale per colpa lieve del medico che si sia attenuto alle linee guida ⁽³⁵⁰⁾, lascia implicitamente residuare una responsabilità sul piano civilistico. Il giudice dovrà dunque valutare se in concreto, nonostante il rispetto delle linee guida sia stato infranto un altro precetto.

2- Nell'ipotesi in cui il medico non si attenga alle linee guida si pone, invece, il problema dell'individuazione delle stesse, in presenza di una sovrabbondanza di fonti. A tal fine, i criteri

⁽³⁴⁸⁾ Non è possibile ricostruire in questa sede l'ampio dibattito sul tema, tra la vasta letteratura in comune anche con la materia penalistica, si rinvia a VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 250, anche per la differenza tra linee guida e protocolli; DE TURA, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico terapeutici*, in *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, a cura di Balduzzi, Bologna, 2010; RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 352 ss.; DOMENICI-GUIDI, *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione*, in *Danno e resp.*, 4, 2014, p. 353 ss., anche per la differenza tra linee guida e buone pratiche; TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, cit., p. 254 ss.; ID, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1110 ss.

⁽³⁴⁹⁾ Poiché non hanno nessuna valenza di esonero o limitazione della responsabilità se ispirate a finalità prettamente economiche o se siano controindicate in ragione delle peculiarità della fattispecie concreta: tali principi mutuati dalla giurisprudenza penalistica (Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 35992, in *Guida dir.*, 2012, 40, p. 62.) si ritengono valide anche in ambito civile, HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 554 ss.; così la giurisprudenza ha ritenuto, in alcuni casi, che la colpa del medico può consistere anche nell'aver applicato le linee guida in contrasto con la salute del paziente, specialmente quelle adottate dall'amministrazione per garantire l'economicità della struttura ospedaliera.

⁽³⁵⁰⁾ E' qui che la dottrina ha ravvisato l'intento del legislatore di porre un freno alla c.d. medicina difensiva e di deflazionare il contenzioso penale, v. RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 358; tra le prime applicazioni della norma v. Cass. pen., 16 ottobre 2012, n. 47265, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 2013, 2, p. 985, che assolve per colpa lieve; e Cass. pen., 20 gennaio 2014, n. 2347, che condanna per colpa grave; HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 556, cerca di risolvere la difficoltà di coniugare l'osservanza delle linee guida con il concetto di colpa lieve.

elaborati dalla giurisprudenza attengono all'accreditamento della linea guida utilizzata da parte della comunità scientifica di riferimento, alla finalizzazione della stessa alla migliore assistenza sanitaria, e non al migliore risparmio, e alla riconducibilità del caso concreto nel campione dei casi per cui la linea guida è stata concepita. Il giudice dovrà quindi verificare la scientificità, il grado di coerenza e l'efficacia cautelare della linea guida utilizzata dal medico, normalmente tramite l'ausilio di un c.t.u. ⁽³⁵¹⁾.

Come vedremo meglio in seguito, ai fini della valutazione della diligenza prestata in concreto, anche rispetto all'impiego delle linee guida, assume importanza decisiva la consulenza tecnica, salvi i rari casi in cui la controversia può risolversi sulla base delle prove documentali prodotte dalle parti. Al consulente tecnico è richiesto di spiegare ciò che è stato fatto, ciò che si sarebbe dovuto fare e, in tal modo, di spiegare le regole dell'arte in concreto violate. Questo ausiliario del giudice, in quanto esperto conoscitore delle prassi e delle regole della professione, diviene, di fatto, l'arbitro del giudizio sull'imperizia e sulla negligenza, contribuendo a semplificare le regole sull'accertamento.

Un'ultima precisazione merita l'autonoma fattispecie di responsabilità della struttura ospedaliera per insufficiente o inadeguata organizzazione - c.d. colpa d'apparato o di organizzazione -, che rappresenta oggi un'autonoma figura di illecito riferibile alla sola struttura pubblica a prescindere dall'operato del medico ⁽³⁵²⁾.

Il dato che più caratterizza tali controversie è dato dal fatto che l'attività del singolo professionista si inserisce nell'organizzazione sanitaria, pubblica o privata; ciò implica la necessità di indagare oltre il singolo atto medico, poiché questo è inserito nel contesto dell'organizzazione. Come più volte osservato, anche l'ipotesi di responsabilità autonoma della struttura, che può concorrere cumulandosi con quella *ex art. 1228 c.c.* ⁽³⁵³⁾, ha natura contrattuale e trova fonte nel c.d. contratto di ospedalità. In tale contesto, l'inadempimento dell'«obbligazione di buona organizzazione» ⁽³⁵⁴⁾ comporta una colpa contrattuale dell'ente ospedaliero da valutare con riferimento agli *standard* di efficienza richiesti dalla legge ⁽³⁵⁵⁾. Va evidenziato, tuttavia, che quando non siano individuabili degli indici normativi certi che consentano di ponderare l'adeguatezza della prestazione, il canone

⁽³⁵¹⁾ Le problematiche nella valutazione di tali criteri sono evidenziate da RICCI, *Evoluzioni ed involuzioni*, cit., p. 352 ss.; TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., p. 1110 ss.; DOMENICI-GUIDI, *Linee guida e colpa medica*, cit., p. 353 ss.; v. *infra* cap. 3; l'apprezzamento in concreto della colpa, in assenza di parametri legislativi chiari, comporta mutevoli oscillazioni ed impedisce una prevedibilità delle decisioni che sarebbe invece alla base del buon funzionamento del sistema: non solo per evitare le prassi di medicina difensiva o dell'obbedienza giurisprudenziale, ma anche per il sistema assicurativo che si fonda proprio sulla prevedibilità del rischio HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 558.

⁽³⁵²⁾ Sul tema CORSO, *Disfunzioni organizzative e responsabilità delle strutture sanitarie*, in *La responsabilità professionale in campo sanitario*, cit., *passim*; per una sintetica ma esaustiva rassegna della giurisprudenza di merito e di legittimità v. HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 338 ss.; cfr. Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; v. anche il tema delle infezioni nosocomiali RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità*, cit., p. 540 ss.

⁽³⁵³⁾ Soprattutto da quando si è affermato un rigido indirizzo incline a ravvisare la colpa del medico in tutte le ipotesi in cui egli, a prescindere dalla corretta esecuzione della prestazione di cura, non informi il paziente delle carenze strutturali dell'ente (ad esempio per la mancanza di adeguate apparecchiature) e non lo indirizzi presso un altro centro più attrezzato, v. Cass., 16 maggio 200, n. 6318, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 1, p. 193; più di recente Cass., 17 febbraio 2011, n. 2847, in *www.dejure.it*.

⁽³⁵⁴⁾ IUDICA, *Danno alla persona per inefficienze della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 3; v. anche VECCHIO, *Diritto alla salute e concezione della complessità della prestazione*. "Istituzioni di mediazione", *risoluzione delle asimmetrie nel rapporto di cura e ricerca del regime di responsabilità*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo-De Matteis-Vecchio, Padova, 2014, I, p. 91 ss.

⁽³⁵⁵⁾ DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico*, cit. p. 129.

di valutazione resta piuttosto incerto ed elastico, in quanto è rimesso all'apprezzamento del giudice. Nella maggior parte dei casi, infatti, la giurisprudenza afferma la responsabilità autonoma della struttura senza fare riferimento ad uno specifico *standard* di diligenza violato, ma richiamando gli ordinari criteri di diligenza sopra esaminati ⁽³⁵⁶⁾, che produce una vera e propria personificazione dell'ente ⁽³⁵⁷⁾.

2.1 Il problema dell'allegazione del c.d. inadempimento qualificato.

Come è stato evidenziato, a partire dal 2004, l'onere a carico del paziente è di mera allegazione dell'inadempimento, ossia di affermazione e non di dimostrazione, in virtù del principio di vicinanza della prova. Tra i correttivi forniti dalla giurisprudenza ad un tale regime – ritenuto troppo sbilanciato a favore del paziente – vi è la precisazione che si tratta di un onere di allegazione specifica. Per esaminare in cosa consista tale specifico onere di allegazione, occorre approfondire la distinzione tra questo concetto e quello di onere della prova, poiché il primo è un problema che si pone ancora a monte del secondo: infatti, mentre la ripartizione dell'onere della prova rileva nella fase decisoria del giudizio, l'onere di allegazione riguarda la compiuta descrizione, nell'atto introduttivo del giudizio, dei fatti posti a fondamenti della pretesa ⁽³⁵⁸⁾.

La dottrina ha chiarito da tempo che l'onere dell'allegazione discende dalla natura dispositiva del processo civile, e quindi dalla necessità che la decisione del giudice non vada al di là delle domande delle parti. Infatti, da un lato non è ammessa prova su fatti non allegati – ancorché risultanti per altre vie dagli atti del procedimento –, dall'altro il giudice non può sopperire alla mancanza di allegazione, mentre l'onere della prova può essere, nei casi consentiti, addirittura superato dall'iniziativa probatoria d'ufficio ⁽³⁵⁹⁾. Di regola, un volta soddisfatto l'onere delle allegazioni, l'onere della prova ha per oggetto tutti i fatti allegati senza alcuna limitazione, siano essi meri fatti interpretabili alla luce delle normali regole di esperienza, sia che la loro interpretazione richieda l'impiego di regole tecniche ⁽³⁶⁰⁾. Dunque, il rapporto tra allegazione e prova va considerato in prospettiva evolutiva, nel senso che ciascuna parte si costituisce in giudizio allegando i fatti a sostegno delle proprie domande o eccezioni che, nella successiva fase istruttoria, dovrà dimostrare. L'onere della prova, infatti, è funzionale ad evitare il *non liquet* del giudice ed il suo assolvimento si può valutare soltanto dopo che siano cadute le preclusioni istruttorie ⁽³⁶¹⁾, mentre l'allegazione

⁽³⁵⁶⁾ HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., pp. 346-350 e 375 ss. con tutti i riferimenti giurisprudenziali.

⁽³⁵⁷⁾ Si è già detto che la natura dell'ente non incide sulla disciplina, applicandosi in ogni caso lo schema operativo che fa leva sugli artt. 1218 c.c. e 1228 c.c.: Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; con riferimento alla responsabilità della casa di cura privata nell'ipotesi di errore commesso dal medico (non dipendente) che sia stato scelto dal paziente: Cass., 28 agosto 2009, n. 18805; Trib. Napoli, 5 agosto 2010, n. 148, in *www.dejure.it*; Trib. Bologna, 10 gennaio 2011, in *www.cassazione.net*; ma contra Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *www.ilcaso.it*.

⁽³⁵⁸⁾ CARNELUTTI, *La prova civile*, rist., Milano 1992, p. 20 ss.; RICCI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, p. 835 ss.; COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, vol. I, Torino 1987, p. 278 ss.

⁽³⁵⁹⁾ RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 321 ss. fa riferimento agli artt. 421, comma 2°, 447-bis, comma 3°, 738, comma 3°, c.p.c.; cfr. DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 120.

⁽³⁶⁰⁾ RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 328.

⁽³⁶¹⁾ *Ex art.* 183 c.p.c.; v. *retro* par. 1.

precede anche l'onere di contestazione ⁽³⁶²⁾, perché, se non è assolto il primo, il convenuto non può a sua volta adempiere l'onere di contestare specificamente i fatti addotti dall'attore a fondamento della propria pretesa. A questo punto, è utile anche considerare l'effetto di *relevatio ab onere probandi* della mancata o non specifica contestazione: il collegamento tra questo principio – oggi racchiuso nell'art. 115 c.p.c. – e l'onere di allegazione rivela l'importanza che il convenuto conosca in modo puntuale quali colpe gli ascriva l'attore, a pena di violazione del suo diritto di difesa ⁽³⁶³⁾. Diversamente, la relazione tra esso e l'onere della prova opera sul piano degli effetti, nel senso che il fatto non contestato viene espunto dal *thema probandum* ⁽³⁶⁴⁾, e automaticamente considerato vero.

Precisare tali distinzioni si rivela quanto mai opportuno, perché la giurisprudenza in materia di responsabilità sanitaria fa uso di tali concetti nel medesimo contesto, con il risultato, non solo di confondere, ma anche di attenuare il rigore di queste regole ⁽³⁶⁵⁾ sotto un duplice profilo. Il primo aspetto, già abbondantemente esaminato, riguarda il mero onere di allegazione, e non di prova, richiesto al paziente, che non è enunciato in alcun testo normativo, ma è frutto di una lettura sistematica degli artt. 1218 e 2967 c.c. con il principio di vicinanza della prova, a volte forzata con il ricorso al meccanismo delle presunzioni. Merita un esame più approfondito, invece, il secondo profilo relativo alla consistenza dell'onere di allegazione da parte dell'attore che, come abbiamo visto, è capace di influire sul diritto di difesa della controparte. La Cassazione ha ritenuto che, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento dell'azione, tale onere non si spinge fino alla necessità di indicare specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, perché «conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non professionista che, espletando la professione di avvocato, conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario» ⁽³⁶⁶⁾.

I problemi posti da tale impostazione sono di rara importanza per i presupposti su cui si fonda e per gli effetti a cui conduce: l'errata premessa del contenimento dell'onere di allegazione entro le cognizioni dell'uomo medio produce, infatti, degli effetti assolutamente iniqui con riferimento al

⁽³⁶²⁾ Cass., sez. un., 13 maggio 2004 n. 11353, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 32, p. 36, con nota di TURCO, *Come si scrive l'atto introduttivo del giudizio*.

⁽³⁶³⁾ RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 329 ss.; ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti*, cit., p. 2218.

⁽³⁶⁴⁾ Parte della dottrina ritiene che oggi il nostro sistema processuale riconosce la non contestazione quale fonte di prova dei fatti non contestati in tutti i giudizi ai sensi dell'art. 115 c.p.c., nel testo modificato dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, il quale peraltro non ha fatto che elevare a dignità normativa un principio di diritto vivente già introdotto da Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1909, con nota di CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, 267 e 274; *contra* RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 321 ss. il quale esclude che la non contestazione operi nel terreno delle allegazioni, restringendo l'ambito della materia del contendere, ma incide sull'onere della prova e, quindi, avrebbe dovuto essere prevista nell'ambito dell'art. 2697 c.c.; cfr. SASSANI, *Commento all'art. 115*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, a cura di Saletti-Sassani, Torino 2009, p. 71.

⁽³⁶⁵⁾ ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti*, cit., p. 2218.

⁽³⁶⁶⁾ Cass. civ., 19 maggio 2004, n. 9471, cit., come «omessa informazione sulle possibili conseguenze dell'intervento, adozione di tecniche non sperimentate in sede di protocolli ufficiali, mancata conoscenza dell'evoluzione della metodica interventistica, negligenza - intesa oggi come violazione di regole sociali e non solo come mera disattenzione -, imprudenza - intesa oggi come violazione delle modalità imposte dalle regole sociali per l'espletamento di certe attività -, ed imperizia - intesa oggi come violazione delle regole tecniche di settori determinati della vita di relazione e non più solo come insufficiente attitudine all'esercizio di arti e professioni»; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, cit.

diritto di difesa ed al principio di uguaglianza. Infatti, l'adempimento dell'onere di allegazione da parte dell'attore implica che il suo atto di citazione abbia messo il convenuto in condizione di difendersi, a pena di nullità dello stesso *ex art. 164 c.p.c.* Tale giurisprudenza pone, dunque un serio problema laddove demanda il completamento degli aspetti tecnici della colpa al c.t.u, poiché il consulente si troverà ad effettuare delle indagini anche sulle conseguenze dannose dell'operato medico di cui non si trova traccia nell'atto introduttivo del giudizio, e quindi neppure nella comparsa di risposta, con grave lesione del diritto di difesa del convenuto ⁽³⁶⁷⁾, per cui saranno già maturate le decadenze di cui all'art. 167 cp.c. Questo problema sarà analiticamente esaminato quando affronteremo l'attività del consulente tecnico, con particolare riferimento alla differenza tra l'ampliamento di fatti che rientrano nel *thema decidendum*, e l'indagine di carattere esclusivamente tecnico scientifico dei fatti già allegati dalle parti. Si vuole qui solo anticipare che la comune affermazione secondo cui il fatto di natura tecnica non vada accertato tramite il meccanismo dell'onere della prova, ma per mezzo della consulenza, in realtà, non è del tutto corretta, poiché il compito del consulente si dovrebbe limitare alla semplice lettura o interpretazione dell'aspetto tecnico del fatto che la parte dovrebbe comunque provare ⁽³⁶⁸⁾.

Inoltre, l'allegazione di fatti nuovi ad opera di altri soggetti del processo diversi dalle parti, ed oltre i termini preclusivi, è impedita già sulla base della constatazione della natura eterodeterminata del diritto di credito al risarcimento. In materia di diritti eterodeterminati, come noto, si ha formulazione di domanda nuova quando viene mutato il fatto costitutivo del diritto ⁽³⁶⁹⁾. A sua volta, si ha mutamento del fatto costitutivo della pretesa quando per effetto della modifica della domanda si introducono nel processo nuovi temi di indagine ⁽³⁷⁰⁾. Pertanto, se nella citazione si dice che il medico ha sbagliato perché ha fatto X, ovvero perché ha causato il danno Y, e poi in corso di causa dovesse emergere che il medico ha sbagliato perché ha fatto Z, ovvero perché ha causato il danno K, <<porre a fondamento della decisione questi fatti diversi significa mutare la domanda>> ⁽³⁷¹⁾, con violazione del diritto di azione e difesa.

La giurisprudenza cerca di circoscrivere i problemi ora esaminati attraverso l'individuazione più puntuale delle caratteristiche dell'allegazione dell'inadempimento richiesta al paziente. In particolare, si è affermato che l'inadempimento rilevante – nell'ambito dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno nelle obbligazioni di comportamento – è solo quello che costituisce causa o concausa efficiente del danno. Pertanto, l'allegazione deve essere specifica, compatibilmente con la natura non professionale del soggetto che allega tale inadempimento ⁽³⁷²⁾. Il

⁽³⁶⁷⁾ ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti*, cit., p. 2218 ss.; rileva il rischio anche Cass. 12 ottobre 2012, n. 17408, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 10, p. 1204.

⁽³⁶⁸⁾ La tesi secondo cui la consulenza, pur non esonerando le parti dell'onere della prova, può in certi casi essere utilizzata per l'accertamento di fatti rilevabili unicamente con l'ausilio dell'esperto, è affermazione ricorrente in dottrina e giurisprudenza: v. Cass. 19 aprile 2011, n. 8989, in *Giust. civ. Rep.* 2011, voce *Consulenza tecnica in materia civile (perizia)*, n. 7; Cass. 11 settembre 2012, n. 15157, *ivi*, 2012, voce cit., n. 20; si condividono le critiche di RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 323 ss.; sul tema cfr. anche Cass., 5 febbraio 2013, n. 2663, in *Diritto e Giust.*, 2013; v. *infra* cap. 3.

⁽³⁶⁹⁾ LUISO, *Diritto*, I, cit., 61 e ss.; *ex multis*, Cass. 12 ottobre 2012, n. 17408, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 10, p. 1204; Trib. Verona, 15 ottobre 1992, in *Foro it.*, 1994, I, c. 286.

⁽³⁷⁰⁾ *Ex multis*, Cass. 10 aprile 2000 n. 4538; Cass. 19 agosto 2004 n. 16262; Cass. 27 maggio 2004 n. 10204, in *Impresa*, 2004, p. 1481.

⁽³⁷¹⁾ ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti*, cit., p. 2218.

⁽³⁷²⁾ Già Cass. 19 mag. 2004, n. 9471, cit, poi confermata da Cass. 26 gen. 2010, n. 1538, cit., che si distanzia dalle tesi che vorrebbero il principio di vicinanza della prova applicabile anche al momento dell'allegazione, sul presupposto che non si può chiedere al paziente di allegare un inadempimento specifico in mancanza delle cognizioni mediche necessarie (Cass. 21 giu. 2004, n. 11488, cit.); cfr. GRANATA, *Op. loc. cit.*

paziente è quindi tenuto ad individuare ed allegare una condotta inadempiente in astratto idonea a porsi come causa efficiente dell'evento dannoso ⁽³⁷³⁾. Tale regola interpretativa sembra ispirata a ragioni di bilanciamento fra le posizioni delle parti, e funge da contrappeso al principio dell'inversione dell'onere della prova ⁽³⁷⁴⁾. Sul punto è necessario rinviare all'indagine sull'accertamento del nesso di causa che sarà tratteggiata nel paragrafo successivo, perché anche questa giurisprudenza presenta delle contraddizioni laddove manifesta la sovrapposizione fra l'accertamento della colpa e del nesso di causa: due diversi piani d'indagine che, almeno sul piano concettuale, devono essere tenuti distinti.

3. Problematiche nell'accertamento del nesso di causalità.

Come già osservato, affermare che il paziente ha solo l'onere di allegare la negligenza del medico, poiché l'inadempimento si presume, equivale ad affermare la natura oggettiva della responsabilità del medico. La presunzione di cui parla la giurisprudenza – che è stata più correttamente definita come una doppia presunzione di nesso causale e di colpa –, è uno dei punti principali su cui si è focalizzata l'attenzione della dottrina, perché porta a confondere i diversi piani, dimenticando che il nesso causale è oggetto di un autonomo tema di prova e non può quindi essere accorpato all'inadempimento ⁽³⁷⁵⁾.

Il tema del rapporto di causalità è nodale nella ricostruzione del fatto, fonte di responsabilità, ma il codice civile non ne fornisce alcuna definizione; a onor del vero, neppure il codice penale fornisce dei criteri chiari e univoci, ma l'imponente opera di ricostruzione della dottrina penalistica ha fornito una base indispensabile ⁽³⁷⁶⁾, che poi la dottrina e la giurisprudenza hanno modellato e adattato alle categorie concettuali del sistema civilistico ⁽³⁷⁷⁾.

Non vi è spazio per ripercorrere la lunga elaborazione volta all'individuazione dei parametri in base ai quali l'evento lesivo può essere considerato conseguenza di un'azione od omissione, quindi, anche in questo caso, si dovranno prendere a riferimento gli approdi più recenti ⁽³⁷⁸⁾: il punto di

⁽³⁷³⁾ Cass. 12 dic. 2013, n. 27855, in *Riv. It. med leg. e dir. san.*, 3, 2014, p. 1051, con nota di OCCHIPINTI, *E' onere del paziente qualificare e provare l'inadempimento in cui sia incorso il medico e la struttura ospedaliera*.

⁽³⁷⁴⁾ GRANATA, *Op. loc. cit.*, che però ritiene il bilanciamento non realizzato in concreto laddove si ritiene sufficiente allegare una causa astrattamente idonea.

⁽³⁷⁵⁾ V. la stessa Cass. 2008, n. 577, cit.; cfr. FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali"*, cit., p. 79, spec. nota 71; DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*, cit., 620; per la diversa soluzione che pone sul paziente anche l'onere di fornire la prova del nesso di causalità fra l'operato del medico e il danno alla salute, essendo appunto il malato stesso colui che, meglio di ogni altro, appare in grado di ricostruire il decorso causale della propria patologia, v. BARBARISI, *Onere di allegazione*, cit., 885; ZAULI, *Sintetica analisi del nesso causale e della colpa medica: due categorie giuridiche su piano morfologicamente distinti*, in *Resp. civ.*, 5, 2007, p. 401; NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., p. 174 ss., che ritiene la presunzione espressione del principio di precauzione; TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., 101 ss.

⁽³⁷⁶⁾ L'art. 40 c.p. fissa solo l'equivalenza fra il non fare ed il cagionare. Il successivo art. 41 c.p. si occupa, con apparente salto logico, dell'interruzione del nesso causale, ma sempre senza definirne la portata concettuale; nel codice civile, l'art. 2043 descrive il rapporto tra fatto doloso o colposo e danno solo in termini di <<cagionare>>, senza ulteriori specificazioni, v. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 61 ss.

⁽³⁷⁷⁾ Emblematica è Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, cit., che delinea la differenza ontologica tra la causalità civile e penale.

⁽³⁷⁸⁾ Tra la dottrina penalistica si ricorda STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975, p. 392; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 199 ss e 235 ss; FIENDACAMUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2009, p. 220 ss.; per il civile v. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 61 ss.

riferimento è dato dalla nota sentenza Franzese ⁽³⁷⁹⁾, che accoglie il modello della *condicio sine qua non*, orientato secondo la sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, e stabilisce che ai fini dell'imputazione oggettiva dell'evento occorre un <<alto grado di credibilità razionale o probabilità logica>>. Questa impostazione ha avuto il merito di chiarire definitivamente che la probabilità statistica non è in grado di risolvere da sola il problema della causalità, perchè è necessario che l'ipotesi causale astratta trovi concreto riscontro nel quadro probatorio emerso nel singolo caso, attraverso l'esclusione di spiegazioni eziologiche alternative.

Tale impostazione, negli anni successivi al 2002, ha esercitato un notevole influsso sulla giurisprudenza civile, che in alcuni casi ha recepito senza riserve lo stesso modello al fine di accertare il nesso di causa <<al di là di ogni ragionevole dubbio>>, mentre in altri casi si è accontentata della sussistenza di <<serie e apprezzabili possibilità>>⁽³⁸⁰⁾. Successivamente, però, la giurisprudenza civilistica ha ritenuto più corretto il riferimento al diverso criterio del <<più probabile che non>>⁽³⁸¹⁾, in virtù della diversa funzione della causalità civile e penale, che costituisce oggi un punto fermo a cui anche le più recenti pronunce fanno riferimento. A questo criterio guida del giudizio controfattuale, che consente di ritenere accertato il nesso con una copertura statistica ed un riscontro processuale di percentuali superiori al 50%, si affianca quello della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato, quando viene richiesto il c.d. danno da perdita di *chance* ⁽³⁸²⁾. Tale criterio di accertamento, calato nell'ambito della responsabilità civile ha rivelato come le valutazioni del giudice siano sempre influenzate da interessi di *policy*, che mutano a seconda del contesto storico di riferimento ed influiscono sulle logiche di allocazione del danno. Tale osservazione è stata autorevolmente formulata ⁽³⁸³⁾ proprio con riferimento al settore della responsabilità medica, dove l'evoluzione giurisprudenziale è stata influenzata da esigenze di tutela del paziente, come già ampiamente osservato.

Prima di calare il discorso nella realtà processuale, e verificare come si atteggi l'accertamento del nesso causale nelle cause di responsabilità sanitaria, occorre fare una premessa di sistema in ordine alla struttura della responsabilità da inadempimento, questa volta con particolare riferimento all'elemento causale. Secondo l'impostazione maggioritaria, l'accertamento della responsabilità è improntato alla ricerca del nesso di causalità nel suo duplice aspetto, che corrisponde alla doppia funzione della causalità, di fatto e giuridica ⁽³⁸⁴⁾. L'individuazione del discrimine tra le due relazioni riveste notevole importanza pratica, in quanto la causalità materiale rappresenta il criterio

⁽³⁷⁹⁾ Cass. Pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, 2, p. 601.

⁽³⁸⁰⁾ Cass. Pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, cit., in questo senso Trib. Monza, 2 maggio 2005, in *Giur. Merito*, 2005, p. 2621; nel secondo senso Trib. Palmi, 11 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2007, p. 319.

⁽³⁸¹⁾ A partire da Trib. Venezia, 25 luglio 2007, in *Danno e resp.*, 2008, p. 51; confermata da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, p. 43; che ha ricevuto l'avvallo di Cass., sez. un., 2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, 2, p. 451; Cass. 2010, n. 16123; Cass. 2011, n. 12961; in dottrina v. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 129.

⁽³⁸²⁾ V. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁽³⁸³⁾ NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., p. 51 ss.; nella Cassazione civile si trova spesso il riferimento alla teoria della *condicio sine qua non* combinato con la teoria della causalità adeguata, che tuttavia è stata accusata di confondere il piano oggettivo con quello soggettivo, ossia il nesso con la colpa (v. la visione della causalità civile emergente da Cass. 2005, n. 7997; cass., 2006, n. 11755, Cass., 2007, n. 21619): Cass. Cass., sez. un., 2008, n. 584, cit., ha infatti preso atto di questo rischio propone la soluzione di ancorare il giudizio di prevedibilità dell'evento in concreto, non più all'agente modello, ma al criterio oggettivo delle migliori conoscenze scientifiche del momento, il quale però comporta una sicura influenza delle credenze legate ad un determinato momento storico.

⁽³⁸⁴⁾ Anche se autorevoli a. sostengono che il nesso causale costituisca un *unicum*, v. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 97; PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig. Civ.*, V, Torino, 1989, p. 90; per le diverse posizioni v. SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., *passim*.

di imputazione della responsabilità – individuando chi è l'autore –, mentre la causalità giuridica funge da criterio di individuazione delle conseguenze risarcibili – che possono essere addebitate all'agente. Come già esaminato, dagli artt. 1176 e 1218 c.c. emergono gli elementi costitutivi della responsabilità da inadempimento, identificabili nella prestazione dovuta, nel comportamento violativo del dovere di diligenza e nel nesso causale tra comportamento e inadempimento. Quest'ultimo, infatti, deve essere imputabile al debitore tanto sotto il profilo della colpevolezza – nei termini di cui si è detto – quanto sotto il profilo della causalità materiale o di fatto. Gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità si ricavano dagli artt. 1223 ss. c.c. che prendono in considerazione le conseguenze dell'inadempimento, delineando il confine del c.d. danno-conseguenza⁽³⁸⁵⁾, ossia il pregiudizio causalmente collegato all'inadempimento.

Si parla di causalità di fatto riguardo al giudizio sull'illecito, rispetto al quale il nesso causale svolge la funzione di imputare il fatto al responsabile; mentre la causalità giuridica riguarda l'individuazione del danno da risarcire, che può essere solo quello che è conseguenza immediata e diretta dell'evento *ex art.* 1223 c.c. La prima espressione designa la relazione intercorrente tra la condotta lesiva e l'evento di danno da essa cagionato e, pertanto tale accertamento riguarda l'*an* del risarcimento. La causalità giuridica, invece, indica il rapporto tra evento di danno e conseguenze pregiudizievoli ad esso riconducibili e, quindi, attiene al *quantum* risarcibile. Emerge, quindi, l'importanza di individuare il c.d. evento di danno, che rappresenta, rispettivamente, il termine finale della causalità di fatto e quello iniziale della causalità giuridica: esso è insito nell'inadempimento quale violazione del diritto di credito⁽³⁸⁶⁾.

Nonostante la diversità di funzioni, si riscontra una comunanza di regole applicative nell'accertamento, poiché si pone pur sempre la necessità di giustificare il collegamento tra un antecedente ed un fattore ad esso conseguente⁽³⁸⁷⁾.

Tale premessa consente di mettere in evidenza, con maggiore chiarezza, la ragione dei numerosi problemi nell'accertamento di tale elemento in materia di responsabilità medica. Infatti, il comportamento del sanitario violativo dei suoi doveri professionali può comportare, al contempo, l'inadempimento della prestazione, e quindi la violazione del diritto di credito, ma anche una lesione della salute sul piano materiale. Ciò complica notevolmente l'analisi della struttura di tale specie di responsabilità, nonché rende più complesso il compito del giudice nell'accertamento della stessa: infatti non sempre è di immediata percezione la relazione tra il comportamento che si ritiene abbia integrato l'inadempimento e il danno alla salute.

E' opportuno rinviare ad un momento successivo l'esame delle problematiche relative all'accertamento del danno, soffermandoci in questa sede sui chiarimenti necessari a comprendere l'attività di accertamento del nesso di causalità materiale, anche al fine di comprendere meglio le oscillazioni della giurisprudenza. I termini di riferimento sono, da un lato, il comportamento del sanitario-debitore e, dall'altro, l'inadempimento quale evento di danno inteso, in senso giuridico,

⁽³⁸⁵⁾ Espressione oggi in larga misura superata soprattutto in materia di responsabilità medica, v. *infra* par. 4.

⁽³⁸⁶⁾ Da tenere distinto rispetto al c.d. danno-evento che si contrappone al danno-conseguenza: il danno-evento va correttamente inteso come danno ingiusto, ossia il fatto comprensivo dell'evento di danno che ha prodotto la lesione degli interessi meritevoli di tutela; quest'ultimo rileva soprattutto con riferimento alle questioni del risarcimento dei danni non patrimoniali, dove l'ingiustizia deve essere tipizzata, ossia riguardare la lesione di diritti della persona costituzionalmente garantiti, v. *infra* par. 4; mentre l'evento di danno indica semplicemente il termine finale della sequenza della causalità di fatto e, come si dirà più oltre nel testo, si individua anche con riferimento al criterio soggettivo d'imputazione; peraltro nell'ambito della responsabilità da inadempimento l'evento si verifica proprio con riferimento al contenuto dell'obbligo preesistente: FRANZONI, *L'illecito*, cit., pp. 38 ss., 56 ss., 61 ss.

⁽³⁸⁷⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 67 ss.

come violazione del diritto di credito e, in senso materiale, come lesione del diritto alla salute⁽³⁸⁸⁾. In linea teorica, ai sensi del 1218 c.c. il rapporto di causalità materiale si presume perché – concretizzandosi l’evento di danno nello stesso inadempimento – è evidente che esso sia imputabile al debitore, soggetto predeterminato in forza di un preesistente rapporto obbligatorio con il creditore. E’ per questo che la giurisprudenza ritiene sufficiente la mera allegazione dell’inadempimento e, nella maggioranza dei casi, esonera il paziente dalla prova del nesso di causalità materiale⁽³⁸⁹⁾. Così si comprende meglio anche perché il medico si può liberare provando o che l’inadempimento non c’è stato (cioè la controprova della diligenza) o che esso è dipeso da un fattore eccezionale che interrompe il rapporto eziologico (prova liberatoria). Diversamente accade con riferimento all’elemento materiale del danno alla salute: esso va accertato sempre in concreto e normalmente richiede conoscenze tecnico-scientifiche di particolare complessità⁽³⁹⁰⁾. Ecco perché l’allegazione specifica di cui è onerato il paziente ha ad oggetto non qualsiasi inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno, inteso proprio come lesione del diritto alla salute.

Sotto quest’ultimo aspetto viene il rilievo il problema relativo alla sovrapposizione tra il profilo della colpa e quello della causalità: il giudizio sulla colpa attiene alla rimproverabilità dell’agente, anche in termini di prevedibilità/evitabilità, mentre il problema della causalità attiene ad un mero rapporto di causa effetto⁽³⁹¹⁾. In linea generale, il criterio soggettivo di imputazione - nel nostro caso la colpa - consente di delimitare il giudizio sulla causalità di fatto nel senso che l’evento – la lesione della salute - conseguenza di una determinata condotta non è definito a priori, ma è soltanto quello che il giudice accerta essere conseguenza della condotta colposa, ossia quello specifico evento che consegue alla violazione della regola cautelare concretamente posta in essere. Tuttavia, nonostante la ricostruzione del fatto vada effettuata con riferimento allo specifico criterio di imputazione, i due profili della colpa e della causalità devono rimanere distinti, almeno sul piano astratto, perché costituiscono dei passaggi logici fondamentali per verificare la completezza del sillogismo del giudice: la prima consente di definire il tipo di evento che la regola cautelare mirava a prevenire; il giudizio causale subentra per stabilire se l’evento si sia concretamente prodotto come conseguenza della condotta⁽³⁹²⁾.

Sotto il profilo temporale, il nesso di causalità va accertato addirittura prima di procedere a valutare la sussistenza della colpa dell’agente, ed in alcuni casi l’indagine sulla colpa serve a meglio delimitarlo. Ciò significa che il positivo accertamento del nesso di causalità consente il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente, alla valutazione dell’elemento soggettivo dell’illecito,

⁽³⁸⁸⁾ Che in questa seconda veste sarebbe corretto qualificare come danno-evento; proprio tale sovrapposizione di elementi ha condotto in passato la giurisprudenza ad inquadrare la responsabilità medica nell’ambito dell’illecito aquiliano prima del 1999, v. *retro* premessa; d’altro canto questa anomalia costituisce anche l’origine delle incertezze relative alla corretta collocazione del danno alla salute quale danno-evento o danno-conseguenza, v. *infra* par. 4.

⁽³⁸⁹⁾ V. *retro* par. 1.3; cfr. ZAULI, *Sintetica analisi del nesso causale e della colpa medica*, cit., p. 405 ss.; FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Galgano, Padova, 2006, p. 336 ss.

⁽³⁹⁰⁾ Questa è anche la ragione della scarsa intellegibilità della giurisprudenza laddove parla di necessità di ricondurre il <<nesso di causalità materiale tra illecito (o prestazione contrattuale) ed evento dannoso all’area di operatività della presunzione ex art. 1218 c.c.>>, così Cass., 21 luglio 2011, n. 15991; ma anche Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁽³⁹¹⁾ BUSSANI, *La colpa soggettiva*, Milano, 1991, p. 76 ss. che pur ritenendo opportuna una distinzione sul piano teorico degli elementi oggettivi e soggettivi dell’illecito come del reato, tuttavia il risultato del giudizio di accertamento è inevitabilmente una sintesi tra essi; rispetto alla materia della responsabilità medica v. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. 416 ss.

⁽³⁹²⁾ FRANZONI, *L’illecito*, cit., p. 85.

e cioè della sussistenza, o meno, della colpa dell'agente in termini di prevedibilità o evitabilità dell'evento di danno, *sub specie* di lesione della salute.

La confusione di concetti si annida, da un lato, nella valutazione dell'imputabilità o meno del fattore eccezionale idoneo ad interrompere il nesso – sulla base di elementi che vanno allegati e provati dal sanitario poiché in questo si sostanzia la prova liberatoria *ex art.* 1218 c.c. ⁽³⁹³⁾ – dall'altro, nell'accertamento della derivazione causale di quell'evento dalla violazione della specifica regola cautelare che il paziente afferma violata – che rientra nel suo onere di allegazione specifica – essenziale anche al fine di individuare la base da cui sono scaturite le conseguenze dannose di cui si chiede il risarcimento.

Con riferimento agli strumenti processuali di accertamento del nesso si rinvia al successivo capitolo, ma è opportuno sottolineare finora la rilevanza della questione, ora che la giurisprudenza civilistica ha adottato i criteri della probabilità logica e del riscontro processuale, elaborati dalla sentenza Franzese. Tale impostazione ha spostato la problematica dell'accertamento del nesso sul piano processualistico e probatorio, allargando il materiale di indagine oltre le leggi scientifiche (universali o statistiche), fino a leggi che esprimono frequenze medio-basse (nell'ottica del più probabile che non), alle massime di esperienza, nonché a tutti gli indizi valutabili *ex art.* 192 c.p.c. relativi al fatto storico ⁽³⁹⁴⁾. Inoltre, l'affermazione della risarcibilità della perdita di *chance* e la rilevanza delle concause naturali ⁽³⁹⁵⁾ complicano l'indagine sul nesso di causa, rischiando che valutazioni latamente di equità si sostituiscano all'indagine scientifica. Questo rischio può essere contenuto ⁽³⁹⁶⁾ attraverso il ricorso ad un approccio scientifico mediante l'ausilio della medicina legale, le cui metodologie sono largamente utilizzate nei processi. Tutto ciò, naturalmente, senza dimenticare che spetta al magistrato accertare il nesso causale, così come gli altri elementi costitutivi, in base alle allegazioni e alle prove offerte dalle parti ⁽³⁹⁷⁾.

Il problema della prova scientifica è stato finora sottovalutato, come dimostra l'assenza di un precedente giurisprudenziale italiano che abbia affrontato apertamente la questione, come è accaduto nei paesi di *common law* ⁽³⁹⁸⁾; affrontarlo, invece, sembra urgente soprattutto nei casi di responsabilità sanitaria dove spesso si deve verificare in che modo più fattori eziologici abbiano interagito nella produzione dell'evento finale.

⁽³⁹³⁾ Che si ripete è altro dalla prova contraria della diligenza, v. retro par. 1; pare accorgersene anche Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Resp. Civ.*, 5, 2007, p. 401 ss, con nota di ZAULI.

⁽³⁹⁴⁾ NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., p. 199 ss.; il problema si pone anche in termini di accertamento della rilevanza delle prove offerte dalle parti, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 193 ss.

⁽³⁹⁵⁾ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit.; tra i tanti v. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1026.

⁽³⁹⁶⁾ Anche se non del tutto eliminato, come ritiene NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., pp. 17 ss., spec. 25 nota 97,

⁽³⁹⁷⁾ DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 25 ss.; LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 49 ss.; si segnala lo scetticismo di TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., p. 1110 ss., il quale ritiene che se il giudice non dispone delle conoscenze scientifiche necessarie per accertare e valutare i fatti, è altresì difficile che lo stesso possa valutare criticamente il lavoro svolto dal consulente; v. anche TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 675 ss., che ritiene comunque inevitabile l'innesto dell'accertamento in un substrato di senso comune; v. infra cap. 3

⁽³⁹⁸⁾ Sul punto v. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 326 ss.; TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., p. 1110 ss.

4. L'allegazione e la prova del danno.

L'operazione finale di identificazione e di quantificazione del risarcimento del danno si effettua mediante il criterio della causalità giuridica, le cui regole sono desumibili dagli artt. 1223 ss. c.c.: le perdite subite ed il mancato guadagno devono essere conseguenze immediate e dirette del fatto dannoso. La norma detta la regola principale per selezionare le conseguenze economiche e per delimitare l'estensione del danno risarcibile, presupponendo già chiarito a monte il problema della imputazione dell'evento di danno, attraverso la causalità di fatto⁽³⁹⁹⁾. Si è già osservato come la tendenza giurisprudenziale sia quella di sovrapporre gli elementi, finendo per accertare in chiave di causalità di fatto la relazione esistente tra la condotta del sanitario ed il danno alla salute. Le anomalie nella struttura della responsabilità che emergono dalla giurisprudenza di legittimità⁽⁴⁰⁰⁾, si riflettono anche sull'accertamento del danno. Il danno alla salute finisce, infatti, per rilevare quale conseguenza materiale della condotta negligente del medico, assorbendo la lesione del diritto di credito e, al contempo rientra tra le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento stesso, come danno ad un bene costituzionalmente garantito ed autonomamente risarcibile. Il nesso di derivazione del danno alla salute, inteso come danno-conseguenza, dovrebbe essere posto a carico del paziente, ed è sostanzialmente la prova di questo nesso causale che la giurisprudenza precedente al 2008 gli addossava. Successivamente, invece, la valorizzazione della dimensione del danno alla salute quale danno-evento, in sovrapposizione all'inadempimento (cioè quale mera conseguenza materiale della condotta negligente del medico) hanno portato ad addossare il relativo onere al medico, a cui spetta vincere la presunzione di causalità materiale ai sensi del 1218 c.c., che diventa quindi pure presunzione di causalità giuridica. A prescindere dalle alterazioni strutturali dell'illecito che si trovano nella giurisprudenza, è sempre necessario accertare che il danno lamentato sia effettivamente riconducibile alla condotta del professionista, e la soluzione in ordine al riparto dell'onere probatorio sul punto è rimessa, di volta in volta, alla decisione del singolo magistrato, che sostanzialmente si avvale della c.t.u., contribuendo così ad alimentare l'incertezza⁽⁴⁰¹⁾. Neppure il filone giurisprudenziale che si è occupato di delineare i contorni del danno alla persona scioglie esplicitamente i dubbi in punto di onere probatorio della derivazione causale del danno. Senza che possa trovare spazio tra queste pagine la colossale opera di ampliamento della sfera di risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti dalla lesione di un diritto inviolabile della persona, estesa anche all'inadempimento dell'obbligazione⁽⁴⁰²⁾, ci limitiamo ad alcuni sintetici richiami:

⁽³⁹⁹⁾ FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., pp. 9 e 15 ss. secondo cui l'art. 2056 c.c. ha reso sostanzialmente omogenea, nel *quantum respondeatur*, l'intera sfera della responsabilità civile.

⁽⁴⁰⁰⁾ Queste anomalie sono retaggio della trasposizione della responsabilità medica dall'area extracontrattuale all'area contrattuale, v. SALERNO, *La causalità materiale nella responsabilità medica e il riparto dell'onus probandi*, in *Riv. nel dir.*, 1, 2014, p. 6 ss.; come risulta da Cass., 13 novembre 2013, n. 27855, cit., p. 1051 ss. con nota di OCCHIPUNTI.

⁽⁴⁰¹⁾ Per una carrellata di pronunce in questo senso v. HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 501 ss.; v. anche TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 5, 2009, p. 525 ss, da cui emergono i rilevanti problemi del rapporto fra la nozione sostanziale con i suoi variegati regimi processuali, influenzato di volta in volta dai diversi gruppi di fattispecie concrete che vengono in considerazione.

⁽⁴⁰²⁾ La risarcibilità del c.d. danno non patrimoniale contrattuale è stata affermato con un *obiter dictum* da Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 913, con nota di ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38, con nota di MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 499, con nota di PERLINGIERI; in *Dir. fam.*, 2009, 73, con nota di GAZZONI; sul tema v. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 2010, 7, p. 728 ss.

come noto le sezioni unite del 2008 ⁽⁴⁰³⁾ – muovendo dai principi già enunciati dalle celebri <<sentenze gemelle>> del 2003 ⁽⁴⁰⁴⁾ – hanno affermato che il danno non patrimoniale è comprensivo del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo (il cui ambito resta esclusivamente quello della mera sofferenza psichica e del patema d'animo) nonché dei pregiudizi non patrimoniali, diversi e ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto. Ne deriva che, nella liquidazione equitativa dei pregiudizi ulteriori, il giudice, in relazione alla funzione unitaria del risarcimento del danno alla persona, non può non tenere conto di quanto già eventualmente riconosciuto a titolo di danno biologico e danno morale soggettivo ⁽⁴⁰⁵⁾. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati, risponde comunque a mere esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno ⁽⁴⁰⁶⁾.

Questa giurisprudenza chiarisce, però, che il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, anche mediante presunzioni ⁽⁴⁰⁷⁾. Pertanto, occorre esaminare sinteticamente le problematiche che ne derivano sul piano processuale, con specifico riferimento all'individuazione del contenuto della domanda risarcitoria, alla portata dell'onere di allegazione del danneggiato, questa volta con riferimento al danno, nonché all'onere della prova del danno non patrimoniale inteso quale danno-conseguenza ⁽⁴⁰⁸⁾.

Nella prima prospettiva, la domanda con cui si fa valere il diritto al risarcimento del danno deve essere corredata della *causa petendi*, che nei diritti eterodeterminati concorre alla sua individuazione. Essa, tuttavia, è costituita soltanto dal fatto generatore dell'allegato pregiudizio ovvero, nel nostro caso, dalla lesione della salute; diversamente, le circostanze per le quali viene richiesto il risarcimento attengono alle allegazioni in fatto idonee alla dimostrazione del danno,

⁽⁴⁰³⁾ Cass., (ord.) 25 febbraio 2008 n. 4721, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1050, rimessione che ha dato luogo a Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.; medesimi principi sono stati affermati dalle sezioni unite anche in altre pronunce gemelle rese in pari data: n. 26973, 26974, 26975.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cass. 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828: in *Giur. it.*, 2004, 1129, con nota di BONA; in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 95, con nota di FRATI; in *NUOVA GIUR. CIV. COMM.*, 2004, I, 232, con nota di SCARPELLO; impostazione ratificata anche dalla consulta nella celebre Corte cost. 11 luglio 2003 n. 233, in *Giur. it.*, 2004, p. 1129; in *Foro it.*, 2003, I, 2201, con nota di NAVARRETTA.

⁽⁴⁰⁵⁾ quando vi sia la lesione di un tale tipo di interesse, ancorché il fatto non sia configurabile come reato *ex art. 185 c.p.c.*, stante la disposizione generale di cui all'art. 2059 c.c. che nello stabilire che nei casi previsti dalla legge è ammesso il risarcimento anche dei danni non patrimoniali derivanti da un illecito non può che riferirsi anche a valori e interessi costituzionalmente rilevanti ai sensi dell'art. 2 cost.; la vicenda del danno biologico segna il recupero - nell'ambito delle tecniche di risarcimento del danno- del valore costituzionale della salute come valore assoluto della persona ed esteso alla dimensione a-reddituale della stessa: tra le prime autorevoli voci che hanno avviato il dibattito dottrinale: ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, cit., *passim*, per una ricostruzione evolutiva; BUSNELLI, *Danno alla salute e tutela risarcitoria*, in *Il danno alla salute*, a cura di Breccia e Busnelli, Milano, 1978, 524ss; CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998; id, in AAVv, *Danno non patrimoniale*, a cura di Bona-Ponzanelli, 2009, p. 124 ss.

⁽⁴⁰⁶⁾ Con riferimento all'esigenza di considerare, pur evitando ogni duplicazione risarcitoria, sia il danno morale che quello esistenziale derivanti dalla perdita di un congiunto a causa del fatto illecito, cfr. Cass. 30 ottobre 2007 n. 22884, in *Foro it.*, 2008, I, 109, con nota di BRIGUGLIO, *I danni da fumo in Cassazione: un'occasione sfumata*; Trib. Modena, sez. II, 21 maggio 2008, in *www.dejure*.

⁽⁴⁰⁷⁾ In tal senso v., già prima dell'intervento delle sezioni unite, Cass. 8 ottobre 2007 n. 20987, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 865; Trib. Milano, 30 aprile 2008 n. 5567, in *Giust. civ.*, 2008, 4, p. 27; tale definizione, se portata alle logiche conseguenze, avrebbe dovuto condurre ad una corretta allocazione a carico del paziente dell'onere sul nesso di causalità giuridica.

⁽⁴⁰⁸⁾ Per un approfondimento v. GIORDANO, *Questioni processuali relative alla nuova categoria del danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1, 2011, p. 39 ss.

anche in via presuntiva ⁽⁴⁰⁹⁾. Il profilo dell'allegazione dei fatti, deve dunque essere tenuto distinto da quello della completezza dell'*edictio actionis* ⁽⁴¹⁰⁾: ai fini della validità dell'atto introduttivo, ex artt. 163 e 164 c.p.c., è sufficiente allegare la *causa petendi*, rientra invece nell'onere di allegazione del danneggiato, funzionale all'accoglimento della domanda, l'indicazione di fatti concreti dai quali possa evincersi la sussistenza del danno richiesto. Tuttavia, proprio in quanto allegazioni, e non fatti costitutivi della domanda, tali fatti potranno essere allegati anche nella memoria di cui all'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. La correlazione poi dell'onere di non contestazione del convenuto alla definizione del *thema probandum*, fa apparire ragionevole che la stessa debba essere compiuta nella difesa immediatamente successiva all'avversa allegazione, pur nel silenzio dell'art. 115 c.p.c. ⁽⁴¹¹⁾. L'onere di specifica allegazione e prova da parte del danneggiato del danno non patrimoniale deriva proprio dalla sua connotazione come danno-conseguenza ⁽⁴¹²⁾, al fine di consentire alla controparte di fornire la prova contraria. Tuttavia, le stesse sezioni unite hanno precisato che il danneggiato può comunque fornire la dimostrazione del pregiudizio in via presuntiva ai sensi dell'art. 2729 c.c. Da questo punto di vista la giurisprudenza ricorre spesso alle massime di esperienza per supportare il ragionamento inferenziale sulla base delle circostanze di fatto allegate ⁽⁴¹³⁾. Dall'esame della casistica emerge che tanto più grave è il danno non patrimoniale lamentato, tanto più l'onere probatorio del danneggiato finirà con il coincidere, in sostanza, con l'onere di allegazione di specifici fatti connotanti gli stati di grave sofferenza derivanti dall'evento dedotto ⁽⁴¹⁴⁾. Diversamente, nelle ipotesi di danni meno gravi, le allegazioni di fatti che presentano un'incidenza negativa sulla vita del danneggiato (il c.d. danno esistenziale) dovrebbero essere provate almeno con la testimonianza.

Ai fini della dimostrazione del danno alla salute in senso stretto, invece, è necessario un accertamento medico-legale mediante consulenza tecnica di parte, che normalmente sarà valutata dal giudice – attraverso la nomina di un c.t.u –, o ancora mediante un accertamento tecnico preventivo. Nella prassi, il giudice di merito potrebbe ritenere superfluo il ricorso alla consulenza, quando sia in grado di ritenere sussistente il pregiudizio sulla scorta della documentazione in atti

⁽⁴⁰⁹⁾ che può essere articolato in via meramente descrittiva secondo le voci tradizionali del danno non patrimoniale (biologico, morale, esistenziale: la domanda, infatti, si ritiene riferita a tutte le possibili voci di danno originate da quella condotta già in virtù del consolidato orientamento della giurisprudenza sulla non frazionabilità del diritto di credito in virtù dei principi della concentrazione e della correttezza processuale, cfr., tra le tante, Cass. 22 agosto 2007 n. 17873; eccetto l'ipotesi in cui l'attore abbia esplicitamente escluso il riferimento della domanda a tutte le possibili voci di danno, dovendosi coordinare il principio di infrazionabilità con quello della domanda, v. Cass. 7 dicembre 2004 n. 22987.

⁽⁴¹⁰⁾ A tal riguardo, infatti, si ha nullità dell'atto introduttivo del giudizio esclusivamente nell'ipotesi in cui vi sia una totale omissione o assoluta incertezza dell'oggetto della domanda, che peraltro non ricorre quando tali elementi siano individuabili mediante un esame complessivo dell'atto di citazione, cioè sia della parte espositiva che delle conclusioni; sul tema in generale, cfr. COMOGLIO, *La domanda giudiziale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, 1295 ss.; CONSOLO, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in Dig. disc. priv., sez. civ., VII, Torino 1991, 44; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 645 ss.

⁽⁴¹¹⁾ E comunque non oltre il momento in cui le parti possono precisare, modificare, specificare le proprie difese ex art. 183, comma 6°, c.p.c.: GIORDANO, *Questioni processuali*, cit., p. 48.

⁽⁴¹²⁾ La connotazione del danno non patrimoniale in termini di danno-conseguenza è stata considerata dalla Suprema Corte principio informatore della materia al quale devono conformarsi anche i giudici di pace nel giudizio di equità di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. dovendosi escludere che il danno non patrimoniale rappresenti una conseguenza automatica dell'illecito; sul tema Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in Giust. civ., 2004, I, 2537.

⁽⁴¹³⁾ Ma è importante non confonderle con il fatto notorio, che invece non richiede alcuna prova: di recente, Cass. 27 gennaio 2010 n. 1696; Cass. 18 dicembre 2008 n. 29728, cit.

⁽⁴¹⁴⁾ V. ad esempio per il danno da perdita del rapporto parentale, GIORDANO, *Questioni processuali*, cit., p. 39 ss.

ovvero delle prove orali assunte, ma la giurisprudenza successiva al 2008 è incline a pretendere l'accertamento tecnico ⁽⁴¹⁵⁾.

A questo punto della dissertazione, seppure condotta con sintesi analitica, appaiono con tutta evidenza le complicazioni della dinamica processuale proprie di questo genere di controversie dove, da un lato, i contraddittori e complessi orientamenti giurisprudenziali ⁽⁴¹⁶⁾ e, dall'altro, il tecnicismo medico-legale che complica il già articolato *iter* dell'accertamento, rendono urgente affrontare in una prospettiva più ampia la gestione del contenzioso.

Le tecniche processuali adottate dai giudici, però, non sempre agevolano il compito: la mente corre all'impianto concettuale alla base della prova e della liquidazione del danno da perdita di *chance*. Si tratta di una tematica complessa, la cui trattazione esaustiva travalica gli scopi del presente lavoro, per restare fedeli ai quali ci si limita ad alcune osservazioni critiche. E' necessario pure lasciare da parte le critiche della dottrina con riferimento alla stessa risarcibilità del danno da perdita di *chance* ed al paventato rischio che i giudici utilizzino la categoria per ritenere sufficienti valutazioni probatorie meno stringenti con riferimento all'accertamento della causalità giuridica ⁽⁴¹⁷⁾. Dunque, anche postulata asetticamente la sua risarcibilità, va constatato che non si è ancora individuata una tecnica liquidatoria rigorosa per risarcire la mera possibilità di conseguire un risultato, come posta attiva di danno emergente ed autonomo *petitum* ⁽⁴¹⁸⁾: l'unica cosa certa è l'impossibilità di imputare l'intero danno alla condotta dell'agente. La verifica sulla consistenza della possibilità di ottenere il risultato, infatti, non può che essere condotta in termini probabilistici ed incerti, e da essa deriva una riduzione del *quantum* risarcitorio altrettanto aleatoria, perché proporzionale alla percentuale di conseguimento dello stesso. La conseguenza è che i giudici, consapevoli del fatto che si risarcisce soltanto una parte del danno, tendono ad essere più lassisti nella valutazione delle prove, adottando una logica tipicamente transattiva ⁽⁴¹⁹⁾.

Le distorsioni conseguenti ad una siffatta prassi operativa portano al paradossale rovesciamento delle logiche proprie del differente contesto giudiziale e stragiudiziale: in ambito giudiziale, la <<logica transattiva>> porterebbe ad utilizzare il processo per la composizione degli interessi in conflitto mediante reciproche concessioni, che invece spetta alle parti e non può essere imposta coercitivamente dal giudice. Invece, la composizione negoziale degli interessi sarebbe, paradossalmente, resa più difficoltosa nella sede stragiudiziale, che gli è propria, a causa dell'adozione di valutazioni probatorie aleatorie e mutevoli sul piano giudiziale dell'accertamento del danno. In realtà, la risarcibilità della *chance* di per se favorisce la composizione stragiudiziale delle liti, in quanto contempla gli interessi della parte, che normalmente sul piano giuridico sono

⁽⁴¹⁵⁾ Nel senso dell'ipotizzabilità di un'istruttoria solo documentale o orale Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 26972, cit.; la giurisprudenza successiva è più incline a pretendere l'accertamento medico-legale, v. Cass. 30 aprile 2009 n. 10120.

⁽⁴¹⁶⁾ Rilevato anche dall'osservatorio di COMANDÈ, *L'ordine anarchico della giurisprudenza e L'anarchia ordinatoria del legislatore in tema di danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 12, 2013, p. 1141.

⁽⁴¹⁷⁾ Come già precisato inaugurata in ambito civilistico da Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit. ; FEOLA, Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o guarigione è accolto in Cassazione, in *Danno e resp.*, 2005, p. 45; in generale sulla perdita di chance BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55 ss.

⁽⁴¹⁸⁾ VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, in *Danno e resp.*, 6, 2013, p. 581 ss.; DE STEFANO-ROCCA-VENTURA, *Il danno da perdita di chances nella responsabilità professionale medica. Discrepanze metodologiche tra la valutazione medico-legale e la valutazione del giudice*, in *Zacchia*, 2011, 2, p. 272 ss.

⁽⁴¹⁹⁾ NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., pp. 159-160.

relegati a livello di mera aspettativa non tutelata ⁽⁴²⁰⁾, in quanto riguardano una lesione ipotetica e non attuale di un interesse del danneggiato. Tuttavia, è proprio l'incertezza di questa tutela, alimentata dall'aleatorietà delle decisioni giudiziali, a rappresentare un fattore disincentivante alla negoziazione.

4.1 La legge Balduzzi e la limitazione del danno risarcibile.

Sullo sfondo dei principi generali in materia di risarcimento del danno alla persona, resi pacifici dalle sezioni unite del 2008, la l. n. 189 del 2012, in conversione del c.d. decreto Balduzzi, ha introdotto con alcune discusse disposizioni delle forme di limitazione della responsabilità dei professionisti in ambito sanitario ⁽⁴²¹⁾. In questa sede ci soffermeremo sugli aspetti legati all'entità dei risarcimenti e, in particolare, della liquidazione del danno biologico conseguente a *malpractice* medica, per la quale l'art. 3 della suddetta legge rinvia alle tabelle contenute negli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209 del 2005 (c.d. Codice delle assicurazioni private).

Una prima incongruenza nell'intervento legislativo emerge a livello delle fonti: il rinvio fa transitare il sistema di liquidazione da una fonte consuetudinaria, il c.d. sistema tabellare elaborato dalla giurisprudenza milanese ⁽⁴²²⁾, ad una fonte legale che, tuttavia, è stata oggetto di forti dubbi interpretativi in ordine alla sua compatibilità costituzionale ⁽⁴²³⁾. Inoltre, lo schema risarcitorio delineato dal codice delle assicurazioni con riferimento ai sinistri stradali rinvia, a sua volta, a delle tabelle ministeriali, che non sono ancora state emanate con riferimento ai c.d. danni macropermanenti (art. 138).

Con riferimento alle tabelle legislativamente predisposte – per i soli danni micropermanenti – la Corte costituzionale ⁽⁴²⁴⁾ ha recentemente escluso che i criteri di liquidazione del danno biologico *ivi* previsti contrastino con la Costituzione o con le fonti sovranazionali, come paventato dai remittenti. Conseguentemente, il risarcimento risultante dalle tabelle di legge diventa limite insuperabile del danno non patrimoniale, comunque denominato, con forte limitazione dei

⁽⁴²⁰⁾ E quindi non sarebbero meritevoli di tutela, come sostiene CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, p. 545, ma anche altri a. che criticano la ricostruzione della giurisprudenza.

⁽⁴²¹⁾ Con specifico riferimento ai criteri di limitazione del danno v. GERBI-SARDELLA, *Il danno alla persona derivante da attività sanitarie*, in *Danno e resp.*, 12, 2013, p. 1221 ss. che verificano i trend di liquidazione del danno non patrimoniale in materia sanitaria su un campione di 160 sentenze provenienti da diversi fori nazionali.

⁽⁴²²⁾ Alle c.d. tabelle di Milano può essere riconosciuta, infatti, la natura di meri protocolli (cerca dott) Sulla valenza nazionale delle tabelle del Tribunale di Milano v. Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, in *Danno e resp.*, 2011, 10, p. 939 ss., con nota di HAZAN, *L'equa riparazione del danno (tra r.c. auto e diritto comune)* e PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*; Cass., 30 giugno 2011, n. 14402, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 1081 ss., con nota di FRANZONI, *Tabelle nazionali per sentenza, o no?*; v. anche la pungente ironia di FORNACIARI, *Le tabelle milanesi, la Cassazione e i marziani*, 6 aprile 2015, in *www.judicium.it*.

⁽⁴²³⁾ Trib. Tivoli, (ord.) 21 marzo 2012, Trib. Brindisi, (ord.) 15 maggio 2012, G.d.p. Torino, (ord.) 24 ottobre 2011, G.d.p. Recanati, (ord.) 24 maggio 2013 hanno rimesso la questione della legittimità costituzionale dell'art. 139: v. PONZANELLI, *Ancora sulla presunta incostituzionalità dell'art. 139 del codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1997 ss.; la questione è stata rigettata da Corte cost., 16 ottobre 2014, n. 235, in *www.cortecostituzionale.it*, v. infra nel testo; già in passato era stata sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 139 c.a.p., che la Corte ha dichiarato inammissibile, con Corte cost., (ord.) 28 aprile 2011, n. 157, in *Riv. it. Med. leg.*, 2011, p. 1257 ss, con nota di GAGLIARDI.

⁽⁴²⁴⁾ Corte cost., 16 ottobre 2014, n. 235, cit.; v. anche il contributo di ROSSETTI, *Micropermanenti: fine della storia*, in *Corr. Giur.*, 12, 2014, p. 1483 ss. che da conto di tutte le novità più importanti, prima tra tutte la regola della ricomprensione del danno morale nel risarcimento del danno biologico, salve quelle sofferenze che costituiscano conseguenza anormale della lesione.

risarcimenti e della personalizzazione, effettuabile in misura non superiore al 20% del danno risultante dalle allegazioni e dalle prove.

Nonostante l'intervento della Corte, resta insoluto un importante nodo problematico relativo alla lesione o meno del principio di uguaglianza con riferimento alla materia sanitaria, che potrebbe conseguire alla creazione di statuti risarcitori diversi per la lesione del medesimo bene salute⁽⁴²⁵⁾. Infatti, la Consulta supera la censura con un argomento che può valere solo per la r.c. auto: ammessa la personalizzazione, seppur limitata, le vittime di sinistri stradali avrebbero un trattamento privilegiato perché possono contare sulla sicura presenza di un debitore solvibile; ma tale elemento non sembra così scontato in ambito sanitario.

Sono opportune alcune riflessioni di sistema per comprendere perché l'impianto introdotto dalla legge Balduzzi non è ancora in grado di funzionare in modo efficiente, né di garantire più elevati livelli di effettività di tutela⁽⁴²⁶⁾.

L'estensione dei criteri e delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 c.a.p. sembra corrispondere ad una comunanza di ragioni di fondo, che giustificano la specialità della disciplina. L'r.c. auto, infatti, si connota come un sistema improntato alla tutela del danneggiato mediante l'imposizione di un duplice obbligo, che realizza un'importante utilità sociale: l'obbligo di assicurarsi per offrire una garanzia patrimoniale personale ai danneggiati e l'obbligo di contrarre a carico delle imprese di assicurazione⁽⁴²⁷⁾. Il sistema si regge sulla prevedibilità dei rischi a carico dell'assicuratore, che è necessaria per mantenere i costi entro un livello sostenibile per l'assicuratore stesso – in termini di risarcimento nel caso in cui il rischio si concretizzi – e per l'assicurato – in termini di premio. La *ratio* alla base della limitazione del risarcimento prevista dagli artt. 138 e 139 c.a.p. ha a che fare con l'accostamento tra prevedibilità e sostenibilità dei costi. L'effettività della tutela, quindi, viene valorizzata sotto il profilo della possibilità del sistema assicurativo di sostenere i costi a copertura dei rischi assicurati, contenendo al contempo i premi⁽⁴²⁸⁾.

Quando si è iniziato a prendere consapevolezza della responsabilità sanitaria come fattore di crisi⁽⁴²⁹⁾, il legislatore ha ritenuto opportuno ricomprendere i soggetti esercenti tale attività professionale nel novero dei professionisti destinatari dell'obbligo di assicurarsi, in virtù dell'impianto normativo costituito dal d.l. n. 138 del 2011, convertito con l. n. 148 del 2011, e relativo regolamento di attuazione d.p.r. n. 137 del 2012. La previsione dell'obbligatorietà dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività professionale rende necessario, da un lato, un elevato grado di certezza rispetto ai criteri di imputazione e, dall'altro, un contenimento dei costi

⁽⁴²⁵⁾ Evidenziata da Trib. Milano, 2 maggio 2013; Trib. Milano, 10 maggio 2013 e Trib. Milano, 23 maggio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 893 ss. con nota di PONZANELLI, *L'art. 139 C.D.A. si applica anche fuori dal perimetro del codice delle assicurazioni? (In)certezze del Tribunale di Milano*; peraltro, prima della Consulta del 2014 anche altri tribunali di merito optavano per una personalizzazione oltre il 20%; Trib. Torino, 16 gennaio 2013.

⁽⁴²⁶⁾ Per le altre previsioni dell'art. 3 che riguardano il sistema assicurativo (commi 2° e 4°) v. BREDA, *Responsabilità medica, tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e imp.*, 3, 2014, p. 768; Cfr. HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 93 ss.

⁽⁴²⁷⁾ Sul tema in generale CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, II, Milano, 2007, p. 309 ss; nel confronto con la responsabilità sanitaria v. TRECCANI, *Prime osservazioni sull'estensione degli artt. 138 e 139 c.a.p. all'esercente la professione sanitaria*, in *Danno e resp.*, 4, 2013, p. 447 ss.

⁽⁴²⁸⁾ Come ha messo in luce la stessa Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, cit.

⁽⁴²⁹⁾ Sulla base dei dati elaborati dall'Ania: v. ad. es. ANIA, *L'assicurazione italiana 2011-2012*, in www.ania.it, pp. 199-205; i dati contenuti nel Documento Conclusivo dei lavori della Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali (istituita con deliberazione della Camera dei Deputati il 5 novembre 2008).

finalizzato all'efficiente operare del sistema, ma con riferimento alla responsabilità medica entrambi gli obiettivi non compaiono neppure all'orizzonte⁽⁴³⁰⁾.

Si è già osservato come la c.d. legge Balduzzi non solo non pacifichi le contraddizioni giurisprudenziali emerse nella prassi operativa dell'accertamento della responsabilità, che continua a variare caso per caso, ma addirittura introduca elementi di ulteriore disordine con il riferimento asettico alle linee guida ed all'art. 2043 c.c. Neppure sul piano assicurativo e del contenimento dei risarcimenti sembrano in vista risultati soddisfacenti perché, da un lato, non vi è alcun obbligo a carico delle compagnie assicurative⁽⁴³¹⁾, dall'altro il contenimento del *quantum* non è controbilanciato da altri strumenti di tutela.

A ben vedere, il basso livello quantitativo dei risarcimenti – calcolati sulla base dei valori della tabella di cui al 139 c.a.p. –, assume un significato soltanto se inserito nel contesto degli altri istituti funzionali alla protezione del danneggiato da r.c. auto, quali l'azione diretta, il risarcimento diretto, la non opponibilità delle eccezioni ecc., che compongono un quadro normativo fondato sul bilanciamento degli interessi coinvolti in un'ottica di tutela del danneggiato⁽⁴³²⁾. Tuttavia, la disciplina relativa all'assicurazione obbligatoria sanitaria si ricollega allo schema generale di cui all'art. 1917 c.c. che, da un lato, non prevede l'attribuzione di un'azione diretta a favore del terzo danneggiato⁽⁴³³⁾, dall'altro, neppure fa menzione della regola della non opponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto, che costituisce il momento di massima protezione per il terzo danneggiato. Quindi, non può affermarsi che il paziente sia realmente protetto dall'obbligo di insolvenza del professionista, poiché l'assicuratore, sollevando tutte le eccezioni del caso, può rifiutare l'indennizzo in tutte le ipotesi in cui la copertura può non ritenersi operativa⁽⁴³⁴⁾.

Certamente il riferimento alle dette tabelle ha una sua logica apprezzabile nel senso di garantire, oltre che un calmieramento dei risarcimenti ed una riduzione del costo dell'assicurazione, uniformità e certezza delle liquidazioni⁽⁴³⁵⁾; soprattutto se si considera la disomogenea prassi liquidatoria delle corti ed il particolarmente elevato *standard* dell'entità dei risarcimenti, spesso per effetto della personalizzazione⁽⁴³⁶⁾. L'intervento è comunque destinato ad incidere solo in relazione alle lesioni c.d. micropermanenti, nonostante i maggiori problemi di quantificazione del danno e di

⁽⁴³⁰⁾ HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., pp. 40 ss. e 97 ss. TRECCANI, *Prime osservazioni sull'estensione degli artt. 138 e 139 c.a.p.*, cit., p. 450 ss.; FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2, 2014, p. 97 ss.

⁽⁴³¹⁾ L'art. 3, comma 2°, l. Balduzzi prevede la creazione di un Fondo finanziato in parte dai contributi dei medici che ne beneficerebbero ed in parte dalle compagnie di settore, pare con la funzione di consentire ai professionisti (presumibilmente gli esercenti alcune specialità mediche considerate particolarmente rischiose) che non riescano a reperirla sul mercato una copertura assicurativa a costi sostenibili, ma si è ancora in attesa dei relativi decreti attuativi.

⁽⁴³²⁾ Vero e proprio <<modello transattivo>> per HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., pp. 40 ss. e 97 ss.; cfr. BREDI, *Responsabilità medica, tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, cit., p. 768.

⁽⁴³³⁾ Sulla non configurabilità di un'azione diretta in caso di mancata espressa previsione legislativa v. Cass., 12 aprile 2006, n. 8622, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 2033; TRECCANI, *Prime osservazioni sull'estensione degli artt. 138 e 139 c.a.p. all'esercente la professione sanitaria*, in *Danno e resp.*, 4, 2013, p. 451 nota 9; benchè, infatti, lo stesso effetto possa realizzarsi con l'esercizio dell'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., il terzo danneggiato non potrebbe far valere un suo diritto, ma quello del responsabile civile non azionato, v. HAZAN-ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, cit., p. 246; peraltro per potersi esperire l'azione surrogatoria la giurisprudenza richiede ben più della mera inerzia, v. Cass. 5 dicembre 2011, n. 26019, in *Foro it.*, 2012, 5, I, c. 1526.

⁽⁴³⁴⁾ HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., pp. 40 ss e 97 ss.

⁽⁴³⁵⁾ BREDI, *Responsabilità medica*, cit., p. 768; NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., p. 309 ss.

⁽⁴³⁶⁾ Come risulta dall'indagine: GERBI-SARDELLA, *Il danno alla persona derivante da attività sanitarie*, cit., p. 1221 ss.

sostenibilità dei costi del risarcimento si avvertano, a livello di sistema, in relazione alle c.d. macrolesioni, rispetto alle quali continuano ad applicarsi le tabelle milanesi ⁽⁴³⁷⁾.

Non è chiaro neppure se il Codice delle assicurazioni private debba applicarsi anche nei contenziosi direttamente instaurati contro le strutture sanitarie, poiché l'art. 3, comma 3°, parla di <<danno biologico conseguente all'attività dell'esercente la professione sanitaria>>. La risposta affermativa, che era quasi scontata alla luce dell'equiparazione dei regimi di responsabilità – pacificamente predicata prima della l. Balduzzi –, oggi perde totalmente la sua connotazione di certezza ⁽⁴³⁸⁾.

Infine, occorre spendere alcune osservazioni in merito all'utilizzo della gravità della colpa quale criterio di quantificazione del danno risarcibile, a cui allude il terzo periodo del comma 1° dell'art. 3 l. Balduzzi. Infatti, sostenere che il giudice debba tenere conto del grado di colpa anche nella quantificazione del risarcimento si pone in discontinuità rispetto alle regole generali che dominano questa materia ⁽⁴³⁹⁾. Secondo i principi che reggono il nostro sistema della responsabilità civile, sia contrattuale che extracontrattuale, siffatto parametro può, al più, svolgere un ruolo nella quantificazione del danno morale soggettivo, mentre, al di fuori di questo tipo di pregiudizi, qualsiasi considerazione dell'elemento soggettivo deve rimanere estranea all'opera di quantificazione ⁽⁴⁴⁰⁾. L'interpretazione correttiva, lasciata anche in questo caso alla prudenza dell'interprete, è ovviamente nel senso di considerarla l'ennesima *gaffe* del legislatore, superabile o con una riscrittura sostanziale della norma o riconducibile ad una semplice svista ⁽⁴⁴¹⁾.

Si attende, dunque, un completamento della disciplina e molti chiarimenti da parte del legislatore, il quale ha solo lasciato traccia della direzione che intende imboccare: la previsione dell'art. 3 *bis* l. Balduzzi, relativa alla gestione e monitoraggio dei rischi in seno all'organizzazione delle aziende sanitarie, accoglie i rilievi da tempo mossi da quella dottrina che insiste sulla predisposizione di una disciplina finalizzata alla prevenzione e gestione del rischio (c.d. risk management), sia con riferimento alla prevenzione del contenzioso che alla riduzione dei costi dello stesso ⁽⁴⁴²⁾. Il passo in avanti rispetto al passato sembra essere la presa di coscienza, da parte del legislatore, del fatto che, per la sua enorme rilevanza sociale, la gestione del contenzioso civile in materia di responsabilità sanitaria non può più essere completamente affidata soltanto all'elaborazione giurisprudenziale.

⁽⁴³⁷⁾ HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 304 ss.; lettura confermata anche da Cass., 7 giugno 2011, n. 12408; cfr. PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*, cit., p. 956 ss.

⁽⁴³⁸⁾ Cfr. le diverse posizioni di BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, cit., p. 328 ss.; per HAZAN-ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico*, cit., p. 317-318 è esclusa nel caso di danni imputabili alla strutture e derivanti da carenza organizzativa.

⁽⁴³⁹⁾ FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2, 2014, p. 97 ss.

⁽⁴⁴⁰⁾ BIANCA, *La responsabilità*, cit., pp. 140 ss. e 207; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 148 ss., 629

⁽⁴⁴¹⁾ Peraltro, non manca chi ha anche messo in guardia di introdurre per via interpretativa un risarcimento sanzionatorio e punitivo, nell'aumento del quantum nei casi di colpa grave, v. NOCCO, *op. cit.*, 783 ss.; ma v. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, cit., p. 105.

⁽⁴⁴²⁾ TURCHETTI-LABELLA, *La gestione del rischio*, in *La responsabilità sanitaria tra valutazione del rischio e assicurazione*, a cura di Comandè-Turchetti, Padova, 2004, p. 223 ss; TRECCANI, *Prime osservazioni sull'estensione degli artt. 138 e 139 c.a.p.*, cit., p. 452; sulla tematica del *risk management* nell'ottica del principio di precauzione v. NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., p. 287 ss., con tutti i riferimenti.

CAPITOLO III

I mezzi di prova:

la rilevanza e le problematiche degli accertamenti di natura tecnica.

A questo punto dell'indagine, è possibile comprendere l'affermazione esternata in premessa, secondo cui la maggioranza degli aspetti problematici che si pongono nella prassi giudiziaria delle controversie di responsabilità sanitaria è connessa alla specificità dell'accertamento.

Gli stessi problemi, anche se in una prospettiva diversa, si pongono nell'ambito stragiudiziale di risoluzione delle controversie, poiché, come vedremo in seguito, anche in quella sede è spesso necessario verificare su base tecnico-scientifica lo svolgimento dei fatti. Infatti, la composizione negoziale degli interessi delle parti spesso non può prescindere da una ricostruzione oggettiva della vicenda, ciò almeno per due ordini di ragioni: in generale, l'accertamento tecnico è necessario ai fini della copertura assicurativa, che non potrebbe operare in assenza di una fattispecie di danno; con particolare riferimento alle strutture pubbliche, poi, la concessione risarcitoria in assenza di una fattispecie illecita darebbe luogo a responsabilità erariale.

Le osservazioni contenute nelle pagine seguenti, dunque, presentano una duplice valenza, da un lato, si cercherà di dimostrare l'enorme rischio di abdicazione della funzione decisoria da parte del giudice in favore del consulente e, dall'altro, si attesterà l'estrema opportunità che l'indagine medico legale sia svolta prima ed al di fuori del processo, sia per agevolare la composizione stragiudiziale della lite che, in caso di suo fallimento, per snellire l'accertamento giudiziale.

Le consulenze tecniche medico-legali hanno assunto un'importanza sempre maggiore nei processi civili per il risarcimento del danno, specie nella materia della responsabilità sanitaria, dove la natura dei fatti allegati dalle parti impone conoscenze tecnico-scientifiche che il giurista, magistrato o avvocato, non possiede. Tuttavia, la loro esecuzione soffre spesso di irritualità ed incertezze⁽⁴⁴³⁾, causate da divergenze interpretative e, ancor più, dalla trascuratezza delle norme processuali, con effetti negativi sul contraddittorio e quindi sul giusto processo.

Quando è necessario accertare fatti che richiedono conoscenze tecniche extragiuridiche si pongono problemi di varia natura: dall'individuazione dei criteri di affidabilità della prova scientifica, al problema della scelta del consulente e della formulazione dei quesiti da sottoporgli, per finire con l'utilizzo da parte del giudice delle risultanze di quel determinato accertamento tecnico, o documentazione tecnica⁽⁴⁴⁴⁾.

Occorre innanzitutto chiarire che l'attività medico-legale viene esplicata da ogni medico quando ricorra alle sue conoscenze scientifiche, non con finalità diagnostico-terapeutica, ma per contribuire ad una corretta applicazione delle norme: la redazione di un certificato o di una cartella clinica, ad esempio, non ha il solo fine terapeutico, ma ha anche un importante significato medico-legale. L'attività medico-legale, così intesa, è nelle mani del medico in generale, che non sempre ne ha

⁽⁴⁴³⁾ Rilevata dagli stessi medici legali: FIORI, *Irritualità ed incertezze nella consulenza medico-legale in sede civile*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 1, 2014, p. 1 ss.

⁽⁴⁴⁴⁾ Anche in ambito penale FIORI-VETRUGNO, *La sperimentazione peritale, le sue fallacie e le sue irritualità*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 4, 2012, p. 1385 ss. evidenziano che i periti offrono *ultra petita* la soluzione di qualche problema specifico loro prospettato o da loro individuato, ricorrendo *nel corso della perizia*, alla sperimentazione *ex novo* di modelli, di situazioni o di metodo per trarne poi, con metodo deduttivo o induttivo, conclusioni trasmesse ai magistrati ed alle parti attribuendovi, implicitamente od esplicitamente, addirittura il significato di *prova scientifica*.

piena consapevolezza. Questo fa comprendere perché la formazione medico-legale del clinico è oggi irrinunciabile, e deve riguardare ⁽⁴⁴⁵⁾: i doveri giuridici e deontologici; la nuova cultura del consenso informato; la cultura della comunicazione medico-paziente e della prevenzione del rischio; la responsabilità professionale, compresa la sua copertura assicurativa; il significato legale della cartella clinica e delle certificazioni.

Per quanto riguarda l'attività del consulente (incaricato dall'ufficio o da una parte), lo studio e l'aggiornamento si spinge fino alla <<cultura del rigore nelle prove>> che si acquisisce con lo studio della dottrina e della giurisprudenza, e si perfeziona sul campo. La *forma mentis* del consulente, infatti, dovrebbe portare a rifiutare conclusioni non supportate da soddisfacenti motivazioni, nella consapevolezza che il suo contributo è spesso decisivo, nella dinamica processuale, per attribuire o escludere responsabilità ⁽⁴⁴⁶⁾.

Per seguire il filo conduttore del presente lavoro, si vuole semplicemente ribadire, l'estrema difficoltà del lavoro dell'esperto che è chiamato a valutare in questo genere di controversie la sussistenza del rapporto di causalità, della colpa e del danno, in assenza di parametri normativi e giurisprudenziali chiari e univoci. La sua opera potrà, certo, variare in relazione al caso concreto o al foro davanti a cui si trova ad operare, ma sono rintracciabili delle coordinate che il consulente non dovrebbe mai ignorare. In altre parole, in ordine al valore delle prove, egli dovrà effettuare una valutazione generale ed una particolare: ad esempio, con riferimento alla verifica della causalità è necessario insistere sul significato e sul valore peritale delle leggi di copertura di tipo statistico, in applicazione della teoria condizionalistica ⁽⁴⁴⁷⁾, ma è altresì necessario che il consulente offra un contributo misurato sul caso concreto, per verificare di volta in volta l'interferenza di fattori eziologici alternativi, aiutando il giudice a valutare il complesso quadro probatorio, in applicazione del criterio dell'elevata <<credibilità razionale o probabilità logica>> .

E' evidente, dunque, che l'opera del consulente, proprio perché si trova ad applicare i criteri che guidano l'accertamento giudiziale, è in grado di condizionare la decisione del giudice o, addirittura, in alcuni casi a sostituirvisi, qualora non ne sia fatto un uso corretto ⁽⁴⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁵⁾ Secondo l'art. 64 del codice di deontologia medica <<Nell'espletamento dei compiti e delle funzioni di natura medico-legale, il medico deve essere consapevole delle gravi implicazioni penali, civili, amministrative e assicurative che tali compiti e funzioni possono comportare e deve procedere, sul piano tecnico, in modo da soddisfare le esigenze giuridiche attinenti il caso in esame nel rispetto della verità scientifica, dei diritti della persona e delle norme del presente Codice di Deontologia Medica>>; sempre più il medico quotidianamente deve confrontarsi con disposizioni di legge che regolano diritti/doveri del cittadino, e deve pensare a difendere sé stesso oltre che la salute del paziente. RONCHI, *La formazione del consulente tecnico*, in *Danno e Resp.*, 11, 2006, p. 1056.

⁽⁴⁴⁶⁾ RONCHI, *La formazione del consulente tecnico*, cit., p. 1057.

⁽⁴⁴⁷⁾ Ossia per verificare, sulla base della scienza se, senza la condotta umana, l'evento si sarebbe o non si sarebbe verificato, mediante la c.d. verifica controfattuale.

⁽⁴⁴⁸⁾ Ciò può accadere sia nella valutazione della colpa che del nesso causale: nel primo senso si prenda ad esempio il caso di infezione nosocomiale verso la quale sia motivata l'assenza di colpevoli errori del personale di assistenza e della struttura sanitaria, in ragione di bassa incidenza statistica (ad esempio 0,5%) che provverebbe la possibilità della stessa complicanza anche nel rispetto di doverose regole cautelari; si rileva come la corretta argomentazione medico-legale dovrebbe procedere oltre, fino a rappresentare che le percentuali desunte dalla letteratura sono composte da commistione di casi determinati sia da fatalità sia da colpa medica; e che gli stessi dati della letteratura che vengono trasferiti nel contesto peritale derivano tuttavia da esperienze maturate, per solito, in altri nosocomi (anche d'oltreoceano): si riferiscono, cioè, ad una casistica generale e non esprimono certo l'incidenza di infezioni intra-operatorie di quella casa di cura chiamata in causa, che può non avere reso pubblici i suoi dati, i quali, a loro volta, potrebbero essere indicativi di più elevata incidenza di infezioni, legate a *malpractice*: RONCHI, *La formazione del consulente tecnico*, cit., p. 1061, il quale rileva che tale parzialità di informazioni tecnico-peritali fornite al giudicante ricorre anche nella valutazione del nesso causale, soprattutto per colpa omissiva, dove le leggi di copertura di tipo statistico svolgono un ruolo spesso decisivo.

Una riflessione sulle modalità di utilizzo dell'accertamento tecnico, quale fondamentale strumento cognitivo del processo, conduce a considerare come necessaria la conoscenza della metodologia processuale delle motivazioni, che si complica quando viene in gioco la prova scientifica, perché essa mette in discussione il tradizionale accertamento giuridico fondato sul principio del libero convincimento⁽⁴⁴⁹⁾. Tale principio, infatti, tradizionalmente fondato sul c.d. senso comune, si esplica attraverso una ponderata commistione tra diritto e logica. Ciò significa che l'individuazione del significato di <<senso comune>> può avvenire solo con il contestuale riferimento a norme (per esempio sulle presunzioni, sul comportamento processuale, *etc.*) ed ai criteri extragiuridici propri del ragionamento logico⁽⁴⁵⁰⁾. Il libero convincimento deve, infine, esternarsi nella motivazione sul fatto, posta a presidio del diritto di difesa delle parti. D'altronde, nel campo giurisdizionale il giudice perviene all'accertamento argomentando sulla base dei dati disponibili, <<cioè traendo da tali dati una conclusione cognitiva tramite un percorso logico>>. Il fatto che tale convincimento debba essere esternato e giustificato nella motivazione – secondo criteri di razionalità logica, oggettività, imparzialità e giustificazione delle scelte –, rivela che esso non può implicare una mera scelta del giudice, discrezionale o intuitiva, poiché egli deve solo accertare non scegliere⁽⁴⁵¹⁾. Il problema che si pone quando il processo ha ad oggetto la c.d. prova scientifica, riguarda il fatto che essa è estranea sia al sapere giuridico che al c.d. sapere comune. I fatti acquisiti mediante prova scientifica e la loro valutazione, non sono percepibili direttamente dal giudice, ma sono riversati nel processo tramite l'accertamento di un altro soggetto⁽⁴⁵²⁾. Il problema reale della valutazione della consulenza tecnica – come in generale quello della utilizzazione e valutazione della prova scientifica –, consiste nel <<sintonizzare>> il rapporto tra accertamento scientifico e accertamento giuridico, di modo che il primo sia strumentale ma non sostitutivo del secondo. Occorre evitare, in altre parole, che i dati estranei alle conoscenze comuni che vengono introdotti nel processo <<prevalgano in misura irragionevole e lesiva quindi delle garanzie processuali sugli altri elementi

⁽⁴⁴⁹⁾ Che è il principale criterio guida del giudizio sul fatto: GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica: peritus peritorum o servus peritorum?* in *Resp. civ.*, 4, 2005, p. 316 ss.; per un inquadramento generale v. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice: 1) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2 ss.; più di recente CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. processuale*, 2003, p. 27 ss.; TARUFFO, *Valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 207 ss.

⁽⁴⁵⁰⁾ V. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice*, p. 2 ss. CARRATTA, *op. cit.*, p. 32; cfr. anche TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 665 ss. spec. 667, dove evidenzia come la decisione del giudice sia valida solo se, oltre al diritto, rispetta criteri di razionalità conoscitiva e argomentativa, oggettività, imparzialità e giustificazione delle scelte; solo in questo modo, infatti, è possibile ottenere il controllo delle scelte operate dal giudice nella formazione del suo convincimento sulla veridicità o meno del fatto.

⁽⁴⁵¹⁾ GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica*: cit., pp. 318 nota 8, e 319, che condivide l'idea di DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. processuale*, 1972, p. 432; diversamente, invece, TARUFFO, *Senso comune, cit.*, pp. 672 e 575 ss., per il quale il senso comune è un criterio <<incerto, incoerente, storicamente e localmente variabile, epistemicamente dubbio ed incontrollabile>>, così che il giudice finisce per stabilire discrezionalmente se una prova abbia o non abbia fornito la dimostrazione di un fatto; tale ultima visione sembra corroborata anche dalla giurisprudenza in tema di verifica di legittimità ex art. 360 n. 5 c.p.c. (Cass. n. 21885 del 2004), che oggi comunque nella nuova formulazione potrebbe confermare la tesi della non discrezionalità del giudice, almeno rispetto ai fatti decisivi.

⁽⁴⁵²⁾ Sulla prova scientifica, senza pretese di completezza, si ricorda ANDRIOLI, *La scientificità della prova con particolare riferimento alla perizia e al libero apprezzamento del giudice*, in *Dir. e giur.*, 1971, 798; DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. processuale*, 1972, p. 414 ss.; TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 558; ID., *Senso comune, cit.*, 685 ss.; ID., *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 329; RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1129.

di formazione dell'accertamento, integrando sostanzialmente delle prove legali, cioè ponendosi al di fuori del controllo tanto del giudice quanto delle parti>> ⁽⁴⁵³⁾.

Tra le soluzioni prospettate in dottrina vi sarebbe quella del <<giudice tecnico>>⁽⁴⁵⁴⁾, che non sembra applicabile in ambito giudiziale, anche vista la varietà di competenze scientifiche che sono utilizzate nel processo; diversamente tale opzione sarebbe decisamente proficua nell'ambito stragiudiziale dove, come vedremo, risponderebbe a tutte le esigenze di celerità ed economicità che attraverso tali strumenti si perseguono.

1. La consulenza medico-legale in ambito sanitario.

Come anticipato, un ruolo centrale nel giudizio sulla responsabilità medica è attribuito alla consulenza tecnica d'ufficio che rappresenta un importante strumento a disposizione del giudice per accertare su base scientifica il nesso di causa e la consistenza del danno. Lo dimostra il fatto che la maggior parte delle decisioni in materia si fondano proprio sulle risultanze della c.t.u. In particolare, dall'accertamento della derivazione causale del danno dalla condotta commissiva od omissiva del sanitario o della struttura ospedaliera, effettuato sulla base delle risultanze della c.t.u., si fa conseguire l'individuazione e la quantificazione del danno risarcibile, tale da garantire l'integrale riparazione del pregiudizio ⁽⁴⁵⁵⁾.

Si è anche fatto cenno ai problemi che tale strumento pone: consentire alla prova scientifica di dominare nella prassi rischia di sovvertire i principi processuali e gli equilibri tra tutti gli attori del processo. Infatti, se il giudice abdica ad una valutazione della prova secondo il suo libero convincimento – anche perché, ad esempio, non è in grado di valutare l'operato del consulente –, la prova scientifica assurge a <<prova legale occulta>>, di fronte alla quale si attenua la funzione di garanzia del diritto di difesa propria della motivazione ⁽⁴⁵⁶⁾. Il controllo del giudice dovrebbe riguardare, invece, non solo ciò che rientra nella sua competenza specifica, come il rispetto delle regole processuali, ma anche lo stesso operato e le conclusioni del consulente. D'altro canto, da un lato, l'utilizzo anticipato dell'istituto pone dei problemi rispetto alla regola dell'onere della prova, dall'altro, la valutazione dei risultati del consulente da parte del giudice potrebbe porre dei problemi sia rispetto al divieto di scienza privata ⁽⁴⁵⁷⁾ che rispetto al principio del contraddittorio.

Per comprendere il complesso rapporto tra prova scientifica e consulenza tecnica è necessario richiamare la tradizionale *querelle* sulla natura di quest'ultima: se sia da qualificarsi, cioè, come mezzo istruttorio, e più precisamente come strumento di integrazione delle conoscenze del giudice nella valutazione delle prove già acquisite, o come mezzo di prova in senso tecnico, ossia di

⁽⁴⁵³⁾ ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 1052 ss., C. GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza*, cit., p. 321.

⁽⁴⁵⁴⁾ SALOMONE, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1030,

⁽⁴⁵⁵⁾ V. l'indagine sulla giurisprudenza di merito compiuta da GERBI-SARDELLA, *Il danno alla persona derivante da attività sanitarie*, cit., p. 1221 ss., salvi rari casi in cui il giudice si discosta dalle risultanze della ctu, per esempio Trib. Benevento, 30 agosto 2012.

⁽⁴⁵⁶⁾ Così GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica*: cit., p. 322; ma v. anche DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 118 ss.

⁽⁴⁵⁷⁾ Ricavato all'art. 115, 2° co., c.p.c. "a contrario": DITTRICH, *Appunti per uno studio del fatto notorio giudiziale*, In *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, I, p. 819 ss.

accertamento e valutazione dei fatti storici ⁽⁴⁵⁸⁾. La giurisprudenza tende ad una soluzione di compromesso che salva entrambe le tesi: in linea generale, si ritiene che si tratti di un mezzo di ausilio del giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitano di specifiche conoscenze, con il limite del divieto che si compiano indagini esplorative in deroga all'onere di allegazione e di prova delle parti - a proposito si parla di <<consulente deducente>>; tuttavia, essa può costituire fonte oggettiva di prova quando si risolve in uno strumento di accertamento di situazioni rilevabili solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche - qui il consulente diviene <<percipiente>> ⁽⁴⁵⁹⁾. Tale assunto, se portato alle logiche conseguenze, condurrebbe a considerare la consulenza una fonte di prova nella quasi totalità dei casi, poiché è evidente che essa serve solo quando i fatti non possono essere rilevati in altro modo dal giudice, perché, appunto, richiedono conoscenze tecniche ⁽⁴⁶⁰⁾.

Inoltre, di regola si ammette una deroga al divieto di compiere indagini esplorative solo quando il consulente debba acquisire <<fatti accessori>>, non posti a fondamento della domande ed eccezioni delle parti, ma la cui acquisizione da parte del c.t.u. è necessaria per rispondere ai quesiti postigli ⁽⁴⁶¹⁾. In alcuni casi, si arriva addirittura a concepire la consulenza tecnica come strumento di accertamento e ricostruzione dei fatti storici, anche oltre le regole dell'*onus probandi*, rivestendo in tal caso la duplice funzione di individuare e valutare l'oggetto della prova ⁽⁴⁶²⁾.

In dottrina ⁽⁴⁶³⁾ è stata rilevata l'erroneità di una tale ricostruzione del rapporto fra onere della prova e consulenza tecnica, perché nel nostro sistema processuale la funzione dell'esperto viene valorizzata non come mezzo di prova oggettivo, ma soggettivamente come ausiliario del giudice. In realtà qualsiasi fatto, di natura tecnica o meno, va sempre accertato tramite la prova, con l'unica differenza che per la lettura dei fatti comuni sono sufficienti le massime di esperienza ⁽⁴⁶⁴⁾, mentre

⁽⁴⁵⁸⁾ Secondo la prevalente dottrina, dalla collocazione normativa della consulenza tecnica risulta che il legislatore ha considerato la stessa, da un lato, come appartenente all'istruzione probatoria, ma dall'altro come non appartenente alla categoria dei mezzi di prova; a voler sintetizzare le posizioni degli aa., a scapito della precisione e completezza ricostruttiva, propendono per la qualifica come mezzo di prova: SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 384; DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. processuale*, 1969, p. 404; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 678; la ritengono invece mezzo di valutazione di prove già acquisite, tra gli altri, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 195; LIEBMAN, *Diritto processuale civile*, Milano, I, p. 321 ss.; secondo la tesi più diffusa si tratta comunque di un mezzo ausiliario di integrazione delle conoscenze e dell'attività del giudice COMOGLIO, *Le prove*, cit. 640; MANDRIOLI, *Corso*, cit. p. 200; LIEBMAN, *Diritto*, cit., p. 95; v. anche AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, p. 124 ss.; ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., p. 993; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino 2010, spec. p. 845; per una sintetica ed accorta ricostruzione del dibattito v. anche BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 247 ss.

⁽⁴⁵⁹⁾ La tesi secondo cui la consulenza, pur non esonerando le parti dell'onere della prova, può in certi casi essere utilizzata per l'accertamento di fatti rilevabili unicamente con l'ausilio dell'esperto, è affermazione ricorrente in giurisprudenza: Cass. 11 settembre 2012, n. 15157, *Giust. civ. Rep.*, 2012, voce *Consulenza tecnica in materia civile (perizia)*, n. 20; Cass., 19 aprile 2011, n. 8989, in *Giust. civ. Rep.*, 2011, voce *Consulenza tecnica in materia civile (perizia)*, n. 7; Cass., 8 febbraio 2011, n. 3130, in C.e.d., 2011; Cass., 6 aprile 2005, n. 7097, in *Guida dir.*, 2005, 11, p. 67; Cass., 15 aprile 2002, n. 5422, in *Arch. civ.*, 2003, p. 225; Cass. 10 luglio 1999, n. 7319, in *Mass. Giur. it.*, 1999; Cass., 19 aprile 2011, n. 8989, cit. Cass., 23 febbraio 2006, n. 3990; Cass., 22 giugno 2005, n. 13401, in *Arch. Giur. circolaz.*, 2006, 6, p. 654; cfr. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 323 nota 8.

⁽⁴⁶⁰⁾ In applicazione del criterio dell'*extrema ratio* probatoria, alla base della valutazione di ammissibilità-necessità (ex art. 61 c.p.c.) v. ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., p. 1009 ss.

⁽⁴⁶¹⁾ Cass., 14 febbraio 2006, n. 3191, in *Arch. Giur. circolaz.*, 2007, 5, 569; ; Cass., 15 aprile 2002, n. 5422, cit.

⁽⁴⁶²⁾ Cass., 4 novembre 2002, n. 15399, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 982; Cass., 5 febbraio 2013 n. 2663, in *Dir. e Giust.*, 2013.

⁽⁴⁶³⁾ RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 324 ss.

⁽⁴⁶⁴⁾ Che non sono espressione di un suo sapere qualificato, ma di quello dell'uomo di media cultura: in argomento, v. CARNELUTTI, *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.* 1959, 639 ss.; TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, 197 ss.

quando il fatto ha natura tecnica si richiedono delle conoscenze più specifiche. E' utile un esempio misurato sulla responsabilità sanitaria: se Tizio chiede il risarcimento dei danni subiti a causa di un intervento chirurgico, affermando di avere riportato una lesione ad un organo interno, il giudice non è in grado di valutare se vi sia o meno la lesione, ma si dovrà avvalere del consulente. Tuttavia, prima che entri in gioco il consulente, il fatto va pur sempre offerto al giudice attraverso la prova (per testimoni, per presunzioni) o servendosi di una consulenza di parte, con tutte le difficoltà riguardo la specificità delle allegazioni e la ripartizione di oneri di cui si è già parlato. In ogni caso, le parti non possono sottrarsi al proprio onere di allegazione e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente – neppure nel caso di consulenza c.d. percipiente –, poiché è necessario che esse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti ⁽⁴⁶⁵⁾.

L'utilizzo regolare della figura del consulente percipiente nelle ipotesi di responsabilità medica aggrava ancora di più il quadro processuale, che si è già disegnato come totalmente disequilibrato a causa delle presunzioni giurisprudenziali e dell'alleggerimento degli oneri di allegazione e di prova. Sarebbe un errore che si va ad aggiungere agli altri se, il Tizio dell'esempio, chiedesse direttamente al giudice una consulenza per accertare se esiste la lesione della salute, ed il giudice la disponesse per accertare l'esistenza del danno o la sua derivazione causale. La dinamica processualmente corretta vorrebbe, invece, che la parte fornisca la prova della lesione, allegando, ad esempio, i risultati di accertamenti diagnostici o una perizia stragiudiziale. Soltanto in caso di contestazione delle prove offerte, il giudice potrà disporre la consulenza, che gli consentirà anche di comprendere se il risultato delle prove offerte sulla materia tecnica sia attendibile o meno. Qualora, invece tali risultanze non fossero contestate da controparte, non ci sarebbe neppure bisogno del ricorso al consulente, ed il giudice non potrebbe respingere la domanda asserendo che l'attore non ha soddisfatto il relativo onere ⁽⁴⁶⁶⁾. Solo impostando la questione in questi termini, si ristabilisce l'esatto rapporto fra onere della prova ed intervento del consulente tecnico, e si chiarisce quello che la giurisprudenza dice riferendosi al divieto di consulenze esplorative, anche se nella prassi è molto frequente una disposizione immediata della consulenza ⁽⁴⁶⁷⁾.

Quanto detto conduce anche a ridimensionare l'idea del consulente percipiente, limitandola all'ipotesi dell'accertamento dei soli fatti accessori alla consulenza, ossia quei fatti che pur non essendo costitutivi di domande o eccezioni – quindi non rientranti negli oneri delle parti –, riguardano condizioni pregresse o attuali del soggetto (età, precedenti malattie, ecc.) che il consulente deve conoscere per rispondere correttamente ai quesiti ⁽⁴⁶⁸⁾.

⁽⁴⁶⁵⁾ Cass., 26 novembre 2007, n. 24620; IZZO, in *Comm. C.p.c.*, diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, III, Torino, 2012, *sub art.* 191, p. 536.

⁽⁴⁶⁶⁾ RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 324 ss

⁽⁴⁶⁷⁾ V. per la prassi di consulenze anticipate consolidata presso il Tribunale di Firenze: CECCHONI-CIPRIANI, *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, a cura di Pezzano, Torino, 2014, p. 111; in argomento v. Cass. 8 febbraio 2011, n. 3130, in *Giust. civ.Rep.* 2011, voce *Consulenza tecnica in materia civile (perizia)*, n. 4, dalla quale emerge il divieto dell'impiego della consulenza a fini meramente "esplorativi", diretta alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provate; nello stesso senso più di recente Cass., 13 novembre 2013, n. 27855, in *Riv. it. Med. leg e dir. san.*, 3, 2014, p. 1051 ss. con nota di Occhipunti, cit.

⁽⁴⁶⁸⁾ Cass. 21 agosto 2012, n. 14577, in *Giust. civ.Rep.* 2012, voce *Consulenza tecnica in materia civile (perizia)*, n. 7 e Cass. 27 agosto 2012, n. 14655, *ivi*, n. 19; per RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., p. 324 ss. questi sono gli unici fatti che il consulente può direttamente percepire e solo con riferimento ad essi è legittimo parlare di consulente percipiente.

1.1 La valutazione della consulenza tecnica: è possibile sintonizzare l'accertamento scientifico con quello giuridico?

Per completezza d'indagine in relazione ai problemi che nel processo pone la distinzione tra consulente <<deducente>>, semplice ausiliario, e consulente <<percipiente>>, in funzione giudicante ⁽⁴⁶⁹⁾, è opportuno considerare la modalità di valutazione della consulenza da parte del giudice.

L'orientamento prevalente ritiene che il giudice, quando aderisce alle conclusioni del c.t.u., non sia tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni del suo convincimento, poiché l'obbligo di motivazione si ritiene assolto con il rinvio alla relazione tecnica; diversamente, il dissenso dalle conclusioni dell'ausiliario dovrebbe essere motivato in modo rigoroso e preciso ⁽⁴⁷⁰⁾. Va dato atto di un orientamento minoritario difforme, che richiede un'attenta valutazione di tutti gli elementi concreti anche nel caso in cui il giudice intenda recepire il parere del consulente, esternando con procedimento logico le ragioni del suo convincimento, al fine di consentire un controllo sulla congruità della motivazione ⁽⁴⁷¹⁾. Tale ultima impostazione coglie nel segno anche il problema della prova scientifica: sintonizzare il rapporto tra accertamento scientifico e accertamento giuridico in modo che il primo sia strumentale ma non sostitutivo del secondo ⁽⁴⁷²⁾. Il giudice, quale *peritus peritorum*, necessita del consulente ma deve essere in grado di controllarne e correggerne l'operato, selezionando quello che è valido dal punto di vista scientifico e scartando la c.d. *junk science* ⁽⁴⁷³⁾. Il falso problema legato al divieto di scienza privata ⁽⁴⁷⁴⁾ ha indotto a rimuovere il vero problema, predicando una necessitata adesione non motivata alle risultanze della consulenza, proprio perché il giudice non sarebbe in grado di valutare quanto afferma il suo ausiliario ⁽⁴⁷⁵⁾.

Il primo strumento per orientare tra la pluralità di rappresentazioni scientifiche, e per evidenziare le loro deficienze è dato, innanzitutto, dalla logica ⁽⁴⁷⁶⁾: essa, infatti è la sostanza del ragionamento del

⁽⁴⁶⁹⁾ Per la cui distinzione v. Cass., 11 settembre 2012, n. 15157, cit.; mette in evidenza il ruolo sempre più pregnante del consulente percipiente AULETTA, *Il procedimento*, cit., p. 124.

⁽⁴⁷⁰⁾ In caso di adesione v. Cass., 4 maggio 2009, n. 10222; Cass., 13 dicembre 2006, n. 26694; per la motivazione di dissenso v. Cass. 3 marzo, 2011, n. 5148.

⁽⁴⁷¹⁾ Cass., 1992, n. 2476, in Foro it., 1992, I, c. 3314; Cass., 2003, n. 4140; Cass., 2008, n. 11477.

⁽⁴⁷²⁾ ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della «prova scientifica»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1340.

⁽⁴⁷³⁾ Cass., 23 aprile 2004, n. 7773, in *Resp. civ.*, 4, 2005, p. 316 ss. con nota di GRAZIOSI, cit.; ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., p. 1052 ss., spec. 1059.

⁽⁴⁷⁴⁾ Cass. n. 13426 del 2003 sottolinea che il convincimento del giudicante «non può fondarsi su cognizioni particolari o soggettive tratte dalla scienza individuale del giudice, non annoverabili nell'ambito del fatto notorio di cui all'art. 115 c.p.c.»; soprattutto perché confligge con il principio del contraddittorio, che deve improntare non solo la valutazione ma pure la formazione del *thema decidendi* istruttorio.

⁽⁴⁷⁵⁾ La Suprema Corte, come già accennato, esonera il giudice dall'obbligo di motivare se aderisce agli esiti della c.t.u.: in tal senso, *ex multis*, Cass. n. 7341 del 2004; ma anche la dottrina v. ad. esempio TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1110 ss., il quale ritiene che se il giudice non dispone delle conoscenze scientifiche necessarie per accertare e valutare i fatti, è altresì difficile che lo stesso possa valutare criticamente il lavoro svolto dal consulente; v. anche TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 675 ss.; RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 1129, riconosce che, per la soggezione specialistica del giudice, questi dinanzi alla prova scientifica si trova «senza poter far uso del proprio libero convincimento» per cui essa si trasforma «in una sorta di prova legale».

⁽⁴⁷⁶⁾ Intesa come struttura di correlazione razionale dei dati fattuali, infatti, sulle modalità di controllo dell'opera del consulente da parte del giudice, ancora attuale è l'impostazione di DENTI, *Scientificità*, cit., 434, che richiama: «a) la valutazione della sua autorità scientifica; b) l'acquisizione al patrimonio scientifico comunemente accettato dei metodi di indagine da lui seguiti; c) la coerenza logica della sua motivazione.», quanto al primo, ordinariamente il consulente è iscritto all'apposito albo che implica già la valutazione dell'autorità scientifica; il secondo riguarda casi estremamente

giudice, ovvero del suo libero convincimento. Tuttavia, vi sono dei limiti al controllo logico dell'attività del consulente, perché può non essere percepibile dalla relazione peritale la pretermissione di fattori rilevanti tra quelli con cui il c.t.u. perviene alle sue conclusioni ⁽⁴⁷⁷⁾. Tale strumento può e deve quindi essere integrato con elementi ulteriori, che costituiscano riscontri positivi o negativi all'esito della consulenza. Da un lato, la fonte di integrazione del ragionamento logico è la comune esperienza (intesa come comprensiva delle massime di esperienza e del notorio); dall'altro, vanno tenuti in conto indici di accettabilità delle conclusioni del consulente. In virtù di tali indici, il giudice dovrebbe valutare: se la legge scientifica di fatto applicata sia effettivamente esistente; quale sia il suo contenuto precettivo e se questo sia stato correttamente individuato; quale valenza empirica la scienza le abbia riconosciuto, con riguardo alla sua controllabilità e falsificabilità; quale sia la percentuale di errore noto o potenziale della tecnica scientifica impiegata; se sussistano, in rapporto alle caratteristiche del caso concreto, le condizioni presupposte dalla legge scientifica per la sua applicabilità ⁽⁴⁷⁸⁾. Poiché, nella maggior parte delle ipotesi, il giudice non è in grado di compiere autonomamente questo tipo di verifiche, solo la piena attuazione delle garanzie del contraddittorio nell'esperimento della consulenza tecnica gli permette di acquisire importanti elementi di conoscenza e di valutazione.

Infatti, l'ulteriore strumento che consente di raccordare la scienza col diritto è il contraddittorio tecnico ⁽⁴⁷⁹⁾, che può aiutare il giudice ad esaminare la relazione del consulente sul piano logico, poiché anche quest'ultimo è tenuto a una piena trasparenza nella motivazione delle sue conclusioni. Il contraddittorio, in questa prospettiva, è prevalentemente volto a consentire alle parti e ai loro consulenti non solo di partecipare alle operazioni peritali, ma anche di formulare osservazioni e critiche sull'operato dell'esperto nominato dal giudice ⁽⁴⁸⁰⁾, ai sensi degli artt. 194 e 195 c.p.c. La contrapposizione tra esperti, se effettiva, ed il contrasto tra argomenti contrapposti, aiutano il giudice a comprendere meglio le questioni, i metodi e, più in generale, gli permettono di utilizzare correttamente la scienza come fonte di prova. La dialettica fra l'esperto e i consulenti tecnici di parte

rari, perché ordinariamente il c.t.u. non deraglia dai metodi comunemente accettati; il terzo rimane l'aspetto fondamentale del controllo; alla impostazione di Denti aderisce LOMBARDO, *La commistione*, cit., 23, che comunque ne evidenzia i limiti; cfr. GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica*: cit., p. 330.

⁽⁴⁷⁷⁾ Si pensi all'omessa indicazione, in caso di c.t.u. medica, di indagini diagnostiche che avrebbero dovuto esperirsi e che chi non ha le corrispondenti competenze non può conoscere; oppure ai casi in cui la materia è estremamente complessa e specialistica, anche a livello terminologico, al punto da impedire il vaglio critico del giudice; quindi, pare eccessivamente sbilanciato l'orientamento che, in caso di divergenza dagli esiti della c.t.u., pretende che il giudice riscontri nell'operato del consulente non solo gli errori logici ma anche quelli scientifici: Cass. n. 10816 del 2003, Cass., 23 aprile 2004, n. 7773, cit.

⁽⁴⁷⁸⁾ AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005; un importante contributo deriva dagli studi sulla prova scientifica in materia penale v. VICOLI, *Riflessioni sulla prova scientifica: regole inferenziali, rapporti con il sapere comune, criteri di affidabilità*, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 3, 2013, p. 1239; paradigmatica è proprio la consulenza tecnica disposta in tema di colpa o nesso di causalità in materia sanitaria, dove il consulente non considera spiegazioni alternative o non fornisca una base di autorevolezza scientifica alle teorie applicate, anche eventualmente giustificando la scelta nell'applicazione di una teoria piuttosto che di un'altra, nonché l'indicazione dell'autorevolezza della fonte; sul rilievo dell'*iter* logico seguito dal consulente nell'elaborazione delle risposte ai quesiti cfr. Cass. n. 13426 del 2003; ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., p. 1060 ss.

⁽⁴⁷⁹⁾ ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della «prova scientifica»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 1348 ss. perché il difensore non assistito a sua volta da un esperto è privo delle cognizioni tanto quanto il giudice, che tuttavia diventa reale ed efficace solo se a sua volta il giudice dispone e ha la capacità di avvalersi di propri strumenti di discernimento e di valutazione.

⁽⁴⁸⁰⁾ La prova scientifica, in questo modo, non è rimessa alla valutazione solitaria del giudice, ma è sottoposta ad un controllo critico dialettico, cui partecipano tutti i soggetti del processo: LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.* 2007, p. 35 ss.; v. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 230 ss.

può consentire al giudice maggiori possibilità di verifica e di controllo dei risultati forniti dall'esperto, tanto sotto il profilo della coerenza logica, quanto sotto quello della affidabilità delle informazioni tecnico-scientifiche⁽⁴⁸¹⁾.

Un altro problema, che qui può essere solo accennato, si pone rispetto alla formulazione del quesito – che oggi va indicato nell'ordinanza di nomina – e consiste nella mancata previsione di un contraddittorio delle parti in questa fase, che invece consentirebbe una migliore ponderazione dello stesso⁽⁴⁸²⁾. Infatti, la formulazione del quesito richiede spesso una conoscenza dei metodi scientifici dei quali si ipotizza l'impiego, per valutare la rilevanza che la prova scientifica potrà avere ai fini della decisione, anche se in via meramente ipotetica⁽⁴⁸³⁾.

In definitiva, il corretto approccio al problema della prova scientifica, deve ricercarsi nella combinazione tra un'accorta formulazione dei quesiti da sottoporre al consulente ed un uso corretto del libero convincimento del giudice, ossia attraverso l'utilizzo dei principi della logica al servizio dell'accertamento giuridico. Occorre mettere in guardia, altresì, dal rischio dell'affermazione indiscriminata del primato della valutazione giudiziale su quella peritale⁽⁴⁸⁴⁾: la valutazione scaturita dalla consulenza, grazie all'ausilio del contraddittorio, dovrebbe trovare il più possibile riscontri intrinseci – di completezza e logicità – ed estrinseci – di coordinamento con gli ulteriori dati cognitivi a disposizione del giudice, ma soprattutto dovrebbe essere esplicitata in un'adeguata motivazione, sia in caso di adesione che di dissenso rispetto alle conclusioni del consulente.

Tuttavia, il sistema di introduzione della scienza nel giudizio conserva i suoi margini di rischio, quando, ad esempio, il ragionamento è logico ma fondato su dati incompleti o errati; d'altronde ciò che emerge nel processo è soltanto la c.d. verità processuale. In questi casi scatta la regola di chiusura dell'onere della prova, che individua la parte sulla quale grava il rischio del processo⁽⁴⁸⁵⁾.

L'osservazione secondo cui tramite la distribuzione dell'onere della prova si amministra il rischio processuale, si è manifestata proprio nel campo della responsabilità civile da colpa medica, come è emerso nella prima parte della tesi. Alle cause dell'evoluzione giurisprudenziale, che ruotano attorno alla tutela del c.d. soggetto debole (che oggi potrebbe esserlo in egual misura lo stesso medico), potrebbe aggiungersi la difficoltà di ricostruzione scientifica propria di tali fattispecie, che ha finito per far deviare verso forme di responsabilità semi-oggettiva attraverso la modulazione degli oneri probatori. Un simile spostamento del problema – dalla valutazione del fatto alla supremazia del diritto – non può comunque prospettarsi come soluzione generale ai problemi del

⁽⁴⁸¹⁾ GAMBA, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali: problemi applicativi*, in *Riv. it. med. leg e dir. sanitario*, 1, 2014, p. 15 ss.; ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., p. 1036 ss., spec. 1048; ma v. anche le critiche di FIORI, *Irritualità ed incertezze nella consulenza medico-legale in sede civile*, cit., p. 1 ss. riferiti, in particolare, alle c.d. consulenze in materia complessa, rilevate pericolose carenze sul piano della effettiva partecipazione difensiva delle parti: lo schema procedimentale predisposto dal legislatore sembra favorire uno scambio solo di carattere formale tra il consulente del giudice e i consulenti delle parti.

⁽⁴⁸²⁾ ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., p. 1032.

⁽⁴⁸³⁾ Infatti, se il c.t.u. non possiede una buona base giuridica, che in questa materia include anche l'evoluzione giurisprudenziale delle regole di accertamento della responsabilità, potrebbe non essere in grado di rispondere correttamente, specie a fronte di un quesito mal formulato; a tale esigenza risponde, in buona parte, il modello di incarico elaborato dal Tribunale di Milano, nel quale sono espressamente richiamati gli eventuali esami strumentali ed altre indagini da eseguirsi in base a <<rilevanti evidenze scientifiche con adeguata motivazione ed indicazione della dottrina medico-legale e della letteratura scientifica più accreditate in relazione alla fattispecie concreta>>; anche se negli stessi si evidenzia l'assenza dell'attuale criteriologia giurisprudenziale del nesso causale FIORI, *Irritualità ed incertezze nella consulenza medico-legale*, cit., p. 10.

⁽⁴⁸⁴⁾ Che sembra ancora diffuso nella giurisprudenza, come rileva ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., p. 1062, che parla di motivazione implicita.

⁽⁴⁸⁵⁾ GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza*, cit., p. 335 ss.

settore. Si ritiene, invece, che un'adeguata soluzione passi attraverso il dialogo con gli strumenti alternativi di soluzione delle controversie che, come meglio vedremo, sarebbero in grado di coniugare in modo più proficuo, e senza le inevitabili rigidità processuali, il sapere scientifico e quello giuridico ⁽⁴⁸⁶⁾.

2. La Cartella clinica.

La cartella clinica è il documento che raccoglie i dati clinici e le valutazioni basate su questi dati, che riguardano un determinato paziente rispetto ad uno o più fenomeni clinici ⁽⁴⁸⁷⁾. La sua rilevanza giuridica è strettamente connessa con il giudizio, in quanto essa è il documento che permette la rappresentazione dello svolgimento di determinati fatti clinici. In questa sede si prenderanno in considerazione le problematiche legate al valore probatorio della cartella clinica in ambito giudiziale ed al suo utilizzo in sede stragiudiziale ⁽⁴⁸⁸⁾.

Per entrare subito nel vivo della questione occorre affrontare il problema della natura giuridica di tale documento, che risulta tutt'oggi controversa anche a causa della molteplicità delle fonti di disciplina, le quali finiscono per risultare, paradossalmente, insufficienti a garantire certezza.

E' necessario sgomberare subito il campo da un equivoco che inutilmente complica e crea disordine: la valutazione della natura giuridica di atto pubblico compiuta dalla giurisprudenza penale ⁽⁴⁸⁹⁾ non può essere presa a punto di riferimento anche in sede civile perché, in primo luogo, il concetto penalistico di atto pubblico è più ampio, inoltre, tale valutazione è essenzialmente suggerita dalla finalità di applicare il trattamento sanzionatorio più severo per l'ipotesi di falso ⁽⁴⁹⁰⁾. Sotto il primo profilo, semplificando, l'atto pubblico normalmente rilevante per il diritto penale non è solo il documento proveniente da un notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato, ma altresì quello formato da un pubblico impiegato nell'esercizio delle proprie funzioni per uno scopo diverso da

⁽⁴⁸⁶⁾ NOCCO, *Il <<sincretismo causale>> e la politica del diritto*, cit., p. 238 ss.; su accertamenti tecnici v. MANIARI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, in *La mediazione, profili sistematici e potenzialità applicative*, a cura di Bulgheroni-Della Vedova, Roma, 2012, p. 165

⁽⁴⁸⁷⁾ La definizione più chiara sembra ancora oggi quella contenuta nella circolare del Ministero della Sanità del 17 giugno 1992; si evidenziano altresì le definizioni fornite dalla dottrina (FRÈ, *La cartella clinica nel sistema sanitario italiano*, in *Ragiusan*, 291-292, 2008, p. 352) e dalla giurisprudenza (Cass., 13 marzo 2009, n. 6218, in *Giust. civ.*, 2009, 3, p. 454).

⁽⁴⁸⁸⁾ Sono diverse le branche del diritto interessate alla cartella clinica, ad esempio, il diritto penale se ne è occupato con riferimento ai delitti di falsità materiale o ideologica in atto pubblico (art. 476 e 479 c.p.), v. CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, V, Torino 2009, p. 278; il diritto amministrativo, poiché sulla base di essa viene svolta la valutazione della c.d. appropriatezza dei ricoveri, che a sua volta regola i rimborsi delle strutture accreditate presso il S.s.n. e regionale: AROSIO, *La cartella clinica come strumento di rilevazione dei costi nelle strategie di gestione amministrativo-contabile delle aziende ospedaliere*, in Bucci (a cura di), *La cartella clinica*, Padova 1999; infine, anche il campo del diritto di *privacy*, di cui al d. legisl. n. 196 del 30 giugno 2003, Codice in materia di protezione dei dati personali (in particolare artt. 22 e 92), sia rispetto al diritto d'accesso che alla tutela della riservatezza, specie con l'avvento dell'informatica: GLIATTA, *Il diritto alla privacy in ambito medico: le precauzioni da adottarsi per il trattamento dei dati sensibili e le novità in materia di fascicolo sanitario elettronico*, in *Resp. Civ.*, 10, 2010, p. 682; GAZ, *Accesso ai dati sanitari soggetti a trattamento pubblico e diritto alla riservatezza*, in *Riv. Amm. Rep. Ita.*, 3-4, 2008, p. 215 ss. (nota a Cons. St., 14 novembre 2006, n. 6681).

⁽⁴⁸⁹⁾ Cass. Pen., 21 gennaio 1981, in *Giust. pen.*, II, 1981, p. 449; Cass. Pen., 8 febbraio 1990, in *Giust. pen.*, II, 1991, p. 476; Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 1992, *Foro It.*, II, 1993, p. 385; Cass. Pen., 11 luglio 2005, n. 35167.

⁽⁴⁹⁰⁾ Ossia applicare il falso in atto pubblico anziché gli artt. 477 e 480 c.p., con la finalità di sanzionare con maggior rigore penale il falso in documenti di particolare importanza per la pubblica amministrazione, come può appunto accadere nel caso dei certificati medici e delle cartelle cliniche.

quello di conferirgli pubblica fede, quindi anche con riferimento a quegli atti amministrativi con mera rilevanza endoprocedimentale ⁽⁴⁹¹⁾.

Si tratta di una precisazione importante perché, in passato, la dottrina maggioritaria ⁽⁴⁹²⁾ ha aderito a tale indirizzo giurisprudenziale, optando per la natura di atto pubblico della cartella clinica. Al contrario, una parte minoritaria della dottrina riteneva che la stessa non presentasse tutti i requisiti richiesti dall'art. 2699 c.c. per l'atto pubblico, ed in particolare che difettesse il fondamentale requisito della qualifica di pubblico ufficiale in capo al medico che materialmente redige la cartella ⁽⁴⁹³⁾. Si deve dare atto, altresì, di un orientamento che classifica la cartella clinica come un *tertium genus*, collocandola in una posizione intermedia tra la scrittura privata e l'atto pubblico, ed assimilandola ad una certificazione amministrativa ⁽⁴⁹⁴⁾. In definitiva, la natura polivalente della cartella clinica – che dispiega i suoi effetti nel campo del diritto amministrativo, civile e penale – ha finito per consentire ad ogni interprete di connotarla come meglio tornava utile ai fini del proprio campo operativo, finendo per configurare un ibrido giuridico ⁽⁴⁹⁵⁾.

La confusione è stata alimentata dalla molteplicità di fonti di disciplina: l'obbligo della sua compilazione si rinviene nel r.d. n. 1631 del 1938 (c.d. decreto Petraghani) ⁽⁴⁹⁶⁾, indicazioni sulla redazione sono contenute nel Codice di deontologia medica ⁽⁴⁹⁷⁾, così come nelle linee guida dello Stato e delle regioni ⁽⁴⁹⁸⁾. Tuttavia, in nessun testo normativo si fa menzione della natura giuridica o del valore probatorio della cartella clinica, ne tantomeno possono individuarsi delle caratteristiche

⁽⁴⁹¹⁾ V. PISANI, *I reati contro la fede pubblica*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Torino 2012, p. 533 ss.; in alcuni casi la stessa giurisprudenza penale considera la cartella clinica atto pubblico propriamente inteso al fine di applicare l'aggravante prevista dall'art. 476, comma 2°, c.p.c che prevede una pena più severa se la falsità <<concerne un atto, o una parte di un atto, che faccia fede fino a querela di falso>>, v. Cass. Pen., 16 aprile 2009, n. 31858, in *Dir. G.*, 2010, p. 278.

⁽⁴⁹²⁾ Per la letteratura medico legale v. MAGLIONA-IORIO, *La regolare compilazione della cartella clinica*, in *Min. Med. Leg.* 23, 1994, p. 114 ss.; sul piano giuridico v. GASPARRI, *Note di aggiornamento in tema di cartella clinica*, Atti III Conv. Naz. S.I.A.S.O., Pisa, 1988, p. 201.

⁽⁴⁹³⁾ DI LUCA-LA ROCCA-CAVALLI, *Profili medicolegali e giuridici della cartella clinica nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Jura Medica*, 1-3, 1990, p. 81; secondo questa dottrina minoritaria, il medico ospedaliero può al più assumere la qualifica di incaricato di pubblico servizio, che non è ricompresa ne espressamente ne nella ratio dell'art. 2699 c.c. e la cartella clinica dovrebbe essere al più considerata alla stregua di una attestazione di scienza, cioè una certificazione con semplice valore dichiarativo, non con efficacia costitutiva propria dell'atto pubblico.

⁽⁴⁹⁴⁾ BUZZI-SCLAVI, *La cartella clinica: atto pubblico, scrittura privata o "tertium genus"?*, in *Riv. it. Med. leg.*, 6, 1997, p. 1161 ss.; tesi seguita anche da Cass. Civ., 18 settembre 1980, *Mass. Giust. civ.*, 1980, p.2234.

⁽⁴⁹⁵⁾ BUZZI-SCLAVI, *La cartella clinica*, cit., p. 1162.

⁽⁴⁹⁶⁾ Contenente <<Norme generali per l'ordinamento dei servizi sanitari e del personale sanitario degli ospedali>> il quale ha stabilito che “ *Il primario (...) cura, sotto la propria responsabilità, la regolare tenuta delle cartelle cliniche e dei registri nosologici; obbligo successivamente ribadito con il d.p.r. n. 128 del 1969; per le case di cura private, v. art. 35 d.p.c.m. n. 153 del 1986; con riferimento alle cartelle cliniche dei medici di base, v. art. 31 d.p.r. 270 del 2000 ; si parla di cartella integrata con riferimento alla cartella infermieristica che, di fatto, confluisce in quella medica (d.p.r. n. 225 del 1974).*

⁽⁴⁹⁷⁾ Art 23 dell'attuale codice del 2006; il valore delle norme deontologiche è stato riconosciuto come vincolante, ma solo all'interno dell'ordinamento della categoria: v. Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2441 ss.; la violazione delle regole deontologiche di condotta che prescrivono un'attenta compilazione della cartella clinica costituisce infatti una figura sintomatica di inesatto adempimento: Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Resp. civ.*, 2010, p. 592 ss., con nota di ZAULI, *Responsabilità professionale da contatto sociale, attività medica e riparto dell'onere probatorio*, in *Ragiusan*, 2010, pp. 313-314 e 151.

⁽⁴⁹⁸⁾ V. Linee Guida del Ministero della Sanità del 17 giugno 1992; mentre l'attività legislativa delle regioni rileva anche nell'ottica di avere criteri stabili per la valutazione della gestione economica delle strutture sanitarie, che viene effettuata tramite le cartelle cliniche, secondo canoni di congruità e appropriatezza, che permettono di valutare l'efficacia delle cure, nel difficile equilibrio tra esigenze di riduzione dei costi e di mantenimento di un livello qualitativo elevato: v. ad es. d. legisl. 30 dicembre 1992, n. 502; d. legisl. 19 giugno 1999, n. 229; d.p.c.m. 29 novembre 2001; l.r. Lazio 1 settembre 1999, n. 16; d.g.r. Lazio 10 luglio 2001, n. 996; d.g.r. Lazio 14 novembre 2003, n. 1178; l. r. Veneto 14 dicembre 2007, n. 34.

costanti di forma e contenuto ⁽⁴⁹⁹⁾, che quindi variano in base alla struttura e spesso anche al reparto.

Il codice civile presenta un sistema chiuso, dove il valore probatorio di un documento nel giudizio è di atto pubblico o di scrittura privata, *tertium non datur* ⁽⁵⁰⁰⁾. L'orientamento dominante della giurisprudenza e maggioritario della dottrina, ancora oggi, tende a configurare la cartella clinica come atto pubblico facente fede fino a querela di falso ⁽⁵⁰¹⁾. Il valore documentale viene poi ulteriormente diversificato — nelle stesse affermazioni giurisprudenziali — a seconda del contenuto delle annotazioni: atto pubblico per i dati oggettivi, gli interventi praticati o i fatti storici, che sono tutti casi in cui si qualifica come attestazione autoritativa, idonea a creare certezze legali privilegiate *erga omnes*; mentre, per la parte contenente pareri diagnostici o terapeutici, si tratterebbe di un attestato che genera solo certezze notiziali, rimesse al libero convincimento del giudice, e confutabili con una semplice prova contraria ⁽⁵⁰²⁾.

Una tale impostazione, oltre a disorientare nella prassi operativa, crea un'indebita sovrapposizione tra i profili legati alla natura giuridica sostanziale delle singole annotazioni, e quelli attinenti al valore probatorio dell'atto. Dal primo punto di vista, è evidente che la varietà di documenti che compongono la cartella clinica ⁽⁵⁰³⁾ impedisce una sua univoca riconduzione ad un modello legale. Sul piano sostanziale, ciascuna annotazione rileva sia come atto dichiarativo unilaterale – non recettizio e privo di contenuto patrimoniale –, sia come attività giuridica esecutiva di un'obbligazione legale relativa alla prestazione medico-sanitaria ⁽⁵⁰⁴⁾. Sul piano probatorio, emergono numerosi dati che rendono difficoltoso il riscontro di tutti gli elementi necessari affinché, alla cartella o ad alcune sue parti, sia riconosciuta un'efficacia probatoria privilegiata quanto al suo contenuto ed alla sua provenienza, che può essere smentita solo con querela di falso, ai sensi degli artt. dagli artt. 2699 e 2700 c.c. ⁽⁵⁰⁵⁾.

Le caratteristiche dell'atto pubblico ricavabili da tali norme, infatti, sono tutte essenziali affinché possa produrre efficacia di prova legale a livello istruttorio, in particolare non solo lo stesso deve

⁽⁴⁹⁹⁾ L'unica indicazione di un *minimum* contenutistico viene individuata per le sole case di cura private (prima dall'art. 24 d.m. 5 agosto 1977, poi abrogato e trasfuso nell'art. 35 d.p.c.m. n. 153 del 1986), che si dovrebbero ritenere estese, per analogia, anche alle cartelle delle strutture pubbliche.

⁽⁵⁰⁰⁾ V. VERDE, voce *Prova documentale: I) Dir. proc. civ.*, in Enc. giur. Treccani, XXV, Roma 1990; ROTA, I *documenti*, in *La prova nel processo civile*, cit., p. 592 ss.

⁽⁵⁰¹⁾ V. OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, spec. 1264 ss.; ID., *Cartella clinica e responsabilità medica*, Milano, 2011, pp. 46 e 61 ss.; per la giurisprudenza penale più recente cfr., *ex multis*, Cass. pen. 17 febbraio 2010, n. 19557, cit.; per quella civile v. Cass. 12 maggio 2003, n. 7201, in *Ragiusan*, 2003, 235-6, p. 358; Cass. 27 settembre 1999, n. 10695, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 2020; Cass., 18 settembre 1980, n. 5296, in *Mass Giust. civ.*, 1980, p. 2234.

⁽⁵⁰²⁾ La distinzione si ritrova sia in Cass. pen., 11 febbraio 1997, n. 2314, in *R. pen.*, 1997, p. 588, che in Cass., 18 settembre 1980, n. 5296, cit.; più di recente Cass., 30 novembre 2011, n. 7201, dove si precisa che l'applicazione dello speciale regime di cui agli artt. 2699 ss. c.c. è circoscritta alle sole trascrizioni concernenti le attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, mentre ne sono escluse le valutazioni, le diagnosi o comunque le manifestazioni di scienza o di opinione in essa contenute; Cass. civ., 30 novembre 2011 n. 25568, parla di <<certificazione amministrativa>>; peraltro la distinzione viene effettuata anche in riferimento all'atto pubblico in generale: ROTA, I *documenti*, cit., p. 601.

⁽⁵⁰³⁾ In essa vi confluiscono il consenso informato, la cartella infermieristica (infatti si parla di cartella integrata, v. *retro* nota 496), annotazione di fatti esterni e di attività compiute dall'operatore.

⁽⁵⁰⁴⁾ OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, cit., spec. 1270, che la considera un <<documento progressivo, e non un documento a formazione progressiva>>.

⁽⁵⁰⁵⁾ V. BRUGI, voce *Atti pubblici*, in *Noviss. Dig. it.*, 1981, p.1521; MARICONDA, voce *Atto pubblico*, *Enc. Giur. Treccani*, 1989, p. 1 ss.

essere redatto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, ma nella redazione dell'atto stesso devono essere rispettate specifiche formalità⁽⁵⁰⁶⁾.

Innanzitutto, sotto il profilo soggettivo, difetta una norma di diritto pubblico che qualifichi il medico come pubblico ufficiale, né può ravvisarsi in concreto l'esercizio di poteri autoritativi o certificativi nel redigere la cartella clinica⁽⁵⁰⁷⁾. Infatti, se deve certamente escludersi che il medico eserciti poteri autoritativi – poiché nell'attività assistenziale il sanitario non può praticare nessun intervento diagnostico-terapeutico senza il consenso del paziente o del suo legale rappresentante –, possono nutrirsi dubbi anche rispetto all'esercizio di poteri certificativi. Dalla legge si evince che la funzione di <<pubblico documentatore>> non può competere automaticamente a qualunque p.u., ma che è l'ordinamento giuridico a doverlo indicare in relazione singole tipologie di atti pubblici⁽⁵⁰⁸⁾. Sempre in base alla legge, inoltre, si ricava che il p.u. nell'esercizio di poteri certificativi debba trovarsi in una posizione di assoluta terzietà rispetto al contenuto della sua attività documentativa. Tali presupposti mancano completamente nella componente documentativa delle funzioni del medico ospedaliero, e pare rendersene conto la stessa giurisprudenza che, in alcuni casi, ha escluso l'efficacia di prova legale della cartella a favore dello stesso autore dell'annotazione nell'ambito del giudizio sulla propria responsabilità⁽⁵⁰⁹⁾.

Sotto il profilo oggettivo, difetta una previsione di legge che stabilisca una peculiare qualifica probatoria del documento in questione: la legge richiede la sola <<regolare tenuta>>, senza stabilire precise modalità per la redazione o la sottoscrizione, tantomeno è previsto che essa venga sottoscritta o siglata da tutti i medici e operatori che nella prassi la redigono⁽⁵¹⁰⁾. Inoltre, nella realtà ospedaliera, la repentina mutevolezza delle condizioni del paziente e la necessità di intervenire urgentemente, spesso rendono non completa né puntuale la verbalizzazione scritta dei fatti. La difficoltà di riconoscerle un'efficacia probatoria rafforzata, in definitiva, si pone rispetto alle caratteristiche proprie della cartella clinica. La documentazione dell'attività terapeutica e diagnostica presenta, infatti, un ampio margine di opinabilità e soggettivismo legato alla natura delle prestazioni stesse, che collide con la certezza *erga omnes* della rappresentazione dei fatti certificata dall'atto pubblico. Inoltre, il medico dipendente dall'amministrazione sanitaria pubblica non è consapevole, mentre redige la cartella, di formare un atto pubblico: lo dimostra il fatto che

⁽⁵⁰⁶⁾ ROTA, *I documenti*, cit., p. 592 ss.; MARICONDA, voce *Atto pubblico*, cit., pp. 3-4, che evidenzia come l'eccezionale formalismo sia una fondamentale funzione dell'atto pubblico.

⁽⁵⁰⁷⁾ la descrizione dei requisiti e delle attribuzioni del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio sono contenuti negli artt. 357 e 358 c.p., come riformati dalla l. n. 86 del 1990, da cui si ricava che il p.u. è colui che esercita poteri autoritativi o certificativi.

⁽⁵⁰⁸⁾ BUZZI-SCLAVI, *La cartella clinica*, cit., p. 1167 nota 38; la giurisprudenza parla di <<tassatività>> delle ipotesi di potere certificativo: Cass., 24 aprile 1999, n. 8021, in Rep. Foro it, voce prova documentale, n. 43; ROTA, *I documenti*, cit., p. 593 ss., che cita in nota 61 Carnelutti.

⁽⁵⁰⁹⁾ Il medico è infatti autore della condotta su cui si basa il giudizio e, allo stesso tempo, è autore materiale del documento che questa condotta descrive, che è la prova principe di quel giudizio, trovandosi quindi in una posizione di assoluto dominio delle fonti di prova, v. OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, cit., spec. p. 1270, che per questo esclude la natura di atto pubblico; cfr. Cass. 18 settembre 1980, n. 5296, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, p. 9; Cass., 27 settembre 1999, n. 10695, cit.

⁽⁵¹⁰⁾ Ciò comporta, altresì, la difficoltà di individuare l'estensore, o gli estensori delle annotazioni; le modalità di redazione della cartella clinica non sono in alcun modo regolamentate, né per quanto attiene agli elementi indispensabili a conferirle una valida completezza formale, né per quanto concerne la, o le figure di chi ha titolo a compilarla materialmente, al di là del generico richiamo alla <<regolare tenuta>>, assegnata al primario dall'art. 7 del D.P.R. n. 128/1969; alla sua compilazione partecipano in momenti diversi, infatti, non solo medici in servizio ospedaliero, ma anche i medici tirocinanti e il personale con diploma universitario, nonché quello infermieristico professionale e generico.

normalmente egli non si cura di riportare <<dichiarazioni delle parti>> ex art. 2700 c.c. o di fare verificare alle stesse il contenuto dell'atto (⁵¹¹).

Un ulteriore aspetto a conferma di quanto appena esposto attiene all'impossibilità per la cartella clinica di svolgere la funzione pubblicitaria propria dell'atto pubblico, ossia garantire la conoscibilità dell'atto da parte di chiunque ne abbia interesse (⁵¹²). Ciò non solo perché, come visto, essa è priva degli indispensabili requisiti di forma e contenuto, ma soprattutto perché tale funzione si porrebbe in contrasto con la tutela della riservatezza del paziente (⁵¹³). Anzi, il medico o la struttura che non adottino delle misure di sicurezza nel momento della raccolta e della conservazione di tali dati rischiano di incorrere in responsabilità ex art. 2050, ai sensi dell'art. 15 cod. *privacy* (⁵¹⁴). Lo sviluppo di nuove tecnologie applicabili nella gestione del servizio sanitario, se da un lato pone nuovi problemi di tutela della riservatezza dei dati sanitari, dall'altro, risulta certamente basilare al fine di formulare percorsi condivisi che consentano concretamente di ridurre la possibilità di errore e, al contempo, cercare di raggiungerne la certezza probatoria di tali documenti, che sarebbe particolarmente utile in tali controversie (⁵¹⁵).

Lo sviluppo del fascicolo sanitario elettronico e della cartella clinica elettronica rappresenta, infatti, un notevole vantaggio, anche perché – a fronte di una chiara, corretta, esaustiva e contestuale compilazione dei documenti – renderebbe possibile attestare in maniera inequivocabile la responsabilità delle scelte, mediante l'identificazione dei soggetti che hanno agito. Così, il sanitario sarebbe in grado di fornire una dimostrazione certa del suo operato, assicurandosi strumenti di prova del suo corretto agire in eventuali procedimenti di presunta *malpractice*, allo stesso modo il paziente disporrebbe di maggiori strumenti probatori, ridimensionando l'esigenza di ricorrere a stratagemmi giurisprudenziali volti ad alleviare i suoi oneri.

E' utile concludere questa breve analisi con alcune considerazioni rispetto all'utilizzo della cartella clinica quale principale documento di prova nel giudizio. Il riconoscimento da parte della prevalente giurisprudenza dell'efficacia di prova legale con riferimento ai soli dati obiettivi (e non valutativi) contenuti nel documento, comporta che il paziente debba sollevare una querela di falso per contestarne la veridicità. Tale circostanza, oltre alle evidenti difficoltà probatorie nel contesto della querela, crea una ingiusta disparità di trattamento rispetto alle cartelle delle case di cura private, che la giurisprudenza considera prive di valenza probatoria privilegiata (⁵¹⁶). Comunque, le difficoltà del paziente a dimostrare la falsità dei dati riportati in cartella sono state stemperate da una non formalistica interpretazione giurisprudenziale, che ritiene sufficiente l'indicazione di qualsiasi tipo

(⁵¹¹) ROTA, *I documenti*, cit., pp. 597-598

(⁵¹²) MARICONDA, voce *Atto pubblico*, cit., p. 4.

(⁵¹³) Tutelata sia sotto il profilo del segreto professionale dalle norme penali (artt. 200 ss. c.p.p.) e dal codice di deontologia medica (artt. 9, 10, 11 e 21), che il c.d. codice della privacy (d.lg. n. 196 del 2003), che all'art. 1 annovera i dati sanitari tra i dati sensibili; sul tema, anche con riferimento alla cartella clinica elettronica, v. GLIATTA, *Il diritto alla privacy in ambito medico: le precauzioni da adottarsi per il trattamento dei dati sensibili e le novità in materia di fascicolo sanitario elettronico*, in *Resp. civ.*, 10, 2010, p. 682; FILAURO, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno e resp.*, 5, 2011, p. 472.

(⁵¹⁴) Cass. 30 gennaio 2009 n. 2468, in *Danno resp.*, 2009, p. 446.

(⁵¹⁵) GENOVESE-MOBILIA-GEROSA-RAINERI, *La tecnologia digital pen&paper quale utile strumento di clinical risk management e di tutela medico-legale*, in *Riv. it. Med. leg. e dir. san.*, 2, 2011, p. 434 ss., rendono conto di uno studio di fattibilità della applicazione in ambito sanitario della tecnologia *Digital Pen & Paper* nella compilazione della modulistica di cartella clinica in ambito ospedaliero, nel rispetto delle norme sulla strutturazione della cartella clinica e sulla formazione, validazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, dell'Ospedale San Carlo Borromeo in Milano.

(⁵¹⁶) OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, cit., p. 1264 ss.

di prova idoneo all'accertamento del falso, comprese le presunzioni (⁵¹⁷). Il *favor* per il paziente è altresì evidente in quell'orientamento che presume la sussistenza del nesso di causa sulla base della mera indicazione di elementi che rivelino una probabile incompletezza o falsificazione della cartella (⁵¹⁸). Infatti, l'inottemperanza del medico all'obbligo di controllare la completezza ed esattezza del contenuto della cartella clinica configura un difetto di diligenza nell'adempimento della prestazione lavorativa – particolarmente grave avuto riguardo alla rilevante funzione che la cartella assume – nei confronti del paziente e, indirettamente, nei confronti della struttura sanitaria a cui il paziente stesso si è affidato (⁵¹⁹). Secondo la giurisprudenza, dunque, la difettosa tenuta della cartella clinica non solo non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta del medico e le conseguenze dannose sofferte dal paziente, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della c.d. vicinanza alla prova (⁵²⁰). Sono già state evidenziate le contraddizioni di tale orientamento che, unitamente ai presupposti propri della realtà operativa ospedaliera entro la quale si forma la cartella clinica, rendono difficile la sua assimilazione a documentazioni dotate di efficacia fidefacente a livello istruttorio. Pertanto, l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale imporrebbe che la sua portata probatoria sia liberamente valutata dal giudice, anche alla luce di altri elementi di giudizio.

3. La consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi.

Può oggi considerarsi un dato assodato che, con l'introduzione dell'art. 696 *bis* c.p.c., il legislatore abbia inteso offrire un nuovo strumento alternativo per la risoluzione delle controversie che presentano un certo tasso di specificità tecnica (⁵²¹). Si è utilizzato, in via preventiva, il tradizionale strumento della consulenza tecnica ma, discostandosi funzionalmente dai procedimenti cautelari

(⁵¹⁷) Che interpreta in senso ampio l'art. 221, comma 2°, c.p.c.: Cass., 3 febbraio 2001, n. 1537; App. Milano, 14 dicembre 2004.

(⁵¹⁸) Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; Cass. civ., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2970; Cass. civ., 5 luglio 2004, n. 12273, in *Danno resp.*, 2005, p. 99; più precisamente, la regolare tenuta della cartella clinica rientra nelle prestazioni a cui è tenuto il sanitario, tanto è vero che le omissioni imputabili al medico nella sua redazione rilevano sia come figura sintomatica di inesatto adempimento, per difetto di diligenza ex art. 1176, comma 2, c.c., sia come nesso eziologico presunto, posto che l'imperfetta compilazione della stessa non può, in via di principio, risolversi in danno di colui che vanta un diritto in relazione alla prestazione sanitaria CARTONI, *Il giudice civile e la responsabilità sanitaria*, in *Giust. civ.*, 10, 2013, p. 531; Cass. 26 gennaio 2010 n. 1538, in *Giur. it.*, 2010, p. 1795.

(⁵¹⁹) Cfr. Cass. 13 marzo 2009 n. 6218, in *Lav. giur.*, 2009, 801, con nota di REGINA, *La sezione lavoro "assolve" il medico negligente nella cura e compilazione delle cartelle cliniche*; sul punto, v. anche Cass. 5 luglio 2004 n. 12273, in *Giur. it.*, 2005, 1409, con nota di PERUGINI.

(⁵²⁰) Cfr. Cass. 27 aprile 2010 n. 10060; poiché il medico ha pieno dominio della prova della sua condotta, in quanto è lui stesso che inserisce in cartella le informazioni necessarie a ricostruirla, lo spostamento sul medico dell'onere della prova sull'inesistenza del nesso viene decretato in conseguenza del principio secondo cui le conseguenze della mancata prova ricadono sulla parte che ne è onerata: OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, cit., p. 1264 ss.

(⁵²¹) Ad opera del d.l. n. 35 del 2005 (c.d. decreto competitività), convertito con modificazioni nella l. n. 80 del 2005, il legislatore ha istituito *ex novo* la <<consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite>>, la cui disciplina è interamente contenuta nell'art. 696-*bis* c.p.c., che recepisce sostanzialmente il contenuto dell'art. 49 del progetto di legge elaborato dalla c.d. Commissione Vaccarella; sul tema v. BESSO, *I procedimenti di istruzione preventiva. I procedimenti sommari e speciali. I procedimenti cautelari*, Torino, 2005, II, 2, p. 1176 ss.; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, *Foro it.*, 2005, V, c. 139; NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, www.judicium.it, 2006; BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 247 ss.; TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 805 ss.; con riferimento alla responsabilità medica v. CARNEVALE-SCARANO, *Dal conflitto alla conciliazione: nuove opportunità di soluzione delle controversie in tema di responsabilità civile medica*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 3, 2009, p. 539.

accanto ai quali è regolamentato, si persegue una finalità deflattiva del contenzioso attraverso la composizione degli interessi delle parti.

Per comprendere il dibattito teorico sul tema, che continua ad animare gli studiosi, è utile un sintetico confronto di tale strumento rispetto al vicino istituto di cui all'art. 696 c.p.c.: mentre l'accertamento tecnico preventivo è strumento cautelare che mira a costituire una prova prima del processo⁽⁵²²⁾, con l'istituto disciplinato dal nuovo art. 696 *bis* c.p.c. la formazione preventiva della prova non è più finalizzata ad evitare la sua possibile dispersione – assicurandone una tutela cautelare in attesa del futuro processo di merito –, quanto più a garantire una base da cui partire per poter giungere ad una soluzione conciliativa della lite ed evitare, così, il successivo giudizio di cognizione⁽⁵²³⁾. La *ratio* della consulenza in funzione conciliativa della lite, dunque, non è solo quella di consentire di preconstituire la prova prima e al di fuori del processo, come per il tradizionale accertamento tecnico preventivo, ma, anche e soprattutto, quella di consentire la conciliazione della lite⁽⁵²⁴⁾. Ciò da ragione del fatto che l'istanza viene sganciata dal presupposto cautelare del *periculum*, che costituisce l'essenza della funzione cautelare, pur conservando la struttura di mezzo istruttorio preventivo e anticipatorio con finalità di deflazione del contenzioso⁽⁵²⁵⁾. Tale ultima affermazione coglie nel segno la natura composita dello strumento, nel quale, accanto alla funzione conciliativa, permane la finalità di pura anticipazione d'una porzione dell'istruttoria ordinaria. Il dibattito ancora attuale riguarda, infatti, il rapporto tra le due funzioni o, piuttosto, la prevalenza dell'una sopra l'altra, da cui si fanno conseguire diverse implicazioni in punto di poteri del giudice circa valutazione della sua ammissibilità⁽⁵²⁶⁾.

La collocazione sistematica della norma all'interno dei procedimenti di istruzione preventiva, e lo stretto collegamento che conserva con l'eventuale successivo giudizio di merito, ne segnano indubbiamente i tratti caratterizzanti, sebbene non ne impediscano la riconduzione alle procedure di *alternative dispute resolution*.

⁽⁵²²⁾ Oggi anche con la possibilità di un giudizio valutativo sulle cause e sui danni: la funzione stessa dei procedimenti di istruzione preventiva, tradizionalmente collocati nell'ambito della categoria dei procedimenti cautelari, da cui si distinguono per non essere diretti a tutelare un diritto di natura sostanziale, bensì un diritto di natura processuale, quale è il diritto alla prova, oggi possono essere utilizzati anche per anticipare quelle valutazioni acquisibili solo all'esito dell'istruzione nel giudizio di merito.

⁽⁵²³⁾ OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, www.judicium.it, 2006; NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo*, cit.

⁽⁵²⁴⁾ NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo*, cit.

⁽⁵²⁵⁾ QUERZOLA, in *Comm. C.p.c.*, a cura di Carpi-Taruffo, Padova, 2012, sub art. 696 *bis*, p. 2506; cfr. BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 247 ss. per il dibattito sulla natura della consulenza tecnica nell'ottica dell'equiparazione tra la stessa e l'accertamento tecnico avvenuta con le norme in commento.

⁽⁵²⁶⁾ Cfr. QUERZOLA, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 2507 e ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, diretto da Consolo, Milano 2013, sub. Art. 696 *bis*, p. 723, che pur concordando sulla coesistenza delle finalità, giungono a risultati parzialmente difformi proprio sulla base della prevalenza della funzione istruttoria su quella conciliativa, per il primo a., o viceversa, per il secondo; se si afferma come prevalente la funzione istruttoria giunge a conclusioni, da un lato, rigide rispetto alla valutazione sulla sussistenza del *fumus*, dall'altro lato, si esclude che il giudice debba risolvere in quella sede le questioni preliminari di merito che potrebbero impedire od ostacolare la conciliazione: che sarebbero rimandate alla sede più propria per BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 256 ss.; Se si privilegia la funzione conciliativa tende ad ammettere che in sede di consulenza preventiva il giudice debba svolgere un ruolo attivo nel rendere possibile la conciliazione, anche a prescindere dalla rilevanza della stessa nell'eventuale giudizio di merito: che potrebbe essere valutata ai precisi ed esclusivi fini della conciliazione; SCIBETTA, Il nuovo art. 696-bis c.p.c.: la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, in *Giur. merito*, 2006, p. 267 ss., spec. p. 269 ss., ma *contra* Trib. Milano, 27 aprile 2009, in *Giur. it.*, 10, p. 138 con nota di CONTE; v. la posizione più moderata di ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, Milano 2014, sub. Art. 696 *bis*, pp. 450 nota 17 e 451, che concorda con quest'ultima decisione laddove esclude che nella valutazione di ammissibilità rientri anche la valutazione della probabilità del buon esito della conciliazione.

L'accostamento alle *a.d.r.* è incontestabile in ragione della presenza di un terzo neutrale a cui viene affidata la conduzione del tentativo di conciliazione e dell'efficacia esecutiva riconosciuta al verbale di accordo, in seguito ad omologazione. Tuttavia, si rinvencono altrettanti elementi che ne fanno un istituto del tutto singolare: l'attivazione per scelta unilaterale di una delle parti, il penetrante ruolo del giudice statale e la mancanza di *confidentiality*, lo colorano con una veste giurisdizionale. Tant'è che è stato ricondotto alla categoria della conciliazione delegata, con la differenza che in questo caso l'incarico al consulente è affidato direttamente dalla legge⁽⁵²⁷⁾.

La valutazione sull'ammissibilità dell'istanza deve essere compiuta dal giudice in relazione alla sussistenza di un adeguato *fumus boni iuris*, alla sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, naturalmente con valutazione sommaria condotta sulla base dell'oggetto della causa di merito⁽⁵²⁸⁾. Tali valutazioni e attività del giudice attestano che lo strumento alternativo appartiene pur sempre alla giurisdizione civile contenziosa, anche perché è collocato nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, con conseguente applicazione delle garanzie proprie del principio del contraddittorio⁽⁵²⁹⁾. Dopo una prima fase, che potremmo definire processualizzata – che si svolge in udienza nel contraddittorio delle parti, in cui potranno essere risolte eventuali questioni di rito o valutata l'opportunità di chiamata di terzi⁽⁵³⁰⁾ – il procedimento prosegue dinanzi al consulente nominato dal giudice in quella stessa udienza, con contestuale formulazione dei quesiti, il quale dovrà tentare, ove possibile, la conciliazione delle parti.

Il collegamento rispetto alla giurisdizione si coglie non solo da un punto di vista procedimentale, ma altresì in relazione alle due diverse anime⁽⁵³¹⁾, conciliativa ed istruttoria, solo apparentemente antitetiche: infatti, da un lato, fa funzione conciliativa si nutre di una valutazione prognostica sul possibile esito della futura causa di merito, di modo che la prognosi anticipata sulle *chances* di successo in sede di cognizione ordinaria, non solo meglio disponga ad una soluzione concordata, ma sia capace di dissuadere le parti in conflitto dall'instaurare la causa – qui risiederebbe lo scopo deflattivo. Sotto altro profilo, anche quando non si raggiunga una soluzione concordata della lite, l'attività giurisdizionale non sarebbe compiuta invano, poiché i risultati dell'assunzione preventiva potranno essere acquisiti al giudizio di merito su richiesta di una parte⁽⁵³²⁾ – nel comma 5°, infatti, emerge la funzione di anticipazione istruttoria, che in tal caso corrisponde non tanto ad un'esigenza cautelare, quanto più di economia processuale. Dunque, l'opportunità di conciliare la controversia si concretizza solo dopo che le parti abbiano avuto la possibilità di verificare gli esiti della valutazione

⁽⁵²⁷⁾ GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 781.

⁽⁵²⁸⁾ Che consiste in una valutazione dell'ammissibilità, della rilevanza e dell'utilità della consulenza, non però della probabilità del buon esito della conciliazione: ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c. tra mediation ed anticipazione della prova*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 414; l'oggetto della causa di merito deve essere indicato ex art. 693 comma 3 c.p.c., BESSO, *Accertamento tecnico e consulenza tecnica preventiva*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, p. 1324; *contra*, invece, NARDO, *La nuova funzione conciliativa*, cit., loc. cit., per il quale il nuovo istituto sarebbe completamente sganciato da entrambi i presupposti della tutela cautelare; cfr. sul punto BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 251 ss.

⁽⁵²⁹⁾ La procedura non può infatti proseguire inaudita altera parte SCARPA, *Composizione delle liti, la consulenza tecnica preventiva*, in *Immobili e Diritto*, 2006, 10, p. 111 ss., ma deve essere garantito alle parti il diritto di intervenire e partecipare attivamente e con eguali poteri al procedimento di formazione dell'a.t.p., nonché di svolgere nel modo più completo possibile le proprie difese.

⁽⁵³⁰⁾ BESSO, *Accertamento tecnico e consulenza tecnica preventiva*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, p. 1331.

⁽⁵³¹⁾ Parla di <<doppia anima>> NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico*, cit.

⁽⁵³²⁾ ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 723, che comunque evidenzia (p.274) che non si tratta di una strumentalità propriamente cautelare.

tecnica, da cui ricavare il possibile riparto delle responsabilità, la quantificazione delle somme eventualmente dovute e legittimamente spettanti (⁵³³).

Così si giunge al punto nodale del discorso, che riguarda l'oggetto e l'ampiezza dell'incarico del consulente-conciliatore, e va esaminato sempre in relazione alle peculiarità delle controversie di responsabilità medica. Si è visto che il giudice è portato a nominare un c.t.u per sopperire al deficit di conoscenze tecniche nell'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità – ossia dell'*an debeat*, perchè la determinazione del *quantum* avviene più agevolmente in base alle tabelle (⁵³⁴). E' anche emerso che il giudice deve adoperarsi per formulare dei quesiti completi e precisi che consentano di indirizzare il consulente nelle valutazioni relative alla colpa, al nesso di causa ed al danno: l'opera del consulente, infatti, deve essere circoscritta ai fatti principali allegati dalle parti, con possibilità di svolgere un ruolo percipiente rispetto ai fatti accessori essenziali all'indagine medico-legale. La consulenza non dovrebbe, invece, derogare alle regole sull'onere della prova esaminate nel capitolo precedente, comprese quelle di derivazione giurisprudenziale che rispondono ad esigenze di riequilibrio in virtù del principio di vicinanza della prova.

Il problema dunque si assesta nei seguenti termini: nell'ambito del procedimento ex art. 696 *bis* c.p.c. il consulente incontra gli stessi limiti previsti per la consulenza tecnica nel corso del giudizio ordinario o è ammessa una consulenza tecnica esplorativa ai soli fini della conciliazione della lite?

L'esigenza di misurarsi con problematiche concrete del contenzioso medico-sanitario suggerisce di tralasciare la minuziosa ricostruzione del più generale dibattito teorico (⁵³⁵), per enucleare le ragioni che fanno propendere per una soluzione affermativa. La consulenza preventiva tende a fondere ambedue le funzioni di consulente percipiente e deducente poiché manca un'istruttoria che preceda la consulenza e consenta di valutare fatti già provati in giudizio dalle parti. Infatti, qualora si dovesse pronunciare l'inammissibilità dell'istanza per il divieto di perseguire scopi puramente esplorativi, si decreterebbe il sicuro fallimento dell'istituto (⁵³⁶). Il consulente non può certo pronunciare provvedimenti giurisdizionali a contenuto dichiarativo, ma il suo contributo tecnico è richiesto rispetto alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto relativi all'*an* della responsabilità, necessari anche per procedere ad una determinazione del *quantum*, essendo egli chiamato ad individuare la base tecnico-scientifica su cui conciliare. Tale conclusione vale, a maggior ragione in quei procedimenti dove l'elemento tecnico-fattuale è in grado di assorbire quasi

(⁵³³) CARNEVALE-SCARANO, *Dal conflitto alla conciliazione: nuove opportunità di soluzione delle controversie in tema di responsabilità civile medica*, in Riv. it. med. leg. (dal 2012 Riv. it. med. leg. e dir. sanitario), 3, 2009, p. 543; non si concorda dunque con TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in Riv. dir. proc., 2010, p. 815, laddove ritiene che il consulente debba procedere alla conciliazione prima di inviare alle parti la bozza di relazione (sulla base dell'art. 195, comma 3°, c.p.c.) perché altrimenti potrebbe influenzarle pregiudicando la possibilità di conciliare; al contrario è proprio nella conoscenza anticipata del possibile esito della causa di merito che riposa l'interesse della parte a tentare una conciliazione attraverso uno procedimento più strutturato rispetto alla mediazione stragiudiziale ex d. lgs n. 28 del 2010.

(⁵³⁴) Pur con le inevitabili incertezze in merito alla personalizzazione che risentono sempre della soggettività dell'interprete, e salvi naturalmente i problemi evidenziati con riferimento alla legge Balduzzi che comporta una diversa quantificazione e personalizzazione tra danni micro e macro-permanenti; si ammette addirittura la possibilità di acquisire ulteriore documentazione non essendo maturata alcuna barriera preclusiva QUERZOLA, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 2509.

(⁵³⁵) Peraltro già tratteggiato nel paragrafo relativo alla consulenza in corso di causa, v. retro; per ulteriori approfondimenti si rinvia a QUERZOLA, in *Comm. C.p.c.*, a cura di Carpi-Taruffo, Padova, 2012, *sub* art. 696 *bis*, p. 2507; BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 247 ss.

(⁵³⁶) TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 809.

completamente il *thema decidendum*, come accade appunto nel contenzioso medico-sanitario ⁽⁵³⁷⁾. Occorrerà comunque l'allegazione di quei fatti nel ricorso introduttivo, che deve indicare l'oggetto della futura causa ai sensi dell'art. 693, comma 3°, c.p.c.⁽⁵³⁸⁾, ma non si può pretendere il rispetto dell'onere della prova che regola il procedimento ordinario di cognizione. In altri termini, la valutazione dell'*an debeatur* sarebbe attività preliminare e propedeutica al conferimento dell'incarico al consulente – di esclusiva pertinenza del giudice –, ma in tali controversie, come si è visto, per effettuarla il giudice necessita dell'ausilio delle conoscenze tecnico-scientifiche del consulente medico-legale ⁽⁵³⁹⁾.

Come spesso accade, la soluzione corretta è quella che cerca di comporre con equilibrio esigenze opposte, rispettando però la correttezza teorica delle premesse: è indiscutibile che il compito del consulente sia rigorosamente limitato ad analizzare e valutare sul piano tecnico-scientifico la *questio facti*, perché solo al giudice competono valutazioni in schietto punto di diritto ⁽⁵⁴⁰⁾. E' allo stesso modo evidente, comunque, che il consulente debba essere in grado di formulare considerazioni sulla sussistenza del nesso di causa, dell'errore medico o sulla natura e consistenza del danno, utili ai fini della conciliazione, ma entro l'obiettivo di risolvere la questione tecnica che gli è sottoposta; <<mentre è sulle parti, i loro difensori e consulenti che grava l'onere di valutare se ed in che misura, una volta noto il dato tecnico, la pretesa avversaria abbia possibilità di essere accolta anche davanti al giudice e quindi comunque riconoscerla in sede conciliativa>> ⁽⁵⁴¹⁾.

In definitiva, non si può immaginare che il medico legale effettui una prognosi esattamente corrispondente al risultato del futuro ed eventuale giudizio di merito. Egli non potrà, ad esempio, effettuare un'esatta valutazione del nesso di causa alla stregua del criterio dell'elevata credibilità logica o razionale, perché ciò richiederebbe un riscontro probatorio che può essere effettuato soltanto ad istruttoria compiuta. Certamente, inoltre, il medico legale non può travalicare i limiti della propria competenza tecnica, né quelli di una rigorosa verifica oggettiva degli elementi di fatto

⁽⁵³⁷⁾ TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 809, il quale rileva l'improprio utilizzo dell'espressione <<accertamento>>; nello stesso senso ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 723.

⁽⁵³⁸⁾ In quanto, in virtù dell'art. 696 bis, comma 6°, c.p.c. si applicano gli artt. 691 ss.

⁽⁵³⁹⁾ Da questa prospettiva deve negarsi, dunque, che la limitazione della consulenza al solo *quantum* esiga, a monte, la mancanza di contestazioni intorno all'*an*, come ha ritenuto Trib. Milano, 17 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2268, con nota di Conte, peraltro isolata: v. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 813, condividono, seppur con posizioni parzialmente diverse ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 727; BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, p. 260; si segnala comunque una successiva posizione corretta dello stesso Trib. Milano, 27 aprile 2009, cit.; per una recente posizione negazionista v. Trib. Reggio Calabria, (ord.) 20 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, che rigetta la domanda di atp ex art. 696 bis perché fondata sulla richiesta di accertamento dell'*an debeatur*, che nella specie era proprio l'errore medico; BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche di giustizia*, cit., p. 785 ss. che considera lo strumento potrebbe essere una valida, rapida ed economica alternativa per la risoluzione del contenzioso, specie in tutte quelle situazioni in cui l'*an debeatur* non sia contestabile, ma si discuta soltanto sulla corretta determinazione del *quantum debeatur*, il quale non pensava probabilmente alle controversie di responsabilità medica; sullo specifico tema: FABIANI, *Accertamento tecnico preventivo e consulenza preventiva nei casi di colpa medica e chirurgia estetica*, in *Il Civilista*, 2008, p. 20 ss.

⁽⁵⁴⁰⁾ ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit. p. 723; SCIBETTA, Il nuovo art. 696-bis c.p.c.: la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, in *Giur. merito*, 2006, p. 267 ss., spec. p. 269 ss.; GHIRGA, op. cit., p. 824 s.; QUERZOLA, op. cit., p. 1972; BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 255 nota 38.

⁽⁵⁴¹⁾ BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 255; il potere demandato al consulente medico-legale di esprimersi in merito all'accertamento della responsabilità ed alla relativa determinazione del credito – attività giuridica che nel giudizio di merito è di competenza esclusiva ed indelegabile del giudice – travalicando così quelli che sono i limiti delle proprie competenze professionali e discostandosi dalla mera descrizione di fatti ed eventi e dalla valutazione tecnico-scientifica dei relativi processi causali, trova la sua ratio nel fatto che tale funzione viene esercitata non in forma di statuizione officiosa, ma, semplicemente, di ipotesi conciliativa CARNEVALE-SCARANO, *Dal conflitto alla conciliazione: nuove opportunità di soluzione delle controversie in tema di responsabilità civile medica*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 3, 2009, p. 543 ss.

a disposizione ⁽⁵⁴²⁾. Ciononostante, i risultati dell'indagine medico-legale consentiranno alle parti, mediante l'ausilio dei propri consulenti e difensori, di trarre le opportune deduzioni al fine di determinarsi alla conciliazione. Tale conclusione appare ancora più vera se si tiene presente che il rappresentante dell'ente pubblico ospedaliero, così come l'assicurazione, non potrebbe accordarsi su nessuna posta risarcitoria in assenza di un *fumus* di responsabilità.

Il ruolo del giudice sembra essere piuttosto formale e posto essenzialmente a presidio delle garanzie processuali applicabili ad ogni procedimento giurisdizionale: l'istanza potrà essere rigettata solo quando la domanda di merito risulti palesemente inammissibile o infondata, e lo svolgimento della stessa si traduca in un inutile dispendio di costi e tempi, senza possibilità per lo stesso di approfondire i temi giuridici e fattuali della controversia ⁽⁵⁴³⁾. Tuttavia, la tenue valutazione sulla rilevanza della consulenza deve trovare un contrappeso nell'attenta formulazione dei quesiti e nella piena garanzia del contraddittorio tecnico, il cui difetto determinerebbe la nullità della consulenza ⁽⁵⁴⁴⁾. D'altro canto, il difetto di una forma di controllo da parte del giudice sul contenuto complessivo della conciliazione, appare piuttosto grave nell'ipotesi in cui l'accordo concluso dalle parti si fondi su una prospettazione del consulente palesemente erronea dal punto di vista giuridico. Il correttivo potrebbe operare in fase di controllo sul verbale compiuto ai fini dell'*exequatur*, poiché in quella sede il giudice torna ad essere garante delle garanzie processuali delle parti, ed in specie della parte più debole ⁽⁵⁴⁵⁾.

3. 1 L'effettività della funzione conciliativa.

In ragione dello scopo conciliativo espresso nell'art. 696 *bis* c.p.c. è possibile accostare la consulenza preventiva al vasto ed eterogeneo mondo dell'*informal justice*: con la categoria delle *alternative dispute resolution* esso condivide la tensione verso una composizione non conflittuale della controversia mediante l'intervento di un terzo neutrale, nonché le agevolazioni fiscali e l'accesso alla tutela esecutiva, che si affermano come una <<nota comune dei metodi informali all'italiana>> ⁽⁵⁴⁶⁾. Si rileva infatti una somiglianza con il procedimento conosciuto nell'esperienza angloamericana come *neutral expert fact-finding*, nel quale il perito conduce un'indagine tecnica indipendente al fine di individuare le ragioni e i torti sul piano sostanziale, sulla cui base tentare una conciliazione, che si caratterizza, dunque, come valutativa ⁽⁵⁴⁷⁾.

Il successo della conciliazione in sede di consulenza tecnica preventiva dipende dalla capacità dello stesso consulente di portare le parti ad un accordo: il consulente medico-legale, infatti, non solo dovrebbe possedere le conoscenze giuridiche necessarie alla verifica dell'*an* della responsabilità, che non sono scontate come già rivelato con riferimento al c.t.u., ma altresì una conoscenza delle

⁽⁵⁴²⁾ VASAPOLLO, *La consulenza tecnica preventiva dal punto di vista medico legale*, in *Resp. Civ.*, 1, 2007, p. 92: il medico legale non può disattendere le regole imposte dal codice deontologico e i principi della metodologia medico legale relativi all'accertamento e alla valutazione del danno.

⁽⁵⁴³⁾ Ciò pone dei problemi anche rispetto alla possibilità di formulare dei quesiti con completa conoscenza dei fatti all'origine della controversia, impedita dalla struttura del procedimento QUERZOLA, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 2508.

⁽⁵⁴⁴⁾ per un'elencazione dei suoi poteri: TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., pp. 813-814; nello stesso senso BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 263.

⁽⁵⁴⁵⁾ ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi artt. 696 e 696 bis c.p.c.*, in *Riv. Trim., dir. proc. civ.*, 2006, p. 1256; QUERZOLA, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 2509.

⁽⁵⁴⁶⁾ ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, cit., p. 448; CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva*, in *Digesto civ.*, agg., III, I, Torino, 2007, p. 275.

⁽⁵⁴⁷⁾ Riferimenti in ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.*, cit., p. 410.

tecniche di conciliazione, che richiede una formazione altrettanto specifica (⁵⁴⁸). L'assenza di garanzie circa la specifica preparazione del perito nelle tecniche di mediazione costituisce elemento di forte disincentivo rispetto all'efficacia dello strumento. Si è giustamente osservato, inoltre, che maggiore è la complessità della *questio iuris*, tanto minori saranno le possibilità di prevedere *ex ante* l'esito del processo, e quindi di raggiungere un accordo, ma ciò non può valere ad escluderne l'ammissibilità, come predicato da certa giurisprudenza (⁵⁴⁹).

Il *modus procedendi* suggerito dalla norma non sembra favorire un percorso condiviso di indagine intorno agli aspetti tecnici, sotto la guida del consulente in continuo dialogo con le parti, ma piuttosto mette queste ultime di fronte al risultato di un'indagine compiuta in modo indipendente. Sebbene la natura valutativa-aggiudicativa dei tentativi di conciliazione in questa materia possa essere difficilmente superata, proprio per la natura tecnica delle questioni controverse, sembrerebbe comunque più proficuo coinvolgere le parti e i loro consulenti in un progressivo cammino di studio e chiarificazione delle questioni tecniche, piuttosto che cercare di acquisirne a posteriori la disponibilità all'accordo (⁵⁵⁰). Si potrebbe immaginare anche una eventuale parentesi, magari a indagine tecnica conclusa, in cui le parti, o lo stesso consulente sollecitato da esse, possano rivolgere al giudice un'istanza di verifica della coerenza giuridica delle conclusioni del consulente, che sarebbe, anche in sede preventiva, comunque tenuto a rendere intellegibile la sua relazione con adeguate motivazioni. In questo modo il magistrato rivestirebbe un ruolo di garante della giustizia sostanziale dell'attività del consulente, che viene pur sempre svolta in un contesto giudiziale, senza però azzardare soluzioni transattive, con rischio di improprie anticipazioni di sentenza (⁵⁵¹).

Un altro elemento di ostacolo alla potenzialità dello strumento di deflazionare il contenzioso, è stato ravvisato nella totale mancanza di una tutela normativa della riservatezza che, unitamente all'aleatorietà della prognosi sull'esito dell'eventuale futuro processo, ha fatto rilevare una sua efficacia risolutiva solo <<in astratto>> (⁵⁵²). La ricostruzione dei fatti tramite questo strumento, infatti, può certamente contribuire a ridurre il contenzioso giudiziale anche qualora non si raggiunga una conciliazione, attraverso l'acquisizione della consulenza al futuro giudizio di merito (⁵⁵³).

(⁵⁴⁸) Solleva il problema della competenza professionale del consulente-mediatore BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 263; ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata*, cit., p. 1254; VASAPOLLO, *La consulenza tecnica preventiva dal punto di vista medico legale*, in *Resp. Civ.*, 1, 2007, p. 92.

(⁵⁴⁹) ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 446; si devono respingere, dunque, le posizioni estreme di Trib. Rimini, 13 luglio 2010, (ord) in *www.ilcaso.it*; con specifico riferimento alla responsabilità professionale medica Trib. Bologna 9 aprile 2010, in *www.giuremilia.it*, ha escluso l'ammissibilità proprio con riguardo alla complessità giuridica propria di queste controversie.

(⁵⁵⁰) ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 456.

(⁵⁵¹) V. BIAVATI, *Note sullo schema di disegno di legge*, cit. p. 212, con aspra critica della proposta di modifica dell'art. 185 *bis* c.p.c.; peraltro l'ipotesi formulata nel testo potrebbe salvarsi rispetto alle critiche del Prof. Biavati mosse dall'inaccettabilità di un'anticipazione dello schema di sentenza ad istruttoria neppure accennata; nel caso in esame invece, la consulenza anticipa proprio una parte importante di istruttoria, la più importante nelle cause in oggetto.

(⁵⁵²) BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., p. 257.

(⁵⁵³) TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., pp. 810 e 819, il deposito della relazione nell'eventuale futura causa di merito sarà comunque soggetto al giudizio di ammissibilità e rilevanza ai sensi dell'art. 698 c.p.c. e dovrà essere effettuata nei termini fissati per le deduzioni istruttorie; il dibattito sulla valenza probatoria della relazione nel processo di cognizione è stato acceso e controverso, sinteticamente: chi sostiene che il contenuto descrittivo, valutativo, accertativo e di determinazione dei crediti della relazione del consulente non possa essere assimilato *quoad effectum* alla relazione di c.t.u.; ovvero, non possa avere valore istruttorio né assolvere a quelle funzioni di integrazione del giudizio cognitivo del giudice, poiché ciò determinerebbe una compressione del diritto di difesa e impedirebbe la collaborazione della parte per timore di essere pregiudicata del successivo giudizio di merito, a discapito della finalità stessa della norma, che risulterebbe mortificata: CARINI, *La consulenza tecnica d'ufficio e la nuova disciplina dell'accertamento tecnico preventivo*, Napoli, 2006; al contrario, la maggioranza della dottrina ritiene che la consulenza a fini conciliativi – in quanto *species* del *genus* dell'istruzione preventiva – continuerebbe comunque a garantire la

Tuttavia, sul piano della *confidentiality* va rilevata l'opportunità che, una volta verificata l'impossibilità di conciliare, il consulente indichi in relazione al massimo le proposte conciliative ipotizzate, evitando di inserire ulteriori indicazioni rispetto alle motivazioni per cui non sono state accettate, pena il venir meno di quel minimo di riservatezza che un sistema stragiudiziale deve garantire per essere efficace. In tal caso infatti non vi è alcun obbligo del consulente equiparabile a quello previsto dall'art. 11, comma 1°, d. lgs. n. 28 del 2010, ne tantomeno quello di verbalizzare le ragioni per cui la conciliazione non abbia avuto luogo. Piuttosto disincentivante appare, dunque, ammettere che il giudice possa tenere conto del rifiuto di una o entrambe le parti della proposta di conciliazione ai fini della pronuncia sulle spese *ex art.* 91 c.p.c. ⁽⁵⁵⁴⁾.

Al contrario, l'omesso richiamo all'art. 200, comma 2°, c.p.c., a norma del quale << le dichiarazioni delle parti, riportate dal consulente nella relazione, possono essere valutate dal giudice >>, suggerisce che sia esclusa già a livello legislativo l'intenzione di attribuire un qualche significato probatorio, anche solo come argomento di prova, a quanto non costituisce risultato diretto e immediato dell'indagine tecnica. Nell'ottica di rafforzare le *chances* di mediazione, dunque, appare decisamente opportuno leggere tale omissione come invito per il giudice a non considerare – e l'invito per il consulente a non riferire – le circostanze apprese nell'esercizio della funzione conciliativa ⁽⁵⁵⁵⁾.

Oltre a questi problemi sistematici, vi sono poi una serie di difficoltà legate alla concreta operatività dell'istituto: non vi è alcuna disposizione che preveda la necessaria partecipazione di tutte le parti, o comunque di soggetti muniti del potere di conciliare; tant'è che nella prassi, a fronte di un possibile rapido raggiungimento d'intesa sugli aspetti medico-legali della vicenda, si riscontrano serie difficoltà a trasformare i termini dell'accordo nella corrispettiva determinazione dei crediti vantati.

In altre parole, una volta risolta la *quaestio facti*, la determinazione dei crediti spesso non viene raggiunta proprio per l'assenza di una procura speciale a conciliare conferita ai consulenti delle parti, ovvero per la frequente assenza dei soggetti qualificati a firmare il verbale conclusivo di conciliazione ⁽⁵⁵⁶⁾, case di cura e compagnie di assicurazione. A questa difficoltà soccorre proprio il carattere giurisdizionale del procedimento, che consente di ritenere applicabile la disciplina cautelare uniforme per tutte le forme di anticipazione della prova, consentendo di ammettere l'interventi e chiamate di terzi ⁽⁵⁵⁷⁾.

Infine, si segnalano due interessanti proposte ai fini del discorso che qui interessa, che si stagliano tra il corposo elenco di riforme che hanno interessato il settore della giustizia civile negli ultimi tempi ⁽⁵⁵⁸⁾. A questo riguardo, viene in considerazione il disegno di legge delega sulla giustizia

tutela cautelare della prova, anche nel caso in cui il tentativo di conciliazione esperito abbia dato esito negativo ed a prescindere dai presupposti del *fumus* e del *periculum*, ma, soprattutto, assurgerebbe al ruolo di strumento di tutela giurisdizionale del diritto soggettivo sostanziale delle parti, garantendo persino il diritto alla ragionevole durata del processo, ammettendosi addirittura la condanna *ex art.* 96 c.p.c. in caso di atteggiamenti ostruzionistici della parte NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo*, loc. ultt. cit.;

⁽⁵⁵⁴⁾ Così Trib. Arezzo, 9 marzo 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 103 ss.

⁽⁵⁵⁵⁾ Si deve concordare con ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 458, che legge l'omissione in funzione di recupero di <<un'ombra di *confidentiality*>>, rinviando espressamente agli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 28 del 2010.

⁽⁵⁵⁶⁾ Come testimonia CARNEVALE-SCARANO, *Dal conflitto alla conciliazione: nuove opportunità di soluzione delle controversie in tema di responsabilità civile medica*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 3, 2009, p. 543 ss.

⁽⁵⁵⁷⁾ ROMANO, in *Comm. C.p.c.*, cit., p. 454.

⁽⁵⁵⁸⁾ Per una rassegna v. GAMBA, *Il processo civile all'alba dell'ennesima stagione di riforme*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1, 2014, p. 348; si sofferma specificatamente sull'art. 696 *bis* c.p.c. CANELLA, *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2014, p. 847 ss., BIAVATI, *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2015, p. 209, con lucido spirito critico sul <<pacchetto>> più recente, varato dal Consiglio dei Ministri il 29 agosto 2014, tra le cui misure si ritrova

civile varato dal Consiglio dei ministri in data 17 dicembre 2013, recante «Disposizioni per l'efficienza del processo civile, la riduzione dell'arretrato, il riordino delle garanzie mobiliari, nonché altre disposizioni per la semplificazione e l'accelerazione del processo di esecuzione forzata (collegato alla legge di stabilità 2014)» (nel momento in cui si scrive ancora in attesa di assegnazione alla commissione parlamentare) ⁽⁵⁵⁹⁾. Parallelamente, ma senza un esplicito coordinamento va, inoltre, considerata la relazione conclusiva, completa di ampio articolato, redatta al termine dei lavori condotti dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Romano Vaccarella — che il Ministero della giustizia aveva insediato lo scorso 28 giugno e che ha presentato una proposta del 3 dicembre 2013 ⁽⁵⁶⁰⁾.

Entrambe le proposte s'ispirano al c.d. case management, che si concretizza nella possibilità da parte del giudice di modellare lo schema processuale del caso concreto in base alla complessità

l'ennesimo schema di disegno di legge delega recante disposizioni per l'efficienza del processo civile, dove il Governo dichiara apertamente di voler puntare su un rafforzamento della proposta conciliativa formulata dal giudice ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c.

⁽⁵⁵⁹⁾ la Relazione illustrativa (Si può leggere in www.judicium.it), lo schema del disegno di legge delega, approvato dal Consiglio dei ministri il 17 dicembre scorso e in attesa di assegnazione su v. v. anche www.camera.it. Il collegato alla l. di stabilità del 2014 prevede che «In relazione alle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti ovvero da responsabilità medica e sanitaria, un criterio di delega propone di introdurre l'obbligatorietà dell'esperimento della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. È previsto che l'espletamento del procedimento di cui all'art. 696-bis c.p.c. costituisca condizione di procedibilità della domanda introduttiva del giudizio di merito, con conseguente esonero dall'obbligo di esperire il procedimento di mediazione a norma dell'art. 5, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28»», nella relazione illustrativa si legge «E' noto che in alcune materie dal contenuto spiccatamente tecnico la transazione tra le parti è ostacolata dalla necessità di ricorrere all'ausilio di un professionista che fornisca gli elementi necessari per stabilire l'anno, più spesso, il quantum del risarcimento del danno. Si tratta, in particolare, delle controversie in materia di responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli e natanti e dall'esercizio della professione medica e sanitaria. Il criterio di delega propone di introdurre l'obbligatorietà dell'esperimento della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Ciò consentirà il conferimento dell'incarico di consulente tecnico ad un professionista qualificato. La garanzia di professionalità e di imparzialità che deriva dal fatto che la nomina promana dal giudice consentirà di attribuire la più ampia attendibilità alle valutazioni che verranno svolte dal consulente tecnico e, quindi, le parti avranno a disposizione solide basi per valutare la convenienza di una transazione che preceda l'instaurazione di una lite. La particolare deformalizzazione del procedimento previsto dall'art. 696bis cpc consente inoltre una notevole contrazione dei costi processuali e, conseguentemente, indurrà le parti ad evitare l'introduzione della causa di merito, caratterizzata come è noto da costi molto più elevati. Ovviamente, l'introduzione dell'obbligatorietà della consulenza tecnica preventiva consentirà di esonerare queste materie dall'obbligo di esperire il procedimento di mediazione (previsto dall'art. 5 d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28)».

⁽⁵⁶⁰⁾ Su questo sfondo, tuttavia, il panorama della nuova stagione di riforme non sarebbe completo se non si richiamassero le proposte di riforma messe a punto dalla Commissione ministeriale costituita con d.m. 28 giugno-4 luglio 2013, incaricata di elaborare proposte di intervento in materia di processo civile e mediazione, v. www.judicium.it; nella relazione si legge che «Per alcune controversie —nelle quali il conflitto tra le parti normalmente verte più sul quantum che sull'anno— si è proposto che la causa (di qui la collocazione nell'ultimo comma dell'art. 163) sia introdotta sotto forma di istanza di nomina del consulente (art. 696 bis), suscettibile —ove il conflitto non si sopisca —di trasformarsi in atto introduttivo del giudizio con conservazione degli effetti della domanda : l'esenzione, in questi casi, dalla obbligatorietà della mediazione, e soprattutto la delicatezza di alcune materie (segnatamente quella da responsabilità medica), hanno suggerito di privilegiare (con apposita norma di attuazione) la nomina di consulenti formati come mediatori»; nell'articolato sarebbe previsto l'introduzione di un nuovo comma V all'art. 163 c.p.c. dal seguente tenore «La domanda di condanna al risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti ovvero attribuito a responsabilità medica o sanitaria si propone al giudice competente per valore e per territorio con ricorso ai sensi dell'art. 696 bis. Il ricorso ai sensi dell'art. 696 bis è alternativo alla condizione di procedibilità prevista dall'art. 5, comma 1, D.Lgs. 28/2010 per la proposizione della domanda giudiziale nella forma di cui al primo comma e la conciliazione produce i medesimi effetti ivi previsti. Se la conciliazione non riesce, gli effetti della domanda sono salvi se è proposta istanza di trattazione ai sensi dell'art. 183 entro tre mesi dal deposito della relazione».

della lite ⁽⁵⁶¹⁾). Ai fini del presente discorso, questi progetti di riforma rilevano perché entrambi immaginano di utilizzare la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, *ex art. 696 bis c.p.c.*, come condizione di procedibilità, in alternativa alla mediazione obbligatoria, nelle ipotesi di controversie relative al risarcimento dei danni causati dalla circolazione di veicoli e natanti e da responsabilità medica.

L'innovazione, seppur diversamente articolata nelle due proposte, avrebbe il pregio di consacrare la natura e la funzione di strumento alternativo di risoluzione delle controversie, almeno riguardo alle fattispecie individuate ⁽⁵⁶²⁾, lasciando tuttavia residuare i dubbi emersi poiché lascerebbe totalmente immutata la norma, pur assurgendola a condizione di procedibilità.

In realtà, la valorizzazione della funzione conciliativa dovrebbe passare attraverso un articolato che non si limiti alla mera previsione della condizione di procedibilità, ma si accompagni con una più accorta strutturazione del procedimento, il cui schema dovrebbe prevedere una specifica competenza professionale del consulente-mediatore, una formalizzata dialettica tra le parti, anche rispetto alla formulazione dei quesiti, la previsione di una loro partecipazione personale o con poteri transattivi, nonché la possibilità di un intervento del giudice per risolvere le questioni giuridiche che potrebbero sorgere nel corso della procedura.

I vantaggi di un corretto potenziamento di questo procedimento potrebbero essere apprezzati non solo in chiave deflattiva, ma ancora più efficacemente in funzione dell'economia processuale: quest'ultima, se correttamente intesa, non può infatti mirare a tutti i costi ad una mera riduzione del contenzioso in termini quantitativi, ma deve procedere verso un'offerta di giustizia sostanziale e di qualità ⁽⁵⁶³⁾. In sostanza si deve evitare che, nel caso in cui la conciliazione non fosse raggiunta, con il passaggio al processo ordinario, questo ne risulti ulteriormente aggravato, sia perché gli uffici giudiziari sarebbero comunque costretti a gestire i fascicoli del *sub* procedimento obbligatorio, sia perché il lavoro del consulente potrebbe essere percepito come ingiusto e inutilmente costoso.

In sostanza, i suggeriti correttivi a tale procedimento si porrebbero, da un lato, nell'ottica di facilitare le trattative stragiudiziali tra le parti, per trovare un accordo prima che venga compiuta l'attività istruttoria completa, dall'altro, permetterebbero alle parti di formulare in modo più puntuale le relative richieste, anche istruttorie, senza incorrere in preclusioni e con notevole risparmio sui tempi e sulla qualità del successivo processo. Tali osservazioni consentono di cogliere l'estrema utilità di questo strumento sia in funzione di un risparmio dei costi e dei tempi che per garantire una maggiore tutela al diritto di difesa delle parti. Infatti, soltanto se lo strumento alternativo di risoluzione del contenzioso si accompagna con un equilibrato rapporto con la giurisdizione sarà in grado di garantire effettività di tutela.

⁽⁵⁶¹⁾ CANELLA, *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, .2, 2014, p. 847 ss., la quale osserva che tale modello è adottato nella gran parte dei paesi europei e costituisce sicuramente uno strumento processuale più flessibile rispetto allo schema assai rigido previsto dal nostro processo ordinario di cognizione.

⁽⁵⁶²⁾ CANELLA, *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, cit., p. 850.

⁽⁵⁶³⁾ BIAVATI, *Note sullo schema di disegno di legge*, cit., p. 210.

CAPITOLO IV

Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Lo scopo principale del presente lavoro consiste nell'indagare quali siano le condizioni in base alle quali la cultura della degiurisdizionalizzazione sia in grado di elevare il livello di tutela del diritto alla salute. Si è già svelata la convinzione che stà alla base della ricerca: la tutela del diritto fondamentale alla salute non passa da un rafforzamento della tutela processuale del paziente a scapito di medici e strutture, nonostante si riconosca la nobiltà dello scopo che ha mosso la giurisprudenza in questa direzione, perché occorre preoccuparsi anche di chi è custode e garante di quel diritto in virtù del proprio ruolo istituzionale e professionale. Tutelare la salute significa, allora, ricercare un'equilibrata composizione degli interessi tra tutti gli attori coinvolti dalla missione: lo Stato, nella duplice veste di erogatore dei servizi pubblici attinenti alla giustizia e all'assistenza sanitaria, gli operatori sanitari preposti all'erogazione del servizio, i pazienti-utenti di quel servizio, ed in definitiva tutti i cittadini che fanno le spese della cattiva gestione del sistema (⁵⁶⁴). Il fenomeno delle *a.d.r.* si è affermato in modo sorprendente in ambito sanitario nei tempi recenti (⁵⁶⁵), proprio in conseguenza della crisi che ha conosciuto il settore sul duplice, ed interconnesso, piano giudiziale ed amministrativo-gestionale, causata, rispettivamente, dall'aumento del contenzioso con frequenti condanne a carico dell'amministrazione e dal conseguente problema di sostenibilità finanziaria del servizio di assistenza sanitaria. L'eterogeneità delle cause dell'*overlitigation* in materia sanitaria è particolarmente significativa nella scelta delle procedure *a.d.r.*, ed in quest'ottica vuole essere nuovamente evidenziata. Infatti, sia che si consideri banalmente il contenzioso come conseguenza dell'insoddisfazione del paziente, per un reale o presunto comportamento scorretto del medico o per un rapporto umano non ottimale, sia che lo si riconduca ad un complesso processo di ampliamento della sfera di tutela giuridica del diritto alla salute, le vie alternative di risoluzione delle dispute (⁵⁶⁶) consentono, al contempo, di ricucire gli strappi relazionali e di coinvolgere le strutture organizzative del servizio sanitario, in funzione di miglioramento dell'efficienza dello stesso servizio pubblico. I difetti d'informazione, gli errori medici e i disservizi dovuti a una cattiva gestione delle strutture sanitarie, sono tutti elementi che vanno corretti ed eliminati dall'organizzazione sanitaria; pertanto affrontarli nell'ambito di un procedimento che consenta di prenderne atto in modo costruttivo, e funzionale alla stessa attuazione del diritto alla salute, rientra tra gli scopi istituzionali dell'amministrazione (⁵⁶⁷).

(⁵⁶⁴) La circostanza che sempre più di frequente si parla di sostenibilità finanziaria del servizio giustizia, così come del servizio sanità, non andrebbe soltanto letta come un rischio di tagli alle necessarie per mascherare non altrettanto necessari sprechi, ma dovrebbe essere valorizzata nella prospettiva più costruttiva di una maggiore efficacia ed efficienza di quei servizi, rispetto al costo-beneficio che ne può trarre ciascun cittadino.

(⁵⁶⁵) GIALONGO, *Responsabilità professionale medica (sanitaria) e strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: contributo ad una riflessione*, in *Bollettino della Corte Arbitrale Europea*, 2005, p. 3.

(⁵⁶⁶) Per COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, cit., p. 341, l'alternatività si pone rispetto al processo, che rappresenta il metodo istituzionale di risoluzione delle liti, che si impone alle parti, con la decisione giudiziale, come <<risoluzione dall'esterno della loro lite>>, mentre le *a.d.r.* promuovono <<il formarsi di una risoluzione concordata tra le parti medesime>>; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, I, p. 60, parla di <<equivalenti giurisdizionali>> o <<equivalenti del processo civile>>.

(⁵⁶⁷) WINKLER, *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, in *Danno e resp.*, 11, 2003, p. 1045; DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, 2007, p. 5 ss.; MUZI, *La mediazione nel contenzioso sanitario*, cit., p. 95 ss.

Il sistema della composizione stragiudiziale delle controversie, sebbene molto vario, è fondato sull'autonomia privata e sulla libertà delle parti, anche di scegliere l'assetto più adeguato dei propri interessi, ed è volto a comporre il conflitto piuttosto che ad esasperarne gli esiti, ed, in definitiva, è capace di offrire un reale contributo al miglioramento del sistema giustizia nel suo complesso⁽⁵⁶⁸⁾. Tuttavia, vedremo in seguito, che il coinvolgimento di interessi di rilievo pubblicistico, quando è coinvolta una struttura pubblica, può comprimere l'autonomia delle parti e caratterizzare il modello di risoluzione stragiudiziale. Questo è quello che si cercherà di dimostrare, commentando ciò che è già stato fatto in questa direzione e suggerendo ciò che si potrebbe ancora fare per l'efficace utilizzo di tali sistemi⁽⁵⁶⁹⁾.

Come noto, l'acronimo inglese *a.d.r.* raggruppa una serie di procedure che hanno avuto origine negli Stati Uniti verso la metà degli anni '70 ed hanno iniziato a diffondersi in altri paesi di *Common law* a partire dagli anni '90⁽⁵⁷⁰⁾. A livello europeo, l'incentivo ad individuare e promuovere strumenti di tutela alternativi al ricorso alla giustizia ordinaria, e connotati da procedure snelle e costi accessibili, va iscritto nell'ambito della generale politica di consolidamento e protezione del mercato comune. Dietro l'esigenza di rafforzamento della tutela dei consumatori, così come di quella delle imprese, si trova la constatazione che i tempi e i costi dei procedimenti giudiziari avrebbe visto crescere la sfiducia degli operatori del sistema giuridico comune, con conseguente disincentivo agli investimenti ed alle operazioni economiche⁽⁵⁷¹⁾. L'*escalation* di provvedimenti europei che si sono succeduti dal '97 fino ad oggi rispecchia tale intento, promuovendo dei procedimenti specificatamente dedicati alla gestione delle controversie transfrontaliere, ma si muove altresì in direzione di un'armonizzazione delle discipline vigenti in materia nei vari stati membri, attraverso l'individuazione di obiettivi comuni e condivisi a livello politico. In questa prospettiva prende corpo una linea d'azione concreta che culmina nella nota Direttiva Ce n.52 del 2008: nonostante la sua vincolatività sia limitata alle controversie consumeristiche, si è a ragione osservato che lo scopo fosse proprio quello di fornire agli Stati membri una disciplina che assurga a punto di riferimento, cui essi possono attingere per la promozione dell'istituto della mediazione a livello interno⁽⁵⁷²⁾. Con questo provvedimento si sono poste le basi per lo sviluppo di tali procedure nel rispetto delle minime garanzie procedurali, d'imparzialità e di equità del terzo, di una sua specifica professionalità, almeno nelle tecniche di *mediation*⁽⁵⁷³⁾, di riservatezza, garantendo inoltre che l'utilizzo di tali strumenti non sacrifichi il diritto di accesso alla giustizia.

⁽⁵⁶⁸⁾ Tra i tanti, PINCHI, *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 3, 2009, p. 579 ss.; PERA-RICCIO, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2011, p. 13 ss.; sulla funzione della mediazione v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di Alpa-Danovi, Milano, 2004, p. 217 ss.

⁽⁵⁶⁹⁾ Sull'urgenza di un tale obiettivo v. BONA, *La responsabilità civile dei medici e delle strutture sanitarie*, in IADECOLA –BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie – profili penali e civili*, in *Orientamenti di merito*, diretta da Riviezzo, Milano, 2009, pp. 240-369.

⁽⁵⁷⁰⁾ MORANO CINQUE, *I sistemi di adr e la media conciliazione*, in AA.VV., *La nuova mediazione*, a cura di Falco-Spina, Milano, 2014, p. 7 ss.; COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela*, cit., p. 318 ss.; GALLETTO, voce *ADR*, in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, agg., Milano, 2011, p. 1 ss.; per l'ordinamento statunitense v. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1283 ss.; il primo paese in europa che ha introdotto tali sistemi è la Gran Bretagna, per una panoramica delle a.d.r. nel mondo anglosassone v. BROWN-MARRIOTT, *ADR. Principles and practice*, London, 2011, *passim*; per l'Inghilterra v. BLAKE-BROWNE-SIME, *The Jackson ADR handbook*, Oxford, 2013, *passim*.

⁽⁵⁷¹⁾ DANОВИ, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 326 ss.; VIGORITI, *La proposta di direttiva Europea sulla mediation*, in *Rass. For.*, 2005, p.359 ss.; le problematiche dei consumatori sono emerse già nel

Non è possibile in questa sede dare conto con il necessario approfondimento della complessa genesi del fenomeno delle *a.d.r.*, anche perché, non essendo stata accolta, né a livello nazionale né internazionale, una definizione o regolamentazione unitaria, esso ingloba al suo interno una pluralità di strumenti anche molto diversi tra loro. Peraltro, le esemplificazioni che si riporteranno sono limitate ad alcune delle principali forme di *a.d.r.* ⁽⁵⁷⁴⁾ utilizzate nell'esperienza italiana, rinviando al paragrafo appositamente dedicato alle esperienze internazionali per alcuni spunti comparatistici. In linea generale, si parla di mezzi di <<autocomposizione>>, con riferimento alla transazione, alla conciliazione, alla mediazione ed al negozio di accertamento, e di <<eterocomposizione>> rispetto all'arbitrato, all'arbitraggio ed alla perizia contrattuale ⁽⁵⁷⁵⁾, ma

programma preliminare alla Risoluzione del Consiglio della CE del 14 aprile del 1975, in G.U. C 92/2 del 25 aprile 1975, in *eur-lex.europa.eu*; le problematiche delle controversie transfrontaliere si trovano anche riassunte nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 14 novembre 1996, in GU C 362/275; segue l'approfondimento del problema con un libro verde del 16 novembre 1993, in *eur-lex.europa.eu*; e finalmente iniziano provvedimenti più operativi a partire dalla Raccomandazione n. 257 del 30 marzo 1998, che racchiude i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie, con riferimento a quelle procedure che portano a una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione, nelle liti in materia di consumo, ma estensibili ai procedimenti di *a.d.r.* in generale; i principi sono l'indipendenza, la trasparenza, possibilità del contraddittorio, l'efficacia, legalità, libertà, rappresentanza; l'importanza di tali principi viene ribadita nel libro verde del 19 aprile del 2002 sui <<modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale>>, in *eur-lex.europa.eu*, sottolinea come di essi potrebbe beneficiare qualunque procedura di *a.d.r.* a prescindere dalla materia; si vedano anche gli altri due atti non vincolanti, della commissione, racc. n. 310 del 2001, e del Consiglio, racc. n. 155/01 del 2000; il percorso si compie con la direttiva n. 52 del 21 maggio del 2008, in *Gazz. uff. Un. eur.*, 24 maggio 2008, n. 136, che fa ancora riferimento alle controversie consumeristiche, ma si ammette che gli stati attuino tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni, v. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 41; sul tema generale v. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.; cfr. COLOMBO, *Guida alla mediazione, normativa, tecniche e procedura*, in *Guida dir.*, 2011, p. 143; si segnala anche il regolamento n. 524 del 2013 sulla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori (*O.d.r.*) e la direttiva n. 2013 del 2011 dedicata sempre ai consumatori, per cui v. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2014, p. 1299.

⁽⁵⁷²⁾ DANOVÌ-FERRARIS, *La cultura della mediazione*, cit., p. 27; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 657; sulla spinta della legislazione europea a favorire *a.d.r.* a prescindere dalla connotazione transfrontaliera delle controversie COMOGLIO, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *La mediazione*, cit., pp. 13 ss., spec. 17 e 18.

⁽⁵⁷³⁾ Questo è stato un punto particolarmente sottolineato dal parere del Comitato economico e sociale europeo sul libro verde del 2002, pubblicato su GUCE, 8 aprile 2003; tuttavia la direttiva sul punto la direttiva (art. 3 let. b) non richiede una specifica competenza nella materia oggetto della lite, MARINARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in *judicium.it*, 2 giugno 2012, p. 3.

⁽⁵⁷⁴⁾ Per una panoramica della materia v. CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 269 ss.

⁽⁵⁷⁵⁾ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 1999, p. 33; LUISO, voce *Conciliazione*, in *Enc. Giur.*, Milano, 2007, III, p. 498 ss.; prende in considerazione i differenti criteri di categorizzazione considerati di seguito nel testo DANOVÌ-FERRARIS *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, pp.15-16; nel libro verde del 2002; la direttiva europea n. 52 del 2008 intende le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato, in quanto assimilabile più ai procedimenti giurisdizionali che ai modi alternativi; diversamente l'arbitrato è ricompreso nella definizione fornita dall'art. 3 dell' *Alternative Dispute Act* emanato negli Stati Uniti nel 1998; onnicomprensiva è, invece, la classificazione di v. TARUFFO, *I modi alternativi di risoluzione delle controversie*, in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2005, p. 15, formula quattro ipotesi di "metodi alternativi": <<a) quando la controversia viene risolta non con una "decisione" ma con un accordo tra le parti; b) quando la controversia viene risolta, eventualmente con una decisione, da un organo che non è un giudice; c) quando la controversia viene risolta a seguito di un procedimento che non è un "processo" in senso proprio, perché non ne segue le modalità; d) quando si verificano alcune o tutte le condizioni indicate in a), b) e c)>>; si distingue, ancora, tra *evaluative* o *adjudicative a.d.r.* (cioè i mezzi c.d. decisionali, appartenenti al modello valutativo, che definiscono la controversia attraverso una decisione pronunciata da un soggetto terzo che non sia un giudice), e *facilitative* o *non adjudicative a.d.r.* (c.d. mezzi non decisionali, appartenenti al modello conciliativo, caratterizzate dal consenso delle parti sia nella fase procedimentale di dialogo e confronto che in quella finale di accordo riguardo ai rispettivi interessi): cfr. SILVESTRI, *Osservazione in tema di*

sono necessarie alcune ulteriori precisazioni. Tra le varie ipotesi di categorizzazione basate su differenti criteri, una prima distinzione si basa su un criterio soggettivo: si parla di strumenti autonomi quando la composizione della lite avviene ad opera delle stesse parti contendenti, come accade nella transazione⁽⁵⁷⁶⁾, mentre sono eteronomi quelli in cui la gestione del procedimento avviene tramite l'investitura di un terzo estraneo al rapporto tra le parti, come nell'arbitrato. Esistono però anche degli strumenti che si collocano in una posizione intermedia: è il caso della conciliazione o mediazione, ma aggiungerei anche del nostrano procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*, rispetto ai quali si è parlato di c.d. autocomposizione eterodiretta⁽⁵⁷⁷⁾, perché l'accordo conciliativo è riferibile alla volontà delle parti che si è composta attraverso l'intervento facilitativo o valutativo del terzo. Infatti, si dice che negli strumenti eteronomi la determinazione del terzo è necessariamente secondo <<giustizia>>, cioè ha luogo sulla base dell'esame della fondatezza giuridica delle rispettive pretese. Diversamente, negli strumenti autonomi, la <<(auto)determinazione delle parti prescinde dalla ragione e dal torto, perché si fonda su una valutazione dell'idoneità dell'accordo a soddisfare i bisogni e gli interessi delle parti>>, operando su di un piano che è inaccessibile al terzo⁽⁵⁷⁸⁾. E' in questa prospettiva che si coglie la peculiarità della mediazione⁽⁵⁷⁹⁾ che, come vedremo, rappresenta un ibrido, assumendo caratteri diversi a seconda del contesto in cui viene utilizzata, oltre che per le differenti tecniche adottate che la rendono facilitativa, valutativa o aggiudicativa.

Una seconda distinzione fa riferimento all'oggetto, o meglio al risultato della procedura: vi sono controversie definite tramite accordo e controversie definite con una vera e propria decisione. Solitamente, i mezzi perfettamente autonomi si concludono con un accordo tra le parti, che non riveste il carattere decisorio della sentenza, essendo quest'ultima la sintesi della compresenza di diversi fattori - la presenza di un terzo imparziale chiamato a rendere un giudizio logico-razionale all'esito di un processo retto dal contraddittorio. Al pari della sentenza, l'accordo si configura come una nuova regolamentazione degli interessi in gioco, ma esso è espressione dell'autonomia negoziale delle parti: realizza in parte un accertamento della situazione sostanziale pregressa e ancora in atto (vedremo meglio cosa si intende per accertamento), ma quello a cui guarda sono gli interessi futuri delle parti, che sono libere di comporre la lite senza dover far riferimento a regole

strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1, p. 321; BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001, *passim*.

⁽⁵⁷⁶⁾ Si segnala che non è opinione unanimemente condivisa ricondurre la transazione tra i c.d. equivalenti del processo civile: v. TROISI, *La mediazione obbligatoria alla luce del d.lgs. n. 28 del 2010*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2010, p. 23.

⁽⁵⁷⁷⁾ V. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale. Struttura e funzioni*, cit., p. 212.

⁽⁵⁷⁸⁾ LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 13.

⁽⁵⁷⁹⁾ Con questa espressione si vuole fare riferimento alle varie forme di conciliazione, pur con le precisazioni terminologiche che faremo infra, v. sul punto GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale. Struttura e funzioni*, cit., p. 216; CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 6 ss.; tale scelta legislativa risulta supportata dallo studio dei c.d. sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, v. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 165; la collocazione della mediazione tra le *a.d.r.* ha valore meramente convenzionale in quanto non v'è concordia sui loro confini e sugli istituti che vi rientrano; per le differenze tra mediazione e arbitrato v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 653; per l'opinione secondo cui la mediazione, a differenza dell'arbitrato, non sarebbe uno strumento alternativo al giudizio v. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 89; per le differenze tra mediazione e transazione v. Aa. Vv., *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, a cura di Pera-Riccio, Milano, 2011, p. 24 ss.; tende invece a ricondurre conciliazione, transazione e arbitrato nell'ambito dei c.d. equivalenti del processo civile TROISI, *La mediazione obbligatoria alla luce del d.lgs. 28/2010*, cit., p. 23; sulle questioni definitive v. anche GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*, in *Istituz. fed.*, 2008, p. 741 ss.

prestabilite, potendo basarsi su valutazioni personali. Tale modello viene definito come metodo conciliativo puro - il cui archetipo è la transazione -, mentre l'arbitrato rappresenta l'espressione più evoluta dell'altro modello, definito come valutativo o aggiudicativo. Anche da questo punto di vista la mediazione si colloca nel mezzo, specie nelle sue varianti aggiudicative, perché, a differenza del lodo, l'accordo di conciliazione non ha natura decisoria di sentenza, mentre, a differenza della transazione, esso è reso possibile dall'intervento del terzo e, soprattutto, perché il verbale di accordo può avere immediata efficacia di titolo esecutivo ⁽⁵⁸⁰⁾.

Questa breve rassegna mostra come ogni ipotesi di classificazione rischi di risolversi in un esercizio di stile, perché difficilmente si riescono ad individuare delle categorie concettuali capaci di inglobare le molteplici sfumature che colorano tali strumenti nella loro applicazione concreta. Ai fini del presente lavoro sembra più utile, dunque, indirizzare il discorso verso l'individuazione del modello di composizione stragiudiziale capace di garantire, sul piano teorico, una coerenza rispetto al sistema del diritto positivo e, sul piano pratico, una risposta ai bisogni ed agli interessi propri del settore di riferimento.

Il punto di snodo che si affronterà nel presente capitolo riguarda, in astratto, l'identificazione del modello di mediazione che il nostro legislatore ha elevato a condizione di procedibilità nelle cause di responsabilità medico-sanitaria, ed in concreto, l'esame dei modelli utilizzati a livello regionale ed in alcune esperienze internazionali, iniziando a gettare le basi per l'individuazione di un possibile schema in grado di rispondere alle esigenze emerse dall'analisi delle problematiche di questo genere di controversie.

1. Circostrizione del campo d'indagine: la mediazione finalizzata alla conciliazione.

Il ricorso agli strumenti di *a.d.r.* per la gestione dei conflitti sembra iscriversi nell'ambito di una più generale politica legislativa nazionale che supera la frontiera dell'incondizionato diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, trasformandolo in un diritto finanziariamente condizionato ⁽⁵⁸¹⁾. Al di là delle fuorvianti retoriche sulla preferibilità dello strumento conciliativo rispetto al processo, in nome di una incontrastata supremazia dell'autodeterminazione delle parti, e lasciando anche da parte le inevitabili problematichità di un suo utilizzo in chiave deflattiva che preserva le inefficienze del processo, si vuole adottare una prospettiva più funzionale a verificarne l'utilità ed evidenziarne le criticità.

Abbiamo già esaminato la resistenza del meccanismo della mediazione obbligatoria, nonostante il vaglio "formale" della Consulta, che è stata prepotentemente reintrodotta con il c.d. decreto del fare. La mediazione assurge così a strumento chiave nel nostro ordinamento in virtù di una disciplina uniforme, contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010, e di una serie di discipline speciali, precedenti e di nuova introduzione ⁽⁵⁸²⁾. Nel nostro ordinamento, dunque, la mediazione occupa il centro della categoria delle *a.d.r.*, imponendo una riflessione generale del suo rapporto con il sistema giustizia

⁽⁵⁸⁰⁾ Almeno questa è la scelta del nostro ordinamento, che oggi ha pure eliminato la fase dell'omologa originariamente prevista dal d.lgs. n. 28 del 2010; v. *infra* cap. V.

⁽⁵⁸¹⁾ V. *retro* cap. 1 in premessa.

⁽⁵⁸²⁾ Il nostro ordinamento conosce ormai da tempo numerose e varieguate ipotesi di mediazione amministrata da enti pubblici o privati su base consensuale: presso le camere di commercio (art. 2, comma 4°, l. n. 580 del 1993); in materia societaria (artt. 38 e 40, d.lgs. n. 5 del 2003); di *franchising* (art. 7, l. n. 129 del 2004); di patti di famiglia (l. n. 55 del 2006) oggi abrogati e trasfusi, con taluni adattamenti, nel d.lgs. n. 28 del 2010; presso la camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob (d.lgs. n. 179 del 2007); in materia bancaria e creditizia (art. 128-*bis*, d.lgs. n. 385 del 1993); ancora in cantiere è la legge attuativa della direttiva sulle *a.d.r.* in materia di consumo.

(⁵⁸³), anche considerato il recente potenziamento della conciliazione giudiziale (⁵⁸⁴). Su di essa si è concentrato l'interesse del legislatore e della dottrina, cioè sulle ipotesi nelle quali l'accordo negoziale è favorito dall'intervento di un terzo, imparziale ed esperto nelle tecniche di negoziazione (⁵⁸⁵). Questa irreversibile tendenza costringe ad accantonare alcune delle vecchie rimostranze nei confronti del d.lgs. n. 28 del 2010 e ad occuparsi dei problemi che, nonostante gli sforzi legislativi e giurisprudenziali degli ultimi tempi, restano ancora sul tavolo.

Il d.lgs. n. 28 del 2010 adotta una nozione ampia di mediazione, comprensiva anche dell'attività svolta dal terzo per la <<formulazione di una proposta>> (⁵⁸⁶), e sceglie una mediazione amministrata da organismi riconosciuti ai sensi dello stesso, e del relativo regolamento di attuazione (d.m. n. 180 del 2010). Per avvantaggiarsi dei benefici giuridici e fiscali previsti dal decreto occorre, dunque, passare attraverso il circuito degli Organismi di mediazione autorizzati, che devono muoversi entro le linee guida applicabili a tutti i fenomeni conciliativi, eccettuati quelli specificamente tipizzati. In sostanza, il d.lgs. n. 28 del 2010 rappresenta oggi il paradigma con cui misurarci, che, nonostante le numerose critiche, è stato valutato positivamente nel suo complesso (⁵⁸⁷).

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. citato sono escluse dalla nozione di mediazione le procedure di negoziazione su base paritetica (ad esempio quelle condotte con l'ausilio delle rappresentanze delle categorie interessate) e le procedure di reclamo disciplinate dalle carte dei servizi (⁵⁸⁸).

Pare superfluo dilungarsi sulle precisazioni terminologiche: nonostante, infatti, il differente utilizzo delle espressioni di mediazione e conciliazione prima del 2010, attualmente la normativa nazionale chiarisce che la mediazione è il procedimento volto alla risoluzione di una lite, mentre la conciliazione il suo risultato. Inoltre, l'inclinazione nazionale, europea ed internazionale, dove è più consueta l'espressione *mediation*, è quella di adottare un approccio sostanzialistico, definendo mediazione qualunque procedimento in cui le parti ricercano un accordo sotto la guida di un terzo, a prescindere dalla sua denominazione: di conseguenza le espressioni mediazione e conciliazione possono essere utilizzati anche come sinonimi (⁵⁸⁹).

(⁵⁸³) CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza*, cit., p. 55.

(⁵⁸⁴) Con il d.l. n. 69 del 2013, convertito nella l. 98/2013, v. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in www.judicium.it.

(⁵⁸⁵) V. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia*, in www.judicium.it, 21 marzo 2011.

(⁵⁸⁶) v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea*, cit., p. 657, che la confronta con la definizione dell'*Uncitral Model law on International Commercial Conciliation* del 2002, con l'art. 40 del d.lgs. n. 5 del 2003; v. COMOGLIO, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *La mediazione*, cit., p. 17.

(⁵⁸⁷) Il quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia dell'Isdaci (in www.isdaci.it) fornisce la prima rappresentazione scientifica dell'impatto della mediazione nel primo anno di entrata in vigore degli strumenti introdotti dal d.lgs. n. 28 del 2010: v. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in www.isdaci.it, p. 158; v. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2010: i risultati di una ricerca*, in www.isdaci.it, p. 41; lo stesso emerge dallo studio promosso dall'Europarlamento sull'attuazione della direttiva in materia di mediazione delle liti civili e commerciali (cit. nota 24) ufficialmente presentato il 20 gennaio 2015, ed elaborato da oltre 800 esperti in rappresentanza di ciascuno dei 28 Stati membri dell'Ue, che ha valutato non solo l'estensione del mercato della mediazione nei rispettivi Paesi, ma anche la capacità del quadro normativo di favorire il ricorso all'*a.d.r.*, secondo quanto richiesto dall'articolo 1 della Direttiva n. 52 del 2008; agli esiti di questo studio risulta che il modello italiano di mediazione obbligatoria mitigata dal meccanismo del c.d. opt-out, ossia la possibilità di abbandonare la procedura nel corso del primo incontro con il mediatore, è quello che riscuote di gran lunga il maggior numero di consensi in tutta l'Unione.

(⁵⁸⁸) poiché non si svolgono con l'ausilio di un terzo imparziale LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, p. 36; ma si v. la recente direttiva sulle *a.d.r.* in materia di consumo, che sembra richiedere un'imparzialità del mediatore.

(⁵⁸⁹) La Direttiva europea stabilisce, all'art 3, che per mediazione si deve intendere quel <<procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base

Una distinzione particolarmente utile ai fini della presente trattazione è quella tra mediazione facilitativa e valutativa o aggiudicativa, tutte ricomprese nell'ambito di applicazione del decreto. Per comprenderne il vero significato, però, occorre un chiarimento, perchè queste espressioni nascono nel contesto statunitense ispirato alle logiche del negoziato, quasi estranee al nostro contesto culturale e giuridico, e richiedono un adattamento al linguaggio interno. Con esse si fa riferimento a differenti tecniche di composizione della controversia, ossia al come in concreto il mediatore può condurre le parti alla soluzione della lite, ma non devono essere confuse con il discorso più generale sulla collocazione e sui limiti di compatibilità dello strumento conciliativo con il nostro ordinamento giuridico ⁽⁵⁹⁰⁾.

Per procedere gradualmente, dunque, ci si limita qui a considerare che la mediazione facilitativa riguarda quella modalità di intervento del terzo al solo scopo di facilitare l'accordo delle parti, utilizzando una serie di tecniche volte principalmente a favorire la loro comunicazione. Nell'ambito della tecnica valutativa, il mediatore, invece, svolge un ruolo più attivo, fornendo alle parti una propria valutazione della controversia, indicando il possibile esito giudiziale della stessa o suggerendo possibili soluzioni alternative della lite. Questa seconda tecnica è contemplata dal nostro legislatore proprio laddove si fa riferimento alla possibilità che il mediatore formuli una proposta. La dottrina suole specificare che la conciliazione facilitativa è incentrata sugli interessi delle parti, mentre quella valutativa si può fondare sui diritti, occupandosi il mediatore anche della fondatezza delle pretese ⁽⁵⁹¹⁾. La tecnica valutativa, dunque, può assumere una diversa valenza a seconda che la proposta sia una diretta conseguenza degli interessi delle parti emersi nel corso degli incontri (c.d. valutativa pura), oppure si tratti di una proposta sulle pretese e non sugli interessi (c.d. aggiudicativa). Il decreto nazionale, dunque, contempla anche la mediazione aggiudicativa, laddove si ammette la possibilità che la proposta possa essere formulata anche in assenza di una parte (c.d.

volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore>>; v. anche la definizione fornita dall'*Uncitral Model law on International Commercial Conciliation* del 2002 in GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale. Struttura e funzioni*, cit., p. 216; cfr. la condivisibile prospettiva adottata da CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 5 e 9, che ritiene di poter superare il distinguo adottando una nozione ampia di conciliazione; la differenziazione tra conciliazione e mediazione, incentrata sul ruolo direttivo-propositivo o meno del terzo (v. PUNZI, *Mediazione*, cit., p. 849 ss.) è priva, infatti, di un fondamento normativo; v. RICCARDI, *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *Comm. d.lgs. 4 marzo 2010, n. 20*, a cura di Bandini-Soldati, *sub art. 1*, p. 4 ss.

⁽⁵⁹⁰⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 407 ss.; non va confusa neppure con la classificazione delle forme di mediazione in relazione alla diversa fonte da cui origina il procedimento (obbligatoria, facoltativa, delegata e concordata): per una classificazione della fenomenologia conciliativa v. CHIARLONI, *I meccanismi conciliativi*, in www.judicium.it.

⁽⁵⁹¹⁾ MATERA, *La proposta del mediatore*, in *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, a cura di Pera-Riccio, Milano, 2011, p. 235 ss.; così il confine rispetto agli altri strumenti *a.d.r.* è affievolito, tanto è vero che in dottrina ancora si discute in ordine alla sua natura di vera e propria mediazione, da taluni affermata e da altri negata argomentando dall'incompatibilità del ruolo valutativo del mediatore con l'autonomia delle parti; il dibattito è ricostruito da BESSO, *La mediazione civile e commerciale*, a cura di Besso, Torino, 2010, p. 34; sulla proposta intesa nel senso di decisione v. MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, cit., § 3; ALPA-IZZO, *op. loc. citt.*, evidenzia come la preferenza nei confronti del modello valutativo emerga anche dal d.m. n. 180 del 2010, in quanto più incisivamente utilizzabile a fini deflattivi; sulla mediazione facilitativa v. FABIANI, *La <<mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali>> di cui al d.lgs. n. 28/2010 nell'ambito degli strumenti alternativi alla giurisdizione dello stato*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato*, a cura di Cenni-Fabiani-Leo, Roma, 2012, p. 5 ss.; BONA, *R.C. medica*, cit., p. 597; CAPONI, *La conciliazione*, cit., p. 67 ss.; distinguono tra facilitativa, basata sugli interessi, ed aggiudicativa, fondata invece sui diritti: CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("alternative dispute resolution")*, in *Foro it.*, 2003, c. 166 ss.; LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 4, p. 1201 ss.; VIGORITI, *Accesso alla giustizia e adr: prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 135 ss.

proposta contumaciale), lasciando la scelta al regolamento di procedura del singolo organismo ⁽⁵⁹²⁾. E' evidente che in questo caso la proposta possa riguardare le sole pretese giuridiche, perché solo la partecipazione attiva delle parti consente l'emersione degli interessi più personali. Le ragioni per cui si ritiene che la proposta possa essere aggiudicativa risiedono, però, soprattutto nel meccanismo sanzionatorio contenuto nell'art. 13 del decreto. Il comma 1° prevede l'automatica condanna alle spese e al pagamento di una sanzione pecuniaria nel caso in cui la sentenza sia totalmente sovrapponibile alla proposta rifiutata: è evidente che ciò è possibile solo quando la proposta abbia ad oggetto le pretese giuridiche delle parti, perché l'oggetto della sentenza non può andare oltre ad esse. Il comma 2°, invece, contempla la possibilità di una sanzione in caso di parziale sovrapposizione tra proposta e sentenza, previa rigorosa motivazione. Laddove il mediatore formuli una proposta ha presumibilmente già valutato a monte le posizioni giuridiche delle parti, che possono o meno diventare oggetto della proposta stessa, anche per i riflessi che questa può avere sul successivo processo. Tuttavia, una cosa è il discorso a livello di logica di composizione della lite, interna alla conciliazione, un'altra è quello sul ruolo del mediatore rispetto ai diritti delle parti. Questa distinzione sarà approfondita nel paragrafo seguente, limitandoci per il momento ad individuare l'ampiezza del modello di mediazione che il nostro legislatore ha disegnato. Una postilla merita l'utilizzo dell'espressione <<aggiudicativa>>, non contenuto nel decreto ma solo nella relazione illustrativa, che riguarda solo la possibile corrispondenza tra il contenuto della proposta e la futura decisione giudiziale: non vale però a far assumere al mediatore una funzione decisoria, neppure nel caso in cui le parti recepiscano nell'accordo il contenuto di quella proposta, che sarebbe sempre frutto di una libera scelta negoziale.

Le modifiche recenti ad opera della citata l. n. 98 del 2013 hanno sensibilmente mutato la concreta operatività dell'istituto. In particolare, è stato modificato il campo d'applicazione della condizione di procedibilità, le tempistiche della procedura, è stata individuata la competenza territoriale dell'organismo di mediazione ed è stato previsto, sia nel caso di procedimento obbligatorio che facoltativo, che l'accordo di mediazione sottoscritto anche dagli avvocati di tutte le parti abbia efficacia di titolo esecutivo senza ulteriori passaggi. Inoltre, per le materie rientranti nell'obbligatorietà le parti dovranno essere assistite da un avvocato durante le sessioni di mediazione. I meccanismi di raccordo tra mediazione e processo di tipo sanzionatorio o impositivo, che consentono al giudice di valutare il comportamento delle parti e di sanzionarlo in vario modo, sono stati pedissequamente reintrodotti. Occorre chiedersi se ciò sacrifica eccessivamente il ruolo dell'autonomia privata, e soprattutto quali siano i limiti che esso può incontrare nel genere di controversie di cui ci occupiamo. Quello che si propone il legislatore italiano è un'inversione di rotta della logica conflittuale e una diversificazione delle tutele, concepita come fase pre-processuale estranea al processo, ma con riflessi e conseguenze sullo stesso: la sfida consiste dunque nel raccordare questi strumenti con il nostro sistema giuridico e con i principi che lo ispirano, facendo attenzione a non cadere in inutili retoriche di presunta superiorità dell'autonomia e della negoziazione, a prescindere dagli interessi generali dell'ordinamento.

⁽⁵⁹²⁾ Ai sensi dell'art. 7, comma 2°, lett. b), d.m. n. 180 del 2010 il regolamento di procedura può prevedere che << in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione>>; la dottrina aveva già risolto positivamente la questione: cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 669; BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in www.judicium.it; tale possibilità sembra, tuttavia, destinata a scomparire con il nuovo sistema del primo incontro disegnato la riforma del 2013: CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, p. 311.

2. Modelli di mediazione: una possibile conciliazione del rapporto tra mediazione e giustizia.

La disciplina nazionale sulla mediazione, racchiusa nel d.lgs. n. 28 del 2010, non fornisce elementi sufficienti ad inquadrare e qualificare il rapporto tra gli attori della mediazione, né tantomeno il rapporto tra mediazione e sistema giuridico nel suo complesso. Pertanto, prima di proseguire nell'analisi della normativa, è necessario individuare i paradigmi concettuali che mettono in luce il diverso possibile rapporto tra mediazione e norme giuridiche in relazione al ruolo del mediatore⁽⁵⁹³⁾.

Si tratta di modelli teorici che non descrivono esattamente la prassi applicativa, ma sono frutto di un'astrazione delle esperienze di mediazione sviluppate in vari settori dell'ordinamento statunitense, dove il fenomeno è consolidato, ma si rivela un parametro utile a cui ricondurre anche le esperienze sviluppatesi in via sperimentale nel nostro ordinamento.

1) Il primo modello è definito come <<creativo o autoregolativo>> perché il mediatore si limita a favorire la creazione di soluzioni totalmente innovative, sganciate dal riferimento alle regole giuridiche o sociali. Il compito del mediatore è quello di facilitare la definizione della regola con cui le parti vogliono regolamentare il proprio rapporto, che sarà frutto della loro concorde volontà. E' evidente come in questa prospettiva si coglie la massima espressione dell'autodeterminazione delle parti, perché la ricerca di una soluzione coincide con la creazione, ad opera delle parti, della regola del loro rapporto. Il contributo del mediatore è limitato a favorire il loro accordo spontaneo al di fuori della cornice giuridica, generalmente attraverso tecniche c.d. facilitative volte a far emergere gli interessi delle parti⁽⁵⁹⁴⁾. E' il modello a cui generalmente guarda la dottrina nostrana quando critica lo schema di mediazione introdotto con il d.lgs. n. 28 del 2010, proprio perché esso, soprattutto per gli aspetti di forte interferenza con il processo, sacrifica eccessivamente la libertà delle parti⁽⁵⁹⁵⁾. Ancora, è questo il modello a cui si riferiscono quelle concezioni sostanziali di giustizia che riconoscono un valore aggiunto alla mediazione nei soli casi in cui il diritto non consente di ottenere un risultato giusto per le parti, perché trascura i loro concreti interessi. Tale modello è sponsorizzato da quelle chiavi di lettura della mediazione quale <<alternativa alla giustizia>>⁽⁵⁹⁶⁾, perché consente di raggiungere un risultato basato esclusivamente sulla convenienza delle parti, ed ispirato ad una logica – degli interessi e dell'accordo – alternativa e complementare rispetto a quella della decisione.

⁽⁵⁹³⁾ Il tema è tratto da autorevole dottrina che si è occupata della teoria della mediazione a livello sistematico sia prima che dopo il d.lgs. n. 28 del 2010; mi riferisco a CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 436 ss.; CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Torino, 2011, p. 57 ss.; la validità della ricostruzione dei modelli è stata testata anche con riferimento alla materia del lavoro da NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, p. 151 ss.; il presente paragrafo costituisce una sintesi dell'approfondito lavoro dell'autrice che prende spunto da WALDMAN, *Identifying the role of social norms in mediation: a multiple model approach*, in *48 Hastings L. J.*, 1997, p. 703.

⁽⁵⁹⁴⁾ Qui si coglie l'intersezione con il diverso discorso legato alle tecniche di mediazione, facilitativa, valutativa e aggiudicativa: ROCCO E SANTI, *Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003, p. 122; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 408 ss.

⁽⁵⁹⁵⁾ Con riferimento alla materia sanitaria PEROTTI-AVANZA-VASSALINI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della mediazione civile*, in *Riv. it. med. Leg. e dir. sanitario*, 3, 2011, p. 655

⁽⁵⁹⁶⁾ Per una lucida analisi delle diverse implicazioni a seconda della chiave di lettura della mediazione, come metodo di "giustizia alternativa" o "alternativa alla giustizia" v. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Torino, 2011, p. 86 ss.; cfr. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia*, cit. loc. cit.; PAGNI, *Introduzione*, in *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giurisdizionale dei diritti*, 2010, p. 620 ss.

2) Il secondo modello è quello <<educativo o formativo>>, che riconosce al mediatore la funzione di indirizzo normativo in quanto, dopo aver svolto l'inquadramento giuridico della controversia, egli aiuta le parti a prendere consapevolezza dei loro interessi nascosti dietro le pretese giuridiche. In questo modo le parti possono valutare, in autonomia, se dare prevalenza alle esigenze e agli interessi personali, non considerati dalle norme giuridiche, ma con la consapevolezza di quello che potrebbe essere l'esito della lite, ove questa fosse stata risolta sulla base dell'applicazione delle norme di legge ⁽⁵⁹⁷⁾. Il mediatore si limita a fornire un parametro giuridico – attraverso il richiamo delle norme – che non costituisce necessariamente il criterio per arrivare alla soluzione del conflitto, ma è un criterio oggettivo alla luce del quale le parti potranno valutare i propri interessi, e quindi valutare la possibilità di trovare soluzioni diverse da quelle giuridiche. Questo schema consente anche di comprendere il significato del riferimento, nella diversa prospettiva delle tecniche di mediazione, alla c.d. M.A.A.N. (miglior alternativa all'accordo negoziale) ⁽⁵⁹⁸⁾, perché consente alle parti di considerare, grazie all'aiuto del mediatore o dell'avvocato, in che misura i propri interessi potrebbero risultare sacrificati da un percorso giurisdizionale. Esso, inoltre, appare particolarmente adatto in tutti quei casi caratterizzati da asimmetria delle parti e, in particolare, in quei settori dell'ordinamento regolati da norme aventi carattere protettivo di determinate categorie di soggetti (i consumatori così come i lavoratori) ⁽⁵⁹⁹⁾. Tale modello, in definitiva, prende in considerazione il problema rappresentato dal rischio che la mediazione, perché fondata sull'autodeterminazione delle parti, conduca a risultati iniqui tutte le volte in cui le parti non dispongano di pari potere negoziale.

3) Il terzo modello è <<attuativo>> delle norme giuridiche, quindi in un certo senso può essere definito "normativo", poiché il mediatore interviene affinché le parti utilizzino le regole giuridiche come criteri per risolvere la loro controversia. Gli interessi e le aspettative delle parti non vengono, però, totalmente trascurati: essi sono valorizzati nei limiti in cui non pregiudichino gli interessi alla base delle norme giuridiche e possano contribuire a facilitare l'adeguamento delle parti al comando di legge. In tali casi il mediatore riveste una posizione di maggior responsabilità, anche rispetto al contenuto dell'accordo, poiché proprio dalla sua abilità e competenza dipende anche un'equità e una giustizia oggettiva dello stesso. Tale modello fornisce una nuova prospettiva di analisi della mediazione, soprattutto in rapporto alla giustizia, perché consente di giustificare il ricorso alla mediazione in contesti caratterizzati da una legislazione volta a proteggere interessi pubblicistici, o comunque dalla contemporanea presenza di una pluralità di interessi diversi ⁽⁶⁰⁰⁾.

Riconoscere uno spazio di operatività a tale modello significa riconoscere che, in alcuni casi, l'autonomia delle parti trova un limite nell'esigenza di tutela di altri interessi, pubblicistici o superindividuali o di terzi soggetti, la cui attuazione non può che realizzarsi attraverso l'applicazione delle norme giuridiche. Il rispetto di queste esigenze, dunque, non deve avvenire necessariamente nell'ambito del processo, ma può realizzarsi anche attraverso la mediazione. Si

⁽⁵⁹⁷⁾ Ovviamente si tratta di una valutazione prognostica del tutto astratta, giacché sarebbe impossibile prevedere con esattezza l'esito di un processo che è frutto di una serie di fattori imponderabili al di fuori di esso.

⁽⁵⁹⁸⁾ Che è l'equivalente italiano della c.d. B.A.T.N.A. (*Best alternative to negotiate agreement*): FISHER-URY, *Getting to yes*, s.l., p. 49 ss.

⁽⁵⁹⁹⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 408 ss., la quale riconduce a tale categoria le ipotesi di mediazione endoprocessuale, quindi anche le procedure *court annexed mediation* diffuse negli U.S.A., poiché il fatto che la mediazione abbia luogo dopo l'inizio del processo, quando le parti hanno già costruito le rispettive difese, favorisce lo sviluppo di una mediazione giuridicamente orientata.

⁽⁶⁰⁰⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 452 ss., che riporta l'esempio dei *settlements* raggiunti nelle *class action* in materia ambientale.

tratta, in sostanza, di contemperare il rapporto tra le esigenze di autonomia privata delle parti e le esigenze di protezione di interessi generali, che consente di concepire la mediazione anche come strumento di <<giustizia alternativa>> ⁽⁶⁰¹⁾, ma non come alternativa rispetto al diritto. In tali casi la mediazione non solo serve a creare le norme (del caso concreto), ma anche a dare loro attuazione, non limitandosi a soddisfare gli interessi delle parti, ma cercando di contemperarli con gli interessi pubblici coinvolti, che non possono essere sacrificati dalla logica dell'autonomia individuale.

Anche in questo modello, comunque, il mediatore dovrà ricorrere alle tecniche di mediazione, allo scopo di far emergere gli interessi delle parti coinvolte, i loro bisogni e aspettative, tuttavia il suo sforzo sarà volto a far comprendere alle stesse che il perseguimento di tali interessi può avvenire nel rispetto di parametri superiori, specie quando sono coinvolti beni e valori di rilevanza costituzionale. Nelle ipotesi in cui le norme di legge concedono spazio all'autonomia privata, questo modello può esplicarsi in tutta la sua potenzialità, consentendo alle parti di individuare la regola del rapporto sotto la guida del mediatore anziché del giudice.

L'esame di questi modelli consente anche una fugace riflessione conclusiva sul rapporto tra mediazione e giustizia, nonostante non trovi spazio in queste pagine la ricostruzione dell'ampio dibattito sul tema ⁽⁶⁰²⁾. Le contraddizioni tra mediazione e giustizia risultano difficilmente superabili solo se si adotta una concezione di mediazione limitata al modello c.d. creativo: in questa prospettiva è evidente che il mediatore non avrebbe alcuna responsabilità per l'eventuale ingiustizia oggettiva dell'accordo, né si potrebbe ammettere un suo intervento attivo, o correttivo, perché così si incrinerebbe il principio di totale supremazia dell'autodeterminazione delle parti, introducendo elementi eteronomi tipici del processo. Diversamente, qualora si allarghi la nozione di mediazione fino a ricomprendere anche il secondo ed il terzo modello, le contraddizioni appaiono superabili, perché si definisce come il diritto può, e deve, entrare nella pratica della mediazione: una nozione allargata di mediazione, che contempra impostazioni diverse da quella classica, può ammettere che il mediatore orienti la soluzione consensuale in considerazione delle norme giuridiche ⁽⁶⁰³⁾. D'altronde, lo stesso d.lgs. n. 28 del 2010 sembra lasciare aperta la possibilità per il mediatore di utilizzare in modo variabile il riferimento alle norme giuridiche nella ricerca di soluzioni alla lite, ancorché l'art. 14 riferisca il dovere del mediatore di osservare l'ordine pubblico e le norme imperative esclusivamente all'attività di formulazione di proposte e non anche a quella di mera assistenza nella formulazione di un accordo.

Come si dimostrerà meglio in seguito, il terzo modello sembra essere il più adeguato nella prassi operativa della maggioranza delle controversie di responsabilità medico-sanitaria, specie in quelle in cui è coinvolta una struttura pubblica, o comunque un'assicurazione ⁽⁶⁰⁴⁾. In tali casi è inevitabile

⁽⁶⁰¹⁾ CUOMO ULLOA, *La mediazione*, cit., p. 86 ss.; cfr. LUISO, *Giustizia alternativa*, cit.

⁽⁶⁰²⁾ Per una sintesi critica si rinvia a TARUFFO, *Considerazioni sparse*, cit., *passim*; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 440 ss.

⁽⁶⁰³⁾ TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 785; così mi sembra che si possano ridimensionare anche le preoccupazioni di BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, cit., p. 785.

⁽⁶⁰⁴⁾ La questione è da tempo dibattuta nella dottrina americana: DAUER-MARCUS, *Adapting mediation to link resolution of medical malpractice disputes with health care quality improvement*, in *Law and contemporary problems*, 1997, I, p. 185 ss.; FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in *Contratti*, 2011, 4, p. 427; v. METZLOFF, *Alternative dispute resolution strategies in medical malpractice*, in *Alaska law review*, 1992, 9.2, p. 451 ss., che pur ammettendo l'utilità delle tecniche facilitative nel caso in cui l'intento di fare causa sia dettato da forti emozioni di risentimento, ritiene che l'approccio normale nei casi di *medical malpractice* sia la *Court Ordered Arbitration*, cioè un tipo di *Court annexed a.d.r.* nel quale viene emesso un lodo non vincolante per le parti, e generalmente non ostensibile in caso di

la necessità di effettuare un bilanciamento tra contrapposte esigenze, tutte costituzionalmente garantite, e di interessi eterogenei: da un lato, infatti, l'accertamento dell'*an* della responsabilità è il presupposto per l'amministrazione pubblica per poter aprire un tavolo di trattative, così come per l'assicurazione per approvare una liquidazione risarcitoria, dall'altro, la documentata esistenza di un danno alla salute impone di ristorarlo, o comunque di verificare che esso non produca delle conseguenze più gravi nel futuro, sia sul singolo che sulla collettività, specie quando è dipeso da malfunzionamenti del servizio pubblico. Emerge, in altre parole, un'esigenza di bilanciamento del diritto alla salute, nella duplice dimensione individuale e collettiva, con la sua sostenibilità finanziaria ⁽⁶⁰⁵⁾.

Al contempo, il ruolo dell'autonomia privata viene preservato dalla possibilità di utilizzare, in base alle esigenze del caso concreto, il primo o il secondo modello, ad esempio, nelle controversie relative alla violazione del consenso informato, consentendo anche un pieno recupero dell'autodeterminazione lesa con il comportamento omissivo o reticente nella fase informativa dello svolgimento del rapporto terapeutico.

Il mediatore dovrebbe dunque verificare la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità, senza preoccuparsi delle distorsioni derivanti dalla modulazione giurisprudenziale dell'onere della prova: così resterebbe ampio il margine dell'autonomia negoziale delle parti di autodeterminarsi, in un dialogo favorito dallo stesso mediatore, in ordine al *quantum* o a soluzioni alternative e maggiormente soddisfattorie dei loro interessi. Quindi, gli aspetti personali del conflitto sarebbero sempre valorizzati, a differenza di quanto accadrebbe in un contesto giurisdizionale.

Sono utili due ulteriori considerazioni, che saranno meglio sviluppate in seguito: una relativa alla natura dell'accertamento dello svolgimento dei fatti da cui origina la lite, l'altra relativa alla competenza del mediatore. Entrambe consentono di riallacciare il filo con il discorso svolto nei capitoli precedenti in merito alle problematiche dell'accertamento della responsabilità. Innanzitutto, è evidente che anche la mediazione risente della peculiare modalità di accertamento dei fatti, che molto spesso non può che essere effettuata attraverso un'indagine medico legale. In quest'ottica, le norme di cui dovrà tenersi conto sono sia quelle giuridiche che quelle tecniche e metodologiche proprie dell'accertamento medico legale ⁽⁶⁰⁶⁾. Questa osservazione consente pure di evidenziare che il mediatore, oltre ad essere adeguatamente formato nelle tecniche di conciliazione e comunicazione, deve necessariamente avere una conoscenza delle norme giuridiche e delle regole medico-legali, salvo poi verificare l'opportunità che la mediazione si svolga davanti ad un organo collegiale (anche in semplice co-mediazione) o con la consulenza di un esperto esterno.

mancata conciliazione; cfr. anche MANIORI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, in *La mediazione*, cit., p. 166.

⁽⁶⁰⁵⁾ Viene in gioco il complesso rapporto tra diritto alla salute e la sua sostenibilità finanziaria sia rispetto all'accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva e ragionevole, che non può essere solo giurisdizionale, come ricostruito nella premessa al capitolo 1, sia rispetto ad una più efficiente erogazione del servizio di assistenza sanitaria, sia, infine, rispetto al contenimento della spesa pubblica; DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, cit., p. 541 ss. evidenzia il nesso indissolubile che si crea, sul piano amministrativo, tra organizzazione della sanità e attuazione della tutela del diritto alla salute nella definizione degli strumenti, delle modalità e delle tecniche attraverso le quali lo Stato risponde alle richieste di «cura della salute» da parte dei cittadini; nel senso che l'organizzazione della struttura sanitaria da <<generico presupposto economico>> dell'adempimento deve essere considerata alla stregua di <<un vero e proprio obbligo giuridico di protezione>> desunto da una ricostruzione del rapporto in termini di buona fede funzionale e strumentale alla realizzazione della prestazione principale dovuta, IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3; cfr. retro ..cap. 1.

⁽⁶⁰⁶⁾ Chi esclude l'accertamento tecnico nella mediazione ha in mente il primo modello o, comunque, una modalità di svolgimento c.d. facilitativa pura: MANIORI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, in *La mediazione*, cit., p. 165.

2.1 La risoluzione giurisdizionale e non giurisdizionale delle controversie: quale alternativa?

Ciò che cambia nei tre modelli è essenzialmente il ruolo del mediatore, che sarà di mero facilitatore della negoziazione nel primo modello, di facilitatore e informatore delle norme giuridiche nel secondo, di informatore e controllore della corretta attuazione delle norme nel modello attuativo. Da questo punto di vista, è possibile, innanzitutto, individuare il collegamento tra i modelli teorici di mediazione e le tecniche di mediazione, superando lo sterile dibattito riguardo al modo preferibile di <<fare mediazione>>, in relazione alla menzionata distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa ⁽⁶⁰⁷⁾. È evidente, infatti, che nel modello c.d. creativo si possono maggiormente apprezzare le tecniche di mediazione di tipo facilitativo, che favoriscono maggiormente il potere di autodeterminazione delle parti. Mentre, nel secondo e terzo modello potrebbe rivelarsi più utile il ricorso ad una modalità di tipo valutativo, poiché, da un lato, le valutazioni del mediatore contribuiscono a chiarire il contesto giuridico, dall'altro, la formulazione di proposte consente di indicare alle parti il percorso più rispettoso degli interessi che le norme tutelano ⁽⁶⁰⁸⁾. È importante considerare, tuttavia, che la prospettiva delle tecniche di mediazione non consente di assicurare un equilibrato rapporto tra mediazione e sistema giuridico, perché è evidente che esse sono funzionali alle esigenze del caso concreto. La dinamica interna della mediazione non può essere, infatti, irrigidita da norme procedurali, come avviene nel processo, pena lo stravolgimento dell'essenza e della funzione dell'istituto ⁽⁶⁰⁹⁾. Al contrario, è necessario prendere in considerazione la struttura normativa "esterna" (cioè l'involucro all'interno del quale si svolge la mediazione) e verificare i rapporti che la stessa può intrattenere con gli altri strumenti giuridici di composizione delle liti. L'adozione di chiavi di lettura non limitate alla finalità deflattiva, ma che siano ampliate ad una finalità di allargamento degli spazi di tutela, facilitando l'accesso alla stessa attraverso la diversificazione delle modalità di risoluzione della lite, passa necessariamente dalla considerazione del rapporto con il processo e con la tutela giurisdizionale in senso stretto. Il processo giurisdizionale rappresenta il metodo istituzionale e ineliminabile di risoluzione dei conflitti, ma ciò non significa che sia il metodo migliore. Al contempo, ritengo opportuno evidenziare le plausibili critiche che respingono l'idea secondo cui gli strumenti conciliativi siano, sempre e comunque, preferibili rispetto alla sentenza e al lodo. Il processo svolge, infatti, un essenziale ruolo di garanzia della legalità, irrinunciabile specialmente nella società moderna che conosce una crisi di valori pubblici ⁽⁶¹⁰⁾. Non credo neppure, però, che la legalità debba essere totalmente estranea alla conciliazione, perché il punto di incontro degli interessi delle parti può, e deve, essere anche ispirato all'equità ed alla giustizia sostanziale. Mi sembra interessante, dunque, la concezione che considera la giustizia statale come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia. Secondo tale visione, il "servizio giustizia" non è prerogativa dello Stato, che è comunque tenuto a garantirne l'efficiente funzionamento, ma può essere affidato, in presenza di una concorde

⁽⁶⁰⁷⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 456 ss.; per il dibattito v. DI ROCCO SANTI, *La conciliazione*, cit., p. 122.

⁽⁶⁰⁸⁾ Per coloro che adottano una concezione c.d. trasformativa della mediazione concepiscono quest'ultima essenzialmente come creativa, distaccandola totalmente dal sistema giustizia, v. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, pp. 438 nota 91 e 447 nota 118; la mediazione trasformativa, come vedremo è utilizzata in alcune regioni proprio in ambito sanitario, v. infra par. 4.1.

⁽⁶⁰⁹⁾ Salva, naturalmente, quel minimo di proceduralità prevista dal regolamento di procedura dell'organismo (art. 3 d.lgs. n. 28 del 2010), che serve per verificare la volontà e il comportamento delle parti.

⁽⁶¹⁰⁾ BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, cit., p. 785.

volontà delle parti, a istituzioni diverse dallo Stato, di cui sia assicurata la terzietà e l'imparzialità⁽⁶¹¹⁾.

L'effetto sostitutivo è la caratteristica imprescindibile di qualsiasi atto che abbia lo scopo di risolvere una disputa; così l'accordo conciliativo, se vuole essere davvero competitivo e alternativo, deve provocare l'effetto sostitutivo proprio della sentenza⁽⁶¹²⁾. A tal fine è necessario che si tratti di atto vincolante e che abbia il precipuo scopo di risolvere una lite. Come vedremo meglio nel capitolo V, affrontando il tema della natura dell'accordo conciliativo in relazione alla sua efficacia, tutti i possibili esiti della mediazione (transazione, negozio di accertamento, rinuncia) presentano tali caratteristiche perché, da un lato, sono vincolanti in quanto aventi forza di legge tra le parti *ex art. 1772 c.c.*, dall'altro, se inseriti in un procedimento di mediazione, e considerati come risultato dello stesso, sono idonei a risolvere la controversia.

L'effetto sostitutivo si sostanzia nella determinazione di regole di condotta concrete che si sovrappongono alle regole generali e astratte contenute nella normativa sostanziale: nei contratti di risoluzione delle liti si soddisfa l'esigenza di pacificazione e certezza proprio con l'individuazione di una nuova regola a cui sottoporsi, senza che sia necessario accertare chi ha ragione e chi ha torto, ma producendo di fatto un effetto preclusivo⁽⁶¹³⁾ che consente di rompere con il passato, precludendo contestazioni sul rapporto originario e sostituendosi a esso. Sebbene manchi, in tali negozi, un'attività di accertamento equiparabile a quella che svolge il giudice nel processo, non può negarsi che essi siano in grado di sprigionare un'efficacia costitutiva e/o dichiarativa, benchè fondata sulla volontà delle parti⁽⁶¹⁴⁾.

A tal proposito va segnalato il dibattito sul significato e sulla portata della nozione di accertamento: parte della dottrina nega l'ammissibilità di un accertamento negoziale perché il contratto avrebbe sempre e solo natura dispositiva⁽⁶¹⁵⁾; tuttavia, è stato messo in luce come tale affermazione sia frutto di un equivoco che sta dietro l'espressione accertamento. In questi casi non si deve intendere il giudizio come operazione di <<ricognizione descrittiva del passato>>, di cui le parti possono non aver bisogno per regolamentare negozialmente i loro interessi; è possibile, invece, concepire l'accertamento come <<accertamento prescrittivo del futuro>>⁽⁶¹⁶⁾, in altri termini come risultato del giudizio. Dunque, il contratto che ha come scopo la risoluzione di una controversia non contiene un accertamento descrittivo del passato analogo a quello che deve necessariamente effettuare il giudice o l'arbitro, perché la decisione del terzo è improntata necessariamente alla ricerca della giustizia, mentre l'atto delle parti ricerca una loro convenienza. Quando, però, nella formazione dell'accordo il mediatore deve effettuare una ricognizione del passato in virtù di un bilanciamento

⁽⁶¹¹⁾ CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, cit., p. 55; PACIOTTI, *I tempi della giustizia. Un progetto per la riduzione dei tempi dei processi civili e penali*, Milano, 2004, *passim*.

⁽⁶¹²⁾ LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 5 ss., la cui dimostrazione più evidente è l'insensibilità allo *ius superveniens*; cfr. ID, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., p. 1201 ss.

⁽⁶¹³⁾ FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 119; l'efficacia preclusiva del giudicato e della transazione risponde all'esigenza di rimuovere l'incertezza dovuta alla contestazione: FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, pp. 50 e 56, che ammette l'efficacia preclusiva sia nella transazione che rispetto al negozio di accertamento; *contra* DEL PRATO, voce *Transazione (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, p. 5; Cass., 13 maggio 1996, n. 4448, in *Mass. Foro.it*, 1996; conf. da Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *giurcost.org*.

⁽⁶¹⁴⁾ Infatti la nuova statuizione negoziale può coincidere con la realtà accertata, come potrebbe discostarsene: FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 56; FRANZONI, *La transazione*, cit., p. 245; DEL PRATO, *Op. cit.*, p. 2, parla di c.d. accertamento privato come di atto di disposizione.

⁽⁶¹⁵⁾ FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, 78 ss.

⁽⁶¹⁶⁾ LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia*, cit., § 3; ID, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 13 ss.

di interessi, anche di rilievo pubblicistico, allora <<il passato entra nella mediazione>> ⁽⁶¹⁷⁾. Comunque, la mediazione può fare i conti con il passato in modo diverso rispetto al processo, proprio perché offre alle parti un modo di gestione dell'accaduto alternativo al modo in cui lo stesso viene gestito nel processo. La mediazione non può, ne vuole, accertare la verità stessa ⁽⁶¹⁸⁾, ma mira a pervenire ad una ricostruzione condivisa del passato.

Da questo punto di vista si comprende meglio anche la distinzione tra transazione, conciliazione e sentenza ⁽⁶¹⁹⁾: nei primi due metodi di risoluzione consensuale non si arriva ad alcun accertamento del passato, potendo al più la conciliazione presupporre un percorso di ricostruzione condivisa del passato; mentre nei metodi di risoluzione delle controversie di tipo decisorio necessariamente si presuppone la certezza dell'accertamento sulle circostanze del conflitto, per poter trarre conseguenze giuridiche oggettive che vengono ad essere cristallizzate nella cosa giudicata sostanziale. Si dice che la differenza tra l'accertamento giudiziale e quello privato stia nel metro che si usa per dare il contenuto all'accertamento stesso. Il giudice si baserà sulla ricognizione della realtà preesistente improntata alla ricerca della giustizia, mentre il privato potrà basarsi sui propri interessi e sulla convenienza della nuova stipulazione contrattuale, normalmente inaccessibili al giudice. Ciò non esclude, però, la possibilità della ricerca di una giustizia dell'accordo: se la sentenza non può che essere atto di giustizia, la norma concreta posta nel contratto può essere anche frutto di un bilanciamento tra interessi delle parti e interessi superindividuali. Come vedremo, infatti, il potere negoziale delle parti trova un limite negli interessi pubblicistici presidiati da norme imperative, che possono e devono entrare anche nella composizione negoziale degli interessi delle parti. Si prospettano, in definitiva, due modelli di risoluzione dei conflitti, uno pubblico e uno privato, che trovano entrambi origine nella legge ⁽⁶²⁰⁾.

2.2 Il processo, la consulenza tecnica a fini conciliativi e la mediazione.

In una società pluralista, è assolutamente ragionevole che i conflitti siano risolti in modi diversi e che la scelta dello strumento dipenda dalla sensibilità e dalla valutazione dei litiganti ⁽⁶²¹⁾. In un'ottica interna al processo, è idea pacificamente condivisa che sia opportuno differenziare le

⁽⁶¹⁷⁾ In tal caso vengono in rilievo anche le modalità con cui il testo dell'accordo si è formato: CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 454; ad esempio anche con riferimento alla garanzia del contraddittorio v. *infra* cap. V par. 1.2.

⁽⁶¹⁸⁾ A prescindere dall'opinione in merito alla possibilità di accertare la verità nel processo e considerata la difficoltà di accertare la verità assoluta sarà gioco forza accontentarsi di una verità "processuale" o di una verità "negoziale"; cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 454 nota 136.

⁽⁶¹⁹⁾ FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 216, il quale contrapponendo la transazione alla sentenza afferma: <<lungi dal volere l'accertamento i soggetti, con la transazione, intendono invece evitare l'accertamento, attraverso una soluzione pratica che, operando unicamente sul piano delle pretese, prescinde dall'effettiva portata della realtà giuridica su cui muove la contestazione>>; per CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 454 nota 137, ritiene che una simile ricostruzione consenta di aggirare la questione dei rapporti tra transazione e negozio di accertamento, su cui v. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I contratti per la composizione delle liti*, a cura di Gabrielli-Luiso Milano, 2005, p. 3 ss.

⁽⁶²⁰⁾ LUIO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., pp. 11 ss. spec. 13, il quale con analitica ricostruzione evidenzia l'equiparazione, sul piano dell'efficacia, tra contratto e sentenza, sottolineando anche che il vantaggio della risoluzione autonoma risiede nell'atipicità del suo contenuto; tuttavia, pur affermando che la giustizia non entra nel negozio di risoluzione delle liti, non può negare il limite delle norme imperative rispetto al suo contenuto e la possibilità di una più ampia contestazione della sua validità; questa lettura è confermata anche con riferimento all'efficacia esecutiva da TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 277-278, v. *infra* cap. V par. 2.

⁽⁶²¹⁾ BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, cit., 2005, p. 785 ss., che richiama Pizzoferrato, op. cit., p. 3.

modalità di tutela attraverso un percorso di specializzazione delle procedure ⁽⁶²²⁾. Si sta però facendo strada anche l'idea di porre un freno alla moltiplicazione delle procedure speciali, preoccupandosi piuttosto, da un lato, di introdurre elementi di flessibilità all'interno del processo, che consentano al giudice (o alle parti) di adattare di volta in volta le modalità processuali alle specifiche esigenze del contenzioso, secondo la tecnica del c.d. case management ⁽⁶²³⁾. Dall'altro, è opportuno promuovere, altresì, una differenziazione esterna al processo, aumentando le possibilità di soluzione del conflitto e di tutela anche al di fuori della giurisdizione ⁽⁶²⁴⁾.

Nel settore che ci occupa si possono concepire, dunque, almeno quattro diversi livelli di forme di tutela:

1) La tutela giurisdizionale, a cui le parti possono sempre accedere dopo il primo incontro di mediazione obbligatoria *ex art. 5, commi 1° bis e 2° bis*, d.lgs. n. 28 del 2010. Nel contesto giudiziale è possibile, inoltre, che si inseriscano ulteriori fasi conciliative, sotto la diretta conduzione del giudice – c.d. proposta conciliativa del giudice *ex art. 185 bis c.p.c.* – o davanti ad un organo esterno a cui il giudice rinvia – c.d. mediazione disposta dal giudice *ex art. 5, comma 2°*, d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁶²⁵⁾. Va rilevato, tuttavia, che la mediazione giudiziale disciplinata dal nuovo art. 185 *bis* c.p.c., come modificato dalla l. 98 del 2013 ⁽⁶²⁶⁾, non potrà trovare numerose possibilità di applicazione nel contesto in esame, a causa della scarsa chiarezza del panorama normativo-giurisprudenziale di riferimento e della necessità di disporre approfonditi accertamenti tecnici ⁽⁶²⁷⁾. Si auspica, inoltre, uno scarso ricorso alla mediazione disposta dal giudice, poiché in una materia in cui vige la mediazione obbligatoria *ex lege*, l'imposizione di una seconda condizione di

⁽⁶²²⁾ COMOGLIO, op. cit., p. 318; ciò anche all'interno del processo : v. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869.

⁽⁶²³⁾ TARUFFO, *Adeguamenti*, cit., p. 790; anche le riforme inglesi fondate sul *case management* che attribuiscono al giudice il compito di modulare i tempi e le modalità processuali in relazione alla complessità della lite v. PASSANTE, *La riforma*, cit., p. 1353.

⁽⁶²⁴⁾ RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Il diritto fraterno*, Bari, 2002, *passim*; sull'opportunità e i criteri di utilizzo di tali limiti quando è coinvolta la Pubblica Amministrazione v. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Diritto Amministrativo*, 01-02, 2014, p. 1 ss.; v. anche COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318 ss.

⁽⁶²⁵⁾ V. LUPOI, *Le novità processuali dell'estate 2013*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2014, p. 335 ss. il quale mette in rilievo le criticità; si v. la relazione del giudice MORICONI, *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relativem alla acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi*, in *www.judicium.it*, il quale rileva la mancanza di adeguate previsioni che consentano di trarre dati circa l'utilità dello strumento conciliativo nell'ambito del case management giudiziale; sulle potenzialità della mediazione delegata v. anche LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in *www.judicium.it*; CROCITTO, *Mediazione disposta dal giudice*, in *La nuova mediazione*, a cura di Falco-Spina, Milano, 2014, p. 355 ss.; v. anche RUVOLO, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 7, 2014, p. 1006, che riporta una carrellata di sentenze da cui emerge la mancanza di un coordinamento normativo tra i due strumenti, lasciato totalmente alla discrezionalità del giudice.

⁽⁶²⁶⁾ Si accenna soltanto alle problematiche che questa disposizione pone rispetto al rischio di anticipazione della sentenza, soprattutto se si guarda alla proposta di riforma che la vorrebbe rendere obbligatoria per il giudice v. BIAVATI, *Note sullo schema di disegno di legge*, cit. p. 212.

⁽⁶²⁷⁾ A parola dello stesso Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, ed in particolare del dott. Morriconi, assiduo promotore dell'istituto, il quale precisa che <<l'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, che legittima l'applicazione dell'art. 185 *bis* c.p.c., trova il suo fondamento logico nell'evidente dato comune che è meno arduo pervenire ad un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall'inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell'esito applicativo che il Giudice ne dovrà fare>>; così anche il Trib. Milano, (ord.) 4 luglio 2013, in *www.ilcaso.it.*, che esclude il ricorso all'istituto dopo la chiusura dell'istruttoria per il rischio di mera anticipazione della sentenza; sul punto v. LUPOI, *Le novità processuali dell'estate 2013*, cit., p. 336; si segnala però un ipotesi di utilizzo in materia di responsabilità medico-sanitaria in Tribunale Milano, 25 marzo 2015, in *www.dejure.it*.

procedibilità, questa volta per via giudiziale, appesantirebbe oltremodo il giudizio. Senza considerare poi che la scelta dell'organismo di conciliazione dovrebbe ricadere su di un soggetto in grado di effettuare indagini medico-legali. Bisogna prendere atto, comunque, che la pratica dell'invio delle parti in mediazione da parte del giudice sta entrando nella struttura del processo e sta innovando le procedure giudiziali di approccio alle liti. Inizia a prendere corpo, in sostanza, una dimensione programmatica e organizzativa della gestione del contenzioso che contempla l'impiego da parte del giudice di una rosa più ampia e variegata di strumenti per valutare il contenzioso, compreso l'utilizzo dello strumento conciliativo ⁽⁶²⁸⁾.

2) Lo strumento della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi *ex art. 696 bis c.p.c.* possiede delle importanti potenzialità in ambito medico-sanitario, come diffusamente rilevato nel capitolo precedente. Questo strumento rappresenta il prototipo della conciliazione endoprocessuale più adeguata alle controversie caratterizzate da notevole complessità tecnico-scientifica, e pare anche il più adatto a coniugare i lineamenti della mediazione normativa con l'effettività della conciliazione. Ferma la scissione tra funzioni giudicanti e funzioni conciliative, l'intensità normativa dell'intervento del consulente può variare a seconda della sua competenza professionale, in ragione della specificità della controversia ⁽⁶²⁹⁾. In quest'ottica, deve essere valorizzato il ruolo del giudice, nonostante il silenzio normativo sul punto, quale selezionatore e controllore del terzo incaricato, nonché, si ritiene, anche in funzione di controllo del contenuto dell'accordo in sede di omologa. La riforma del 2013 ha chiarito, altresì, la questione relativa al rapporto tra il tentativo obbligatorio di mediazione ed il procedimento di cui all'*art. 696 bis c.p.c.* Già la possibilità di disporre una consulenza nel corso della mediazione (o la nomina di mediatori ausiliari) costituiva elemento per ritenere <<funzionalmente alternativi>> i due istituti ⁽⁶³⁰⁾. Ma, a differenza del passato, oggi l'*art. 5, comma 4°, lett. c) d.lgs. n. 28 del 2010* esclude l'operatività della condizione di procedibilità quando viene instaurato un procedimento di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, riconoscendo a tale istituto una sostanziale equivalenza rispetto alla mediazione. Come visto, tale strumento presenta dei vantaggi e degli svantaggi: rispettivamente, da un lato, non è prevista la formalizzazione di proposte di conciliazione, né di sanzioni in danno della parte che rifiuta ⁽⁶³¹⁾, nonché la relazione tecnica è utile nel successivo giudizio in caso di fallimento del tentativo di conciliazione; dall'altro lato, il deficit di tutela della riservatezza può penalizzare il buon esito della conciliazione.

3) La mediazione stragiudiziale *ex d.lgs. n. 28 del 2010*, come condizione di procedibilità della domanda, si dovrebbe collocare ad un livello ancora più distante dal processo, ma nella disciplina sono previsti numerosi punti di contatto con esso, che la rendono piuttosto prossima al contesto giudiziale. In realtà, l'ampiezza delle formule legislative consentono di utilizzarla con estrema

⁽⁶²⁸⁾ Che può dare risultati soddisfacenti laddove sapientemente utilizzato: cfr. Trib. Firenze, Sezione II Civile, 19 marzo 2014, con commento di MARINARO, *Dal tribunale di Firenze arriva un convinto sostegno alla mediazione civile*, in *Norme e Tributi*, 2014; altre prassi stanno dimostrando che laddove si favoriscano nuovi modelli di gestione del sistema giustizia, si possono ottenere risultati positivi: v. i noti provvedimenti di rinvio alla mediazione del Tribunale di Ostia e del Tribunale di Roma: Trib. Milano, sez. IX, 29 ottobre 2013, in *Giur. it.*, 2014, 88; v. pure, Trib. Milano, ord. 11 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; v. MARINARO, *La capacità del magistrato di entrare nelle cause costituisce il valore aggiunto dell'iter consensuale*, in *Guida Dir.*, 2014; cfr. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria*, cit., § 4.

⁽⁶²⁹⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 481, la quale, in un discorso più generale sulla conciliazione, richiama la soluzione adottata nell'ambito della nuova disciplina delle azioni collettive risarcitorie, quale esempio di mediazione normativa che si innesta nell'ambito giurisdizionale.

⁽⁶³⁰⁾ CUOMO ULLOA, *La mediazione*, cit., p. 143; LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *www.iudicium.it*, 1 gennaio 2012, § 3.

⁽⁶³¹⁾ Anche se, come visto, nella prassi i giudici possono condannare alle spese, v. retro cap. 3.

flessibilità, di modo che, al suo interno, la mediazione possa assumere le forme più adatte alle specificità del caso. Senza anticipare in questa sede tutte le considerazioni che saranno svolte in seguito, ci si riallaccia al discorso sulle tecniche di mediazione: sembra, infatti, che, almeno nella fase iniziale, la mediazione debba svolgersi attraverso un intervento di tipo prevalentemente facilitativo, dal momento che solo <<in caso di mancato raggiungimento dell'accordo>> il mediatore può formulare una proposta (art. 11, comma 1°, d.lgs. n. 28 del 2010, anche sulla base degli esiti di un'indagine tecnica (demandata a un esperto *ex art.* 8). Sembra dunque che la proposta in se non fornisca una valutazione tecnica dei fatti controversi, ma una soluzione <<giuridico-economica>> della lite ⁽⁶³²⁾. In realtà, è possibile che tutto il procedimento ruoti fin dall'inizio attorno alla proposta, quando vi sia una concorde volontà delle parti (art. 11, comma 1°, seconda parte), o quando il regolamento dell'organismo lo preveda (art. 7, comma 2°, d.m. n. 180 del 2010). Le sanzioni collegate al rifiuto della proposta destano forti perplessità, soprattutto se si risolvono in un mero strumento punitivo della parte che rifiuta ragionevoli proposte conciliative. Il problema è dato essenzialmente dalla collocazione temporale della proposta solo alla fine delle trattative, con finalità prevalentemente sanzionatorie anziché informative. La disciplina sembra però consentire la modulazione del ruolo del mediatore, che potrebbe esprimere valutazioni e formulare proposte anche prima di attendere il fallimento di un accordo. L'intervento informativo o normativo del mediatore resta comunque subordinato alla volontà del mediatore stesso, alla concorde richiesta delle parti, o alla scelta compiuta nel regolamento del singolo organismo di mediazione (*ex art.* 7 d.m. n. 180 del 2010). Si anticipa che i regolamenti degli organismi che si occupano di mediazione sanitaria contengono in genere la previsione della proposta, anche in mancanza di una parte, su richiesta dell'altra o su valutazione dello stesso mediatore ⁽⁶³³⁾.

4) Le forme di mediazione stragiudiziale che operano al di fuori del circuito creato dal d.lgs. n. 28 del 2010, sono piuttosto diffuse in materia sanitaria. Vedremo meglio successivamente che, in alcune regioni, le strutture sanitarie pubbliche hanno predisposto meccanismi di conciliazione interni, gestiti dagli stessi uffici dell'amministrazione pubblica, o esterni, amministrati attraverso l'istituzione di apposite camere di conciliazione, e ad essi si aggiunge anche il servizio di conciliazione offerto dal Difensore Civico Regionale. Vedremo anche come il mancato riconoscimento ministeriale (art. 16 d.lgs. n. 28 del 2010) degli organismi che offrono tale servizio non sembri opportuno, perché ciò impedisce, da un lato, di usufruire degli incentivi riconosciuti dal decreto, dall'altro, di ritenere assolta la condizione di procedibilità, risolvendosi in un passaggio ulteriore nel percorso di accesso alla giustizia. Inoltre, la mancata applicazione del decreto preclude anche l'acquisto dell'efficacia esecutiva automatica degli accordi eventualmente raggiunti, e fa venire meno il vincolo di necessaria imparzialità dell'organismo, soprattutto nel modello gestito

⁽⁶³²⁾ CUOMO ULLOA, *La mediazione*, cit., p. 145.

⁽⁶³³⁾ Ad esempio v. art. 8 del regolamento della camera Arbitrale di milano su www.camera-arbitrale.it; molto significativo l'art. 9 della <<Proposta di Regolamento Unitario per gli Organismi di mediazione costituiti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati>>, predisposto dalla Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione istituita presso il Consiglio Nazionale Forense (in www.consiglionazionaleforense.it), intitolato <<Controversie in materia di R.C.A. e di responsabilità medica>>, prevede che <<1. Fermo restando quanto previsto al precedente art. 8, comma 4, nelle controversie in materia di responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli e natanti e di responsabilità medica il mediatore può formulare la proposta anche se la richiesta proviene da una sola delle parti, purché la stessa sia avanzata con la domanda di mediazione o con la successiva accettazione, prima dell'inizio dell'incontro di mediazione. 2. La Segreteria informa l'altra o le altre parti che l'istante ha richiesto al mediatore di formulare la proposta, e che tale proposta sarà formulata anche in caso di loro mancata adesione. 3. Qualora tale richiesta sia effettuata, il mediatore che abbia elementi sufficienti, può formulare la proposta anche in caso di mancata adesione o partecipazione dell'altra parte.

internamente alle strutture, decretando anche la probabile inefficacia del tentativo.

2.3 Flessibilità dei modelli.

In linea teorica, il luogo ideale per una mediazione di carattere normativo, a garanzia dell'interesse pubblicistico sotteso, dovrebbe essere il contesto giudiziale, quando le parti e i loro avvocati hanno già impostato la controversia all'interno di specifici parametri giuridici. Nell'ambito di una mediazione giudiziale, ad esempio, potrebbe spettare al giudice il compito di definire il quadro normativo di riferimento e di controllare che le parti si conformino ad esso, ancorchè in modo consensuale e non imposto. Tuttavia, la normativa non fornisce alcuna indicazione sul ruolo del giudice, soprattutto con riferimento al suo potere di indirizzo e controllo, anche eventualmente rispetto agli accordi ingiusti raggiunti dalle parti. Inoltre, non sembra di poco conto il problema legato all'indebita anticipazione di giudizio. Diversamente, la conciliazione condotta da un terzo diverso dal giudice, dotato di maggior libertà nell'applicazione delle tecniche di negoziazione, sia facilitative che valutative, sarebbe in grado di porre in essere il modello di mediazione in concreto necessario in base alle esigenze del caso.

Le indicazioni del legislatore vanno nella direzione di concepire la mediazione sempre più come alternativa rispetto al processo, ma essa non potrà mai sostituirsi completamente ad esso, perché può avere ad oggetto solo controversie relative a diritti disponibili, nonché può avere bisogno degli organi giurisdizionali per la tutela cautelare o per l'esecuzione forzata⁽⁶³⁴⁾. Inoltre, è evidente che la mediazione non può essere utilizzata come rimedio all'inefficienza della giustizia statale; al contrario, il successo della conciliazione si alimenta proprio dal dialogo e dall'intreccio con la giustizia civile, riempiendo quegli spazi che anche un'efficiente amministrazione statale della giustizia può lasciare scoperti⁽⁶³⁵⁾. Ciò non toglie, tuttavia, che la mediazione non possa essere utilizzata quando vengono in gioco interessi superindividuali o sensibili: in questi casi certamente servono delle cautele e serve una selezione più accurata del soggetto che fornisce il servizio, il quale deve svolgere anche un ruolo di garante dell'ordine pubblico⁽⁶³⁶⁾.

La diversa possibile modulazione del ruolo del mediatore consente di articolare in modo variabile il rapporto tra mediazione e giustizia, ma anche di formulare una considerazione più generale sul rapporto tra le differenti alternative di *management* delle controversie sanitarie. Si è ipotizzato che un modello di mediazione di tipo creativo sia più coerente con una mediazione di tipo stragiudiziale ed extraprocessuale, cioè collocata al di fuori del processo, totalmente slegata da esso, ed

⁽⁶³⁴⁾ CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, cit., p. 55

⁽⁶³⁵⁾ Così CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, cit., p. 55; cfr. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 142; CAPONI *La mediazione obbligatoria a pagamento*, cit.; parzialmente difforme BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, cit., p. 447 ss., che è più scettico rispetto all'interferenza della mediazione con il processo; LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *www.iudicium.it*, il quale parla di rapporto di prevenzione e potenziale esclusione; LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 37; FANELLI, "interferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. decreto del fare e la legge n. 98/2013, in *www.judicium.it*.

⁽⁶³⁶⁾ Sembrano accorgersene alcuni organismi che svolgono un servizio specializzato in materia di responsabilità medico sanitaria: v. art. 14 del regolamento dell'Organismo di mediazione specializzato in materia sanitaria di Roma, dove si recepisce la disposizione secondo cui il mediatore nella formulazione della proposta è tenuto al rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative (in *www.confederazionemedica.it*); significativo il regolamento di procedura dell'organismo istituito presso il consiglio dell'Ordine degli avvocati di Firenze, che ha previsto l'istituzione di una sezione specializzata sanitaria con appositi albi di mediatori altrettanto specializzati, il quale, da un lato, esclude che il mediatore possa formulare la proposta in assenza di una o più parti, ma dall'altro prevede che qualora la formuli sia tenuto al rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative, (in *www.conciliazionefirenze.it*).

amministrata da enti privati privi di qualunque funzione di controllo ⁽⁶³⁷⁾. Così come si può supporre che gli altri due modelli debbano trovare ospitalità in contesti strettamente collegati al processo e che l'intensità dell'intervento normativo del mediatore possa variare a seconda che la mediazione si svolga nell'ambito di una conciliazione giudiziale o stragiudiziale. L'auspicata differenziazione non si manifesta, però, solo rispetto al processo: l'utilità della mediazione si manifesta anche sotto il profilo della differenziazione e flessibilità che le singole procedure sono in grado di realizzare al loro interno. La possibilità di adottare un modello creativo, piuttosto che attuativo o normativo, all'interno della mediazione influisce sulla composizione e specializzazione dell'Organismo, che a seconda delle circostanze e delle caratteristiche del caso concreto deve essere in grado di fornire mediatori esperti, anche sul piano tecnico e giuridico. Questa concezione allargata di mediazione consente di superare le obiezioni di chi vede nella conciliazione solo una via di fuga dal diritto, e guarda con sospetto alla politica espansiva di tali strumenti. Invece, anziché limitare il ricorso a tale strumento, si può cercare di promuoverne un uso migliore individuando le condizioni di contesto che consentano un utilizzo conforme agli obiettivi di efficienza, ma anche di giustizia ed equità, ineliminabili nel settore che ci occupa.

2.4 Le condizioni di contesto necessarie per realizzare le garanzie.

Nel precedente paragrafo ci siamo limitati a considerare, in linea generale, le possibili variabili di mediazione rispetto alle norme che ne regolano il funzionamento ed in relazione agli altri strumenti di risoluzione del contenzioso previsti nel nostro ordinamento. E' ora opportuna una breve ricognizione delle condizioni di funzionamento della mediazione all'interno del singolo contesto di riferimento, rinviando al capitolo V per la specifica disamina degli aspetti critici della normativa e della prassi rispetto al contenzioso medico-sanitario.

Lo spazio della conciliazione in settori che coinvolgono interessi sensibili deve rispettare determinate condizioni di contesto e realizzare determinate garanzie. Si è già osservato che la possibilità di realizzare una mediazione di tipo normativo ⁽⁶³⁸⁾, che possa essere applicata anche a controversie relative a rapporti caratterizzati da particolari esigenze di tutela, è possibile quanto più la collocazione del tentativo di conciliazione sia prossima al contesto giudiziario. Ciò non significa, però, limitare questa possibilità alla sola conciliazione giudiziale o davanti a un conciliatore nominato dal giudice (ad esempio nell'art. 696 *bis* c.p.c.). E' possibile estendere tale possibilità anche alla conciliazione stragiudiziale, valorizzando in modo positivo i punti di raccordo col processo, che la rendono così prossima ad esso. Il riferimento al contesto giuridico potrebbe dirsi assicurato, infatti, già dalla presenza obbligatoria degli avvocati, sia prima dell'avvio della mediazione che nel corso della stessa ⁽⁶³⁹⁾.

Si è già chiarito come la previsione legislativa o regolamentare di proposte o suggerimenti da parte

⁽⁶³⁷⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 460 nota 147, che però già evidenziava che possono ammettersi mediazioni stragiudiziali gestite da un'organo paragiurisdizionale di controllo e attuazione del diritto (ad esempio presso la Consob o alle procedure presso gli ispettorati del lavoro), quindi in sostanza dipende molto dal tipo di organo stragiudiziale.

⁽⁶³⁸⁾ che funzioni secondo il modello educativo o attuativo, garantendo in misura più o meno intensa la valutazione delle norme giuridiche: CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 462 nota 150.

⁽⁶³⁹⁾ Sull'importanza del ruolo dell'avvocato sia prima che durante la conciliazione v. UZQUEDA, *Il ruolo degli avvocati nella conciliazione*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di Alpa-Danovi, Milano, 2004, p. 227 ss.; nell'originario impianto del d.lgs. n. 28 del 2010: DANOVÌ, *Mediazione, processo e ruolo dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1045 ss.; sul ruolo dell'avvocato dopo la riforma del 2013 v. DE VENTURA, *Iter procedimentale*, in *La nuova mediazione*, cit., p. 450 ss.

del mediatore fornisca, a sua volta, un'ulteriore condizione, consentendo alle parti di avere consapevolezza del contesto giuridico di riferimento. E' innegabile che la previsione di tali poteri possa provocare un irrigidimento della procedura, per questo sono necessarie alcune cautele: diventa essenziale, cioè, garantire, oltre alla qualità e competenza del mediatore, anche la sua imparzialità e neutralità. Inoltre, quando l'esercizio del potere di indirizzo o di attuazione normativa fluisce nella proposta si aggiunge il rischio delle sanzioni previste dall'art. 13. Tale norma, sebbene molto discussa, può essere valorizzata come strumento capace di agevolare il ruolo di indirizzo del mediatore, ma, al contempo, anche come monito di estrema cautela e ponderazione nell'uso della proposta⁽⁶⁴⁰⁾. Come precisato, infatti, anche in ambito sanitario non sempre è necessario adottare una mediazione di tipo attuativo: in alcuni casi è sufficiente un approccio creativo (quando è necessario riallacciare un rapporto di fiducia tra paziente e medico o struttura, perché la controversia origina da una cattiva comunicazione o da un problematico rapporto relazionale) o formativo (nelle ipotesi di violazione del consenso informato, ma con esiti non particolarmente nefasti per il paziente). Spetta dunque all'Organismo modulare la selezione del mediatore e la procedura in relazione alle esigenze del singolo caso concreto.

Una generale considerazione positiva dei meccanismi sanzionatori relazionati alle mediazioni normative riguarda l'incisività nei confronti dei comportamenti abusivi: l'inefficienza del sistema giudiziario è un fattore che ostacola il buon funzionamento delle mediazioni normative (come, del resto, della mediazione in generale), così la minaccia della sanzione può invece favorire la spontanea cooperazione del convenuto, riducendo la convenienza economica della pendenza del processo a scopo dilatorio⁽⁶⁴¹⁾. Nelle controversie sanitarie, per il vero, nel caso in cui la documentazione o l'indagine medico-legale riveli un fondamento di responsabilità, è il paziente a subire l'efficacia deterrente della sanzione, poiché nel successivo processo egli, pur avendo elevate possibilità di uscirne vittorioso, potrebbe ciononostante vedersi condannato ai sensi dell'art. 13, comma 1°, d.lgs. n. 28 del 2010⁽⁶⁴²⁾. In quest'ottica, è possibile apprezzare tale norma in funzione di riequilibrio della relazione giuridica tra paziente e sanitario. Peraltro, la preoccupazione che il paziente sia indotto ad accettare proposte inique per il solo timore delle possibili conseguenze negative del suo rifiuto, è attenuata dalla presenza necessaria dell'avvocato richiesta dalla riforma del 2013, ma anche dalla maggiore responsabilizzazione del mediatore che, come vedremo, caratterizza questo genere di controversie.

Sul fronte della selezione del conciliatore, è assolutamente necessario l'intervento di un mediatore dotato di competenze giuridiche e tecnico-scientifiche. Come già rilevato, tale condizione è richiesta sia in ambito endoprocessuale, dove il consulente tecnico-conciliatore deve possedere adeguate competenze medico-legali, ma è altresì importante in ambito extraprocessuale. E' noto come la legge non imponga particolari criteri di selezione dei mediatori, o quantomeno non richieda una preparazione giuridica. Tale lacuna può e deve essere colmata dai singoli organismi di mediazione⁽⁶⁴³⁾ e, come vedremo, costituisce uno dei principali argomenti per la scelta di uno

⁽⁶⁴⁰⁾ LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, cit., § 7, evidenzia che il 1° comma trova una scarsa applicazione, a differenza del 2°, proprio perché di norma il mediatore non è in condizione di formulare proposte esattamente sovrapponibili alla sentenza.

⁽⁶⁴¹⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, p. 463.

⁽⁶⁴²⁾ Tale circostanza è quasi certa nel caso di lesioni micro-permanenti, la cui liquidazione avviene sulla base dei rigidi criteri dell'art. 138 C.a.p., mentre solo probabile per le macro, che vengono liquidate in base alle più flessibili tabelle milanesi.

⁽⁶⁴³⁾ Significativo è il protocollo organizzativo del dell'organismo istituito presso il consiglio dell'Ordine degli avvocati di Firenze, che ha previsto l'istituzione di una sezione specializzata sanitaria con appositi albi di mediatori

schema di conciliazione affidato ad un organo specializzato, possibilmente collegiale, e avente natura pubblicistica⁽⁶⁴⁴⁾. La presenza di un mediatore non giurista, infatti, pur non precludendo in assoluto la realizzazione di mediazioni di tipo normativo, dovrebbe imporre l'intervento di ulteriori condizioni, come la presenza necessaria degli avvocati e l'intervento preventivo o successivo di un altro soggetto, ad esempio in veste di co-mediatore, che valuti il quadro giuridico informandone le parti, ed eventualmente definisca *ex ante* o controlli *ex post* il contenuto dell'accordo.

3. La disponibilità del diritto come limite generale degli *a.d.r. methods* e in particolare della mediazione.

Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie sono accomunati dal limite oggettivo della disponibilità dei diritti su cui verte la controversia⁽⁶⁴⁵⁾, ai sensi sia della normativa europea che di quella nazionale, ossia quei diritti di cui il titolare può disfarsi, trasferendoli ad altri o rinunziandovi. Non vi è una nozione unitaria e condivisa di diritti indisponibili, ma una possibile lettura è quella che li assimila ai diritti irrinunciabili, cui appartengono i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 cost. e i c.d. diritti personalissimi⁽⁶⁴⁶⁾. Dal punto di vista pratico, un sicuro indice di indisponibilità del diritto è costituito dall'intervento necessario del Pubblico Ministero nella relativa controversia, ex art. 70 c.p.c. Tuttavia, le controversie in cui è parte necessaria il P.M. non esauriscono il novero delle controversie relative a diritti indisponibili, ma ne costituiscono soltanto una *species* del più ampio *genus*⁽⁶⁴⁷⁾. La disponibilità del diritto va osservata anche da un punto di vista soggettivo, ed in questa prospettiva rileva la nozione evocata dall'art. 1966 c.c. nell'ambito della transazione, che attiene alla legittimazione a disporre del diritto controverso. Tuttavia, si è autorevolmente sostenuto che la conciliazione ha uno spazio più ampio della transazione, e che quindi può essere utilizzata anche per risolvere controversie vertenti su diritti non transigibili⁽⁶⁴⁸⁾. L'individuazione dell'estensione di tale limite delle *a.d.r.*, infatti, implica la circoscrizione del concetto di indisponibilità, considerato che nel nostro ordinamento essa rappresenta un'eccezione alla regola generale della disponibilità. Si tratta di un tema particolarmente delicato, che richiederebbe una premessa teorica molto più sostanziosa per dissipare i dubbi generati dalla sovrapposizione con i concetti di inderogabilità ed imperatività della normativa. Nell'economia del presente discorso, è necessario soltanto chiarire che la nozione di diritto indisponibile non può

altrettanto specializzati, ammettendo una composizione collegiale delle controversie di valore superiore a 25.000 euro, formata da un giurista e da un consulente medico-legale che siano formati anche come mediatori, e prevedendo una composizione monocratica per le liti di valore inferiore ma con la possibilità di chiedere l'ausilio di un altro mediatore in base alla natura delle questioni (in www.conciliazionefirenze.it).

⁽⁶⁴⁴⁾ V. infra capitolo V, dove si evidenzia che sono le regioni gli enti interessati alla predisposizione di servizi di conciliazione, le quali dovrebbero farlo attraverso la creazione di organismi specializzati e indipendenti.

⁽⁶⁴⁵⁾ Parte della dottrina ritiene che tale aspetto accomuni transazione, mediazione e arbitrato, sebbene i confini della questione siano discussi, per le linee essenziali del dibattito si rinvia a VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Napoli, 2006, il quale propende per una risposta affermativa.

⁽⁶⁴⁶⁾ FRANCIOSI, *Indisponibilità (vincoli di)*, in *Enc. Giur., Roma*, 1989, XVI, p. 1.

⁽⁶⁴⁷⁾ GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione giudiziale in materia civile*, Milano, 2010, p. 54.

⁽⁶⁴⁸⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 470 ss. evidenzia come l'inderogabilità della normativa esclude la transigibilità, ma non la possibilità di ricorrere a procedure di conciliazione, come avviene ad esempio nella materia del consumo, pur precisando, con riferimento alla materia laburistica, che gli accordi raggiunti in quelle sedi dovrebbero essere rispettosi della normativa inderogabile; a proposito dell'art. 1966, comma 2°, c.c. v. MOSCARINI-CORBO, voce *Transazione. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, p. 10.

essere sovrapposta ne a quella di norma inderogabile ne a quella di norma imperativa ⁽⁶⁴⁹⁾. Tant'è che, da un lato, il d.lgs. n. 28 del 2010 ha imposto il limite della indisponibilità del diritto, dall'altro ha comunque permesso la mediabilità delle controversie che sono assoggettate a normativa imperativa o inderogabile: in tali casi il diritto è disponibile, ma pure nella disponibilità, la sua disciplina è vincolata all'osservanza di talune regole di legge ⁽⁶⁵⁰⁾. Il legislatore, però, non ha affrontato il problema legato al rapporto tra indisponibilità del diritto ed inderogabilità o imperatività della normativa nel contesto della mediazione, e sebbene non sia questa la sede per approfondire tali nozioni ⁽⁶⁵¹⁾, sono opportune alcune considerazioni che torneranno utili anche all'indagine sulla natura dell'organo di conciliazione e sulle modalità procedurali da questo seguite per favorire l'accordo delle parti, nonché alla verifica dei poteri di controllo da riconoscere al mediatore sul contenuto dell'accordo ⁽⁶⁵²⁾.

La circostanza che la controversia risulti disciplinata da norme imperative, si è detto, non è di ostacolo alla sua sottoponibilità ad un procedimento di mediazione, ma impone solo che il contenuto dell'accordo non contrasti con esse ed impone, altresì, al mediatore di formulare la propria eventuale proposta nel rispetto delle stesse ⁽⁶⁵³⁾. Parzialmente diverso è il discorso con riferimento all'inderogabilità della normativa: l'esigenza alla base della sua predisposizione nasce di regola dalla necessità di correggere, nello svolgimento e nella regolamentazione del rapporto, lo squilibrio tra le posizioni delle parti, tutelando quella più debole ⁽⁶⁵⁴⁾. Il mediatore non è vincolato a tale normativa quando l'accordo può prescindere da essa, al contrario del giudice e dell'arbitro, ma è opportuno che egli ne sia a conoscenza, costituendo un'arma a sua disposizione per gestire con equilibrio il tavolo delle trattative e per riconoscere quale sia il giusto valore da dare alle rinunce a cui una parte può andare incontro. Tale conclusione si pone evidentemente in linea con l'analisi dei modelli effettuata nel paragrafo precedente. La *ratio* del distinguo è in altri termini la conferma della distanza che separa le norme imperative da quelle inderogabili: mentre queste ultime sono poste a presidio di interessi relativi dei singoli e puntano ad assicurare a taluni soggetti una migliore tutela sul piano sostanziale, per la posizione di squilibrio contrattuale in cui versano, le norme imperative (ordine pubblico e buon costume) sono poste nell'interesse generale dell'ordinamento, e quindi sono parte integrante dei principi generali di quest'ultimo ⁽⁶⁵⁵⁾. Certo, la materia dei contratti

⁽⁶⁴⁹⁾ Su questi aspetti v. l'approfondimento di RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indispensabile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 573 ss.

⁽⁶⁵⁰⁾ Sul venire meno di un'incompatibilità assoluta tra diritti indisponibili e conciliazione, con particolare riferimento al rapporto di lavoro v. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2009, I, p. 121 ss.

⁽⁶⁵¹⁾ Sul rapporto con i diritti indisponibili V. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 573 ss.; si rinvia anche agli ampi studi della dottrina giuslavoristica: DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, passim; si v. altresì, di recente, NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano, 2009, p. 246 ss., per un ampio esame del rapporto tra norme inderogabili e diritti indisponibili.

⁽⁶⁵²⁾ La cui importanza è sottolineata da BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., p. 121 ss.

⁽⁶⁵³⁾ L'accordo che si ponesse in contrasto non poteva essere omologato ai sensi della originaria formulazione dell'art. 12, comma 1°, d.lgs. n. 28 del 2010: GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione giudiziale in materia civile*, Milano, 2010, pp. 53-54; come si osserverà in seguito (v. *infra* cap. V) la stessa osservazione risulta valida anche alla luce della nuova formulazione della norma, introdotta dal c.d. decreto del fare, ed anzi a fortiori l'eventualità di un mancato controllo giudiziale ai fini dell'efficacia esecutiva, rende ancora più pregnante il controllo da parte del mediatore; l'osservazione è confermata anche dall'invariato contenuto dell'art. 14, comma 2°, let. c).

⁽⁶⁵⁴⁾ TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 22.

⁽⁶⁵⁵⁾ Così TISCINI, *La mediazione civile commerciale*, cit., p. 23: «Se quindi il mediatore non necessariamente è tenuto all'applicazione della normativa inderogabile- quando l'accordo può prescindere da essa, in quanto destinato a muoversi su soluzioni autonome del conflitto- egli è sicuramente assoggettato (nella conduzione verso l'accordo e ancor più nella

e delle obbligazioni è tipicamente di natura dispositiva, così come quella relativa alla responsabilità, ma quando essa incide su diritti costituzionalmente garantiti, come appunto il diritto alla salute, viene in gioco il concetto di ordine pubblico, in quanto la normativa posta a sua protezione può dirsi posta a tutela di interessi generali ⁽⁶⁵⁶⁾.

Risulta di estrema importanza definire il concetto di norma imperativa per il particolare rilievo che essa assume rispetto al concetto di disponibilità del diritto: la natura generalmente dispositiva delle norme civili, che rivela il potente ruolo dell'autonomia privata nel nostro ordinamento, trova il suo limite, infatti, nelle norme imperative. La contrarietà ad una norma imperativa determina l'illiceità del negozio, perché contrario a una norma cogente le cui prescrizioni sono fondate sulla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume ⁽⁶⁵⁷⁾.

La considerazione della salute come diritto costituzionalmente garantito consente di qualificare le norme poste a sua tutela alla stregua di norme di ordine pubblico ⁽⁶⁵⁸⁾. Quindi, il concetto di indisponibilità riferito alla conciliazione in materia sanitaria assume un ruolo del tutto peculiare, che risente delle peculiari esigenze pubblicistiche coinvolte, legate appunto alla tutela della salute.

Per la prima volta le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 22 luglio 2013, n. 17781 si sono pronunciate su alcuni aspetti fondamentali della disciplina della mediazione civile e commerciale: i principi di diritto che hanno affermato sono, infatti, destinati senz'altro a rafforzare la mediazione, dimostrando come alcune interpretazioni riduttive delle potenzialità dell'istituto sono prive di base giuridica ⁽⁶⁵⁹⁾. Benché la pronuncia riguardi il diritto al termine di ragionevole durata del processo, essa consente di trarre delle interessanti conclusioni anche in materia di diritto alla salute che, ferme le opportune differenze, condivide con il primo la natura di diritto inviolabile. Le Sezioni Unite colgono l'occasione per fare chiarezza su un punto fondamentale in materia di mediazione - ma, in realtà, anche in materia di arbitrato e, in genere, per tutte le soluzioni negoziali delle controversie - sottolineando che altro è il diritto indisponibile costituzionalmente garantito, altro è il diritto di credito, patrimoniale e disponibile conseguente, alla violazione del diritto fondamentale, che è l'unico oggetto della pretesa. D'altronde, diversamente argomentando, sarebbe come affermare che, siccome il diritto alla vita o all'integrità fisica è indisponibile, non sarebbe ammessa la mediazione civile in materia di responsabilità medica in caso di lesioni o morte.

formulazione della proposta) all'osservanza delle norme imperative>>; LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p.11, <<Se l'indisponibilità del diritto costituisce un limite naturale alla risoluzione negoziale delle controversie, non altrettanto accade per la inderogabilità della normativa sostanziale che disciplina il rapporto. La inderogabilità della normativa può costituire un limite al contenuto del contratto: essa riguarda il *quomodo* dell'accordo, mentre l'indisponibilità attiene all'*an*>>.

⁽⁶⁵⁶⁾ TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 23: <<si è osservato come l'inderogabilità della normativa non sia di ostacolo alla soluzione della lite per vie alternative alla giustizia; tuttavia, l'arbitro- non meno che il giudice, anche quando equitativo- non può sottrarsi all'applicazione della normativa inderogabile, la quale vincola chiunque sia stato chiamato a 'decidere' la controversia>>.

⁽⁶⁵⁷⁾ RUSSO, *Norma imperativa*, cit., *passim* e spec. p. 596 ss.

⁽⁶⁵⁸⁾ RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 587 :<<La norma di ordine pubblico viene identificata come tale, attraverso il collegamento (sistematico) con altre norme, di ordine e grado superiore, rinvenibili nel sistema giuridico. Tale collegamento indica che il precetto (cogente) posto dalla legge non è meramente ordinativo, e cioè posto a tutela di un bene relativo, ma costituisce la determinazione particolare di una serie di norme che riguardano la tutela di beni di preminenza assoluta nella comunità giuridica (*principi*). L'identificazione della norma di ordine pubblico avviene attraverso l'argomentazione sistematica, e cioè attraverso la collocazione dell'enunciato legislativo nel sistema giuridico. In un sistema come il nostro, nel quale esiste una Costituzione, questa indica i valori fondamentali da preservare; e questi arricchiscono il contenuto precettivo (cogente) dell'enunciato, e lo fanno considerare di ordine pubblico>>; cfr. PANZA, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 4.

⁽⁶⁵⁹⁾ VALERINI, *Equa riparazione, disponibilità del diritto al risarcimento ed effetti della domanda di mediazione*, in *Dir. e giust.*, 2013, p. 1208.

Tale impostazione si pone in linea con un orientamento risalente in materia di diritto del lavoro, dove l'uso degli strumenti conciliativi ha radici più profonde, e rispetto al quale era già stata posta in luce la forzatura della distinzione tra i diritti della persona, indisponibili, e le pretese economiche che da questi derivano, pienamente disponibili, perché essa separa due aspetti di un'unica e inscindibile realtà⁽⁶⁶⁰⁾. L'artificio giuridico è necessario tuttavia a garantire una coerenza del sistema, perché altrimenti non sarebbe possibile giustificare la plausibile circoscrizione della mediazione alle sole controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, limite che logicamente discende dalla sua natura negoziale, contestualmente alla configurazione del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità in materie in cui vengono in gioco diritti fondamentali della persona. Il contenuto patrimoniale del diritto di credito non consente, per ciò solo, di sottrarlo al potere di disposizione dei privati. Ciò non toglie che, in questo contesto, può cogliersi il reale senso di quegli studi che concepiscono una conciliazione relativa a diritti (parzialmente) indisponibili, ritenendola in ipotesi ammissibile se considerata in funzione, non di mera composizione del conflitto, come la conciliazione ordinaria, ma di prevenzione dello stesso mediante un percorso di spontaneo adeguamento delle parti alle norme imperative di legge⁽⁶⁶¹⁾. Secondo questa visione, i tentativi di conciliazione previsti a livello legislativo in materie in cui vengono in gioco diritti primari e indisponibili⁽⁶⁶²⁾, infatti, dovrebbero essere valutati diversamente dalle semplici transazioni - per cui solo varrebbe il divieto posto dall'art. 1966 c.c.- . In tali casi, infatti, è ravvisabile una diversa funzione della conciliazione, che non sarebbe solo quella di risolvere una controversia, bensì quella di <<convincere le parti a tenere comportamenti conformi alle prescrizioni normative, o più in generale idonei a meglio soddisfare gli interessi in gioco>>⁽⁶⁶³⁾. Tali interessi non sono solo quelli delle parti, ma anche e soprattutto quelli della collettività, che in questa materia paiono assumere un ruolo preponderante, non solo perché la tutela del diritto alla salute presenta una dimensione contemporaneamente individuale e collettiva particolarmente evidente, ma anche con riferimento alla sua stessa sostenibilità finanziaria, che impone di ridurre la dispersione delle risorse in risarcimenti. Come vedremo, infatti, la dimensione della giustizia alternativa si rivela piuttosto utile anche per implementare necessari sistemi di *risk management* finalizzati alla prevenzione di quegli errori umani e disfunzioni organizzative che si sono tradotti in danni alla salute, affinché siano evitati nel futuro.

Questo discorso non vuole confondere o rimettere in discussione monolitiche certezze, né tantomeno complicare la semplicità di una indiscutibile disponibilità dei crediti risarcitori che costituiscono il *petitum* delle controversie in materia di responsabilità medico-sanitaria. Neppure si vuole sostenere che la lesione del diritto alla salute, quale elemento della fattispecie costitutiva del diritto di credito – ossia della *causa petendi* – valga ad imprimere carattere d'indisponibilità all'intera vicenda. Tali argomentazioni sono però funzionali al presente discorso nel limite in cui contribuiscono a confermare l'ipotesi dell'idoneità, nel settore di riferimento, di un modello di

⁽⁶⁶⁰⁾ In materia di lavoro, v. ad es. Cass., 3 aprile 1999, n. 3233, in *Notiz. giurisp. lav.*, 1999, p. 321; sul tema in senso critico v. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2009, I, p. 121 ss.; NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, cit., p. 251 ss.

⁽⁶⁶¹⁾ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 474; LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., p. 1201 ss.

⁽⁶⁶²⁾ Si pensi alle controversie in materia di discriminazioni decreti legislativi nn. 215 e 216, entrambi datati 9 luglio 2003, all'art. 4, comma 2°; BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., p. 127.

⁽⁶⁶³⁾ In questo senso la dottrina favorevole alla conciliazione dei diritti indisponibili: LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., § 4; condivisa da BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., p. 128.

mediazione di carattere c.d. normativo.

3.1 Il mediatore come garante dell'interesse pubblico.

Questo modo di intendere la conciliazione apre un discorso molto delicato sul ruolo del conciliatore e sul rapporto intercorrente tra la sua attività e la validità dell'accordo raggiunto tra le parti ⁽⁶⁶⁴⁾: in aggiunta alla funzione di facilitare il raggiungimento dell'accordo tra le parti, anche attraverso una proposta, alla figura del conciliatore sembra essere attribuito il compito di esercitare un controllo sul merito dell'accordo stesso, e, più in generale, di favorire un accordo che sia rispettoso, non del solo interesse delle parti, ma di quello pubblico che sta alla base del diritto controverso ⁽⁶⁶⁵⁾, che non è indisponibile, ma limitato da esigenze pubblicistiche. Tale controllo, ovviamente, dev'essere tanto più penetrante quanto più alto è il coinvolgimento di interessi pubblici, per tutelare i quali non è sufficiente che sia tutelata la parte più debole. E' necessario un mediatore, dunque, che eserciti un ruolo attivo, ancorchè non decisivo, perseguendo non solo l'obiettivo di trovare un punto di equilibrio tra gli interessi delle parti litiganti, ma piuttosto quello di individuare una soluzione che sia in sintonia con l'interesse della collettività alla salvaguardia di valori fondamentali e, soprattutto, che consenta di impedire accordi che siano in palese contrasto con questi valori ⁽⁶⁶⁶⁾. Infine, il tema dei poteri di controllo del conciliatore in relazione al coinvolgimento di tali interessi di rilievo pubblicistico assume rilevanza, come vedremo, anche rispetto alla disciplina sull'efficacia esecutiva riconosciuta all'accordo.

Uno sviluppo ulteriore di queste considerazioni, che fanno emergere la potenzialità normativa della mediazione, consente di scindere il problema relativo alla conciliabilità da quello del contenuto della conciliazione: il tentativo di conciliazione potrebbe essere effettuato qualunque sia l'oggetto della controversia, ma l'accordo di conciliazione relativo a controversie che coinvolgono indirettamente diritti indisponibili, non potrebbe che recepire la volontà espressa dalle norme poste a loro tutela ⁽⁶⁶⁷⁾.

Il d.lgs. n. 28 del 2010 sembra indicare che il limite dei diritti indisponibili implichi un vero e proprio divieto di ricorrere alla mediazione, alla stregua del limite imposto dall'art. 806 c.p.c. rispetto all'arbitrabilità. Tuttavia, mentre nell'arbitrato l'atto con cui le parti deferiscono al terzo il potere di decidere sui loro diritti coincide con l'atto di disposizione dei diritti stessi ⁶⁶⁸, nella mediazione le parti non si spogliano anticipatamente del potere di definire la lite, delegandolo al

⁽⁶⁶⁴⁾ LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., loc.cit.; BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, cit., p. 227.

⁽⁶⁶⁵⁾ Così BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., p. 121 ss., il quale insieme a Luiso ipotizza accordi conciliativi attuativi di diritti indisponibili delle parti; cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 475.

⁽⁶⁶⁶⁾ Si spinge fino a concepire un'analogia tra la funzione del conciliatore e quella del giudice dell'omologa riguardo agli accordi su diritti indisponibili che, in mancanza, non sarebbero produttivi di effetti. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., p. 121 ss., che comunque fa i necessari distinguo rispetto alla materia laburistica.

⁽⁶⁶⁷⁾ CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 57 ss.; ID., *La conciliazione. Modelli*, cit., p. 475 nota 186, dove precisa che da un lato questo non sarebbe possibile in quei settori in cui è ineliminabile l'intervento del giudice, come nei procedimenti in cui si controverta di questioni di stato e capacità delle persone, ma ipotizza addirittura dei percorsi misti, anche in materia di famiglia, prefigurando dopo la fase di accertamento giudiziale un percorso conciliativo rispetto alle conseguenze patrimoniali.

⁽⁶⁶⁸⁾ Che comunque riguarderebbe l'atto con cui si attribuisce la decisione al terzo, ossia la convenzione d'arbitrato che in sé è un'atto di disposizione, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Comm. C.p.c.*, diretto da Carpi-Taruffo, cit., *sub* art. 806 c.p.c.

mediatore, potendosi posticipare il momento dispositivo anche solo nella fase conclusiva della stipulazione dell'accordo conciliativo ⁽⁶⁶⁹⁾.

Questo discorso si riflette sul sindacato del giudice rispetto al contenuto dell'accordo, perché è evidente che un verbale di conciliazione in contrasto con il limite della disponibilità sarebbe di per sé nullo, diversamente potrebbe ammettersi un sindacato del giudice sul contenuto, confermandone la validità nei limiti in cui esso rispetti e attui i diritti indisponibili delle parti, seppure dati per presupposti. Questo controllo sul merito dell'accordo potrebbe ripristinare una seppur minima garanzia, venuta completamente meno con il riconoscimento di un'efficacia esecutiva totalmente slegata dall'omologa, poiché la riforma del 2013 riconosce efficacia esecutiva all'accordo sulla base del mero potere certificativo degli avvocati, come vedremo meglio in seguito. Tali considerazioni saranno meglio sviluppate, infatti, con riferimento all'analisi del modello di mediazione più adeguato alla materia in esame, sia dal punto di vista della composizione dell'organo di conciliazione – collegiale e con elevate competenze tecnico-scientifiche e giuridiche- nonché delle modalità procedurali che devono essere garantite da questo per propiziare l'accordo delle parti.

4. La dimensione territoriale della risoluzione stragiudiziale dei conflitti in ambito sanitario.

L'*a.d.r. movement* è stato ispirato, fin dalle sue fondamenta ⁽⁶⁷⁰⁾, dall'idea che una diversificazione delle procedure, che tenesse conto della specificità dell'oggetto della controversia, fosse necessaria ad assicurare la possibilità di scegliere lo strumento più adeguato alla materia del contendere. Questa consapevolezza è alla base anche della proliferazione in ambito regionale o provinciale di esperienze di gestione alternativa del contenzioso sanitario, essenzialmente guidate dalla logica della sostenibilità dei costi del servizio pubblico ⁽⁶⁷¹⁾.

Occorre osservare il settore della responsabilità sanitaria anche alla luce del nuovo ruolo assunto dalle regioni nel sistema sanitario nazionale, le quali non solo sono i soggetti cui fanno capo i compiti di organizzazione ed erogazione delle prestazioni sanitarie, ma sono anche le stesse che pagano per l'eventuale risarcimento del danno derivante dalle prestazioni stesse. Tali enti, che prioritariamente sopportano il peso economico del risarcimento hanno, dunque, un duplice interesse a migliorare la qualità dei servizi erogati, sia per adempiere agli obblighi costituzionali di tutela del diritto fondamentale alla salute, sia per contenere i costi ad essi connessi ⁽⁶⁷²⁾. La difficoltà riscontrata dalle aziende sanitarie e dagli ospedali a normalizzare i costi assicurativi ha mosso diverse regioni a cercare modalità più efficienti di gestire il contenzioso tra i pazienti ed il personale. E' evidente, tuttavia, che la soluzione non possa mirare soltanto ad una mera riduzione

⁽⁶⁶⁹⁾ CUOMO ULLOA, *La mediazione*, p. 59, la quale in base a questa considerazione ipotizza una mediazione senza disposizione, ma anche senza accertamento.

⁽⁶⁷⁰⁾ COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, cit., p. 329 ss.

⁽⁶⁷¹⁾ Il consolidarsi delle *a.d.r.* è strettamente legato alla diffusione di logiche economico-finanziarie di gestione del rischio, compreso quello connesso dell'insorgere del contenzioso, progressivamente recepite a partire dagli anni 90, con la riforma del S.s.n. ed in congiunzione con la sua nuova strutturazione sulla base del modello aziendale, v. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, p. 60 ss.; MUZI, *La mediazione nel contenzioso sanitario*, cit., p. 100; PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management?* in *Danno e resp.*, 2003, 428 ss.

⁽⁶⁷²⁾ COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *danno e resp.*, 2010, p. 979; per un'analisi dei possibili significati del diritto alla salute DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, 2007, p. 12 ss.; BENEDETTI, "Malasanità" e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni, in *Danno e resp.*, 2010, p. 675.

dei costi assicurativi, che secondo le logiche del mercato comporterebbe soltanto una riduzione dei rischi coperti ⁽⁶⁷³⁾; al contrario, l'individuazione di un sistema di gestione stragiudiziale del contenzioso promosso e gestito dalle regioni, in quanto direttamente interessate a tutti i livelli, può contribuire a superare la caratteristica conflittualità di tali controversie consentendo alle stesse di adempiere, contemporaneamente, alla propria funzione istituzionale di tutela della salute ed agli obblighi derivanti dai principi che governano l'azione amministrativa, scegliendo, ad esempio, l'organismo di mediazione che comporti minori oneri, nel rispetto del principio di economicità. Non è un caso, cove vedremo meglio in seguito, che diverse regioni abbiano aderito a progetti finalizzati all'instaurazione di un servizio permanente di mediazione in questa materia ancor prima del d.lgs. n. 28 del 2010.

Il difficile rapporto con le compagnie di assicurazione ha, più di recente, indotto alcune regioni a deliberare un sistema di gestione diretta dei sinistri, attraverso la creazione di un fondo, a partecipazione obbligatoria da parte delle strutture sanitarie, che finanzia direttamente gli esborsi a fini risarcitori ⁽⁶⁷⁴⁾.

Il decreto del 2010 ha opportunamente previsto la possibilità di costituire organismi di mediazione anche presso i consigli degli ordini professionali, per le materie riservate alla propria competenza (art. 19) ⁽⁶⁷⁵⁾. Tuttavia l'invito non ha avuto ampio seguito nell'ambito degli Ordini dei medici ⁽⁶⁷⁶⁾, salvo sporadiche iniziative, anche queste anteriori al d.lgs. 28 del 2010, che hanno istituito avanguardistici sistemi conciliativi ⁽⁶⁷⁷⁾.

⁽⁶⁷³⁾ HAZAN-ZORZIT, *op. cit.*, p. 289 ss.

⁽⁶⁷⁴⁾ La regione Toscana con la delibera n. 1203 del 2009 ha optato per l'assunzione diretta del rischio, su questo esempio, che ha portato una riduzione dei costi per l'azienda pari al 30%, l'Emilia Romagna (l. n. 13 del 2012) ha introdotto norme per la copertura dei rischi derivanti da responsabilità civile negli enti del servizio sanitario regionale; di questa tendenza si da conto nel quinto rapporto isdaci, dal quale emerge che a fronte di un incremento modesto delle richieste di risarcimento, la procedura adottata abbia sia aumentato di molto il numero di procedure concluse sia ridotto il contenzioso civile, v. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Toscana nel 2010*, in *www.isdaci.it*, p. 248 ss.; per la situazione in altre regioni v. anche TODARO, *Ombrello Rc, Toscana avanti*, in *il sole 24 ore-sanità*, 2011, p. 40; la regione Veneto nella stessa legge in commento ha previsto la creazione di un fondo regionale per risarcire i danni da responsabilità civile, fino a determinate soglie, entro un anno dall'entrata in vigore della legge stessa (art. 6), il quale, tuttavia, ad oggi non risulta ancora attuato.

⁽⁶⁷⁵⁾ DI ROCCO, *Organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio*, in *La mediazione per la composizione delle controversie commerciali*, a cura di Bove, Padova, 2011, p. 367 ss.; si ricorda che l'art. 16, d. lgs. n. 28 del 2010 specifica che l'iscrizione al registro degli organismi di mediazione è consentita ai soli enti pubblici e privati in grado di offrire determinati *standard* qualitativi di servizio.

⁽⁶⁷⁶⁾ i dati raccolti da isdaci (BONSIGNORE, *La diffusione*, *op. cit.*, p. 22) attestano che nel 2010 l'incremento di tali organismi sia del 2% rispetto al 2009 e che si tratta degli Ordini professionali degli avvocati, commercialisti, ingegneri e notai. In una prospettiva storico evolutiva, le fondamenta di tale tendenza si possono rinvenire, *in nuce*, nella legge relativa alla ricostruzione degli Ordini nelle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse (D.lgs. n. 233 del 1946) v. SOLDATI, *La nuova mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, p. 226 ss.; DE PALMA-QUATTROCOLO, *op. loc. cit.*

⁽⁶⁷⁷⁾ Nel quadro descritto si collocano le esperienze maturate a Roma e Salerno cfr. MARINARO, *Malpractice: nell'attesa di un riordino normativo la conciliazione riduce il rapporto medico paziente*, in *Guida. dir.*, 2010, p. 100 ss., *in primis*, l'iniziativa assunta dall'Ordine dei medici e degli odontoiatri di Roma, dove da alcuni anni è operativo uno sportello di conciliazione allo scopo di accogliere ed esaminare gratuitamente le denunce dei cittadini e di trasmettere le domande di conciliazione presso la camera di conciliazione, istituita presso l'Ordine degli avvocati di Roma, per pervenire a una possibile soluzione nel termine di novanta giorni; si tratta del primo progetto in Italia che ha promosso e attuato la cultura della conciliazione nella responsabilità medica ottenendo la disponibilità di talune primarie compagnie di assicurazioni disposte a intraprendere percorsi alternativi alle tradizionali logiche assicurative. Si segnala, inoltre, l'iniziativa dell'Ordine dei medici e degli odontoiatri di Salerno, il quale ha istituito una camera di conciliazione, che coinvolge tutte le parti del conflitto; v. DI ROCCO, *L'introduzione della mediazione*, *cit.*, p. 817; il primo Organismo è stato istituito dall'Ordine dei medici di Bologna nel 2011; tra le iniziative più recenti si segnala l'Organismo di mediazione "cittadini e salute" istituito presso l'Ordine dei medici di Udine con delibera del 17 settembre 2013 (in *www.omceoudine.it*); vi sono anche varie esperienze fondate su convenzioni tra Ordini dei Medici e Ordini degli

Ciò nonostante, pare che il legislatore nell'ultimo intervento di riordino dell'S.s.n. si sia dimenticato di considerare le esperienze positive registrate a livello locale. Come ampiamente esaminato, il c.d. decreto Balduzzi si occupa dell'argomento all'art. 3: viene istituito un fondo unico, alimentato dalle imprese assicuratrici e dalla contribuzione volontaria dei sanitari, che garantisca la copertura assicurativa per alcune categorie di rischio professionale, individuate da un successivo decreto; si conferma, inoltre, l'obbligo della copertura assicurativa che il sanitario dovrà privatamente stipulare a copertura dei rischi professionali, individuando i criteri guida della futura disciplina dei relativi contratti ⁽⁶⁷⁸⁾.

In sostanza, si introduce un sistema ibrido, pubblico e privato, in disarmonia con le esistenti leggi regionali in materia che hanno scelto di svincolarsi dalle logiche delle compagnie assicurative, senza neppure considerare la mediazione che, invece, come dimostrano le esperienze regionali, sembra un tassello fondamentale perché l'intero meccanismo consenta di raggiungere gli auspicati risultati di efficienza, efficacia ed economicità.

Un aspetto critico delle esperienze locali di meccanismi rivolti alla composizione di controversie riguarda l'eterogeneità dei modelli e la mancanza di coordinamento sul piano nazionale. Le numerose modalità di organizzazione e gestione del servizio, nonché la diversa natura degli organi preposti all'esercizio dello stesso, finisce per creare una disparità di trattamento tra i differenti contesti regionali e provinciali, che rischia di produrre un differente livello di tutela del diritto alla salute. Nel capitolo successivo si ricercherà un possibile e necessario coordinamento tra le diverse esperienze locali e le linee guida contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010.

4.1 I modelli di gestione del contenzioso nella prassi locale.

La mediazione rappresenta la forma più significativa ed interessante per la risoluzione delle dispute in campo sanitario, come emerge dalle numerose ed eterogenee esperienze registrate a livello locale. Alcune di esse sono nate spontaneamente, prendendo ad esempio alcune significative esperienze maturate in altri paesi europei ⁽⁶⁷⁹⁾, altre sono maturate in seguito a timidi incoraggiamenti statali, culminati nell'intesa stipulata il 20 marzo 2008 in sede di Conferenza Stato-Regioni relativa alla gestione del rischio clinico e alla sicurezza dei pazienti e delle cure, che proclama l'opportunità di promuovere iniziative «atte a garantire la definizione stragiudiziale delle vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da prestazioni fornite da operatori del Servizio sanitario nazionale, fermo restando il contenimento dell' spese connesse al contenzioso, tenendo conto dei diversi criteri: previsione della non obbligatorietà della conciliazione, quale strumento di composizione stragiudiziale delle controversie, garanzia dell'imparzialità, professionalità, celerità

Avvocati o Camere di commercio: ad esempio v. la convenzione dell'8 giugno 2010 tra l'Ordine degli Avvocati di Milano e l'Ordine Provinciale dei Medici e degli Odontoiatri di Milano.

⁽⁶⁷⁸⁾ V. retro cap. I par. 2.2.

⁽⁶⁷⁹⁾ In particolare su modello delle commissioni camerali sorte spontaneamente presso gli ordini professionali dei medici nell'ordinamento tedesco: v. WINKLER, *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, cit., p. 1045 ss.; la Commissione sulla responsabilità medica istituita dal Ministero della giustizia francese nel 1978, nota come *Commission Mac Aleese*, sulla quale v. INTRONA, *L'epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia e all'estero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 70 ss.; l'esempio francese è proseguito con la l. n. 303 del 2002, che ha creato le Commissioni conciliative ospedaliere e le Commissioni regionali di conciliazione ed indennizzo; la Svezia con il *Patient Injury act*, v. PINCHI, *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*, cit., 596.

delle procedure>> ⁽⁶⁸⁰⁾. L'esame delle eterogenee esperienze nate sulla scorta di queste iniziative porta alla luce due tipologie di modelli:

a) l'uno fa capo ad un'unica commissione conciliativa indipendente, di nomina politica, composta da un magistrato a riposo, un medico legale ed un avvocato esperto in materia, che formuli all'unanimità e per iscritto la sua proposta di conciliazione e la proponga alle parti come contenuto di una transazione stragiudiziale ⁽⁶⁸¹⁾;

b) l'altro, che presenta un'articolazione più capillare, incardina la commissione all'interno della singola struttura sanitaria, con la partecipazione del Difensore Civico, di rappresentanti della regione, delle associazioni di volontariato e dell'Asl interessata, lavorando in sinergia con l'ufficio relazioni con il pubblico, ed in alcuni casi, con la medicina legale, che effettua le valutazioni tecniche, nonché con le strutture interne di gestione del rischio clinico ⁽⁶⁸²⁾.

⁽⁶⁸⁰⁾ Così il punto 6 dell'intesa (in *www.statoregioni.it*), che racchiude i principi di due naufragate iniziative legislative: il d.l. approvato dal consiglio dei Ministri il 20 maggio 2007 e il d.l. presentato al senato l'11 dicembre 2008 (il cui art. 20 riguardava la <<definizione stragiudiziale delle controversie>> v. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Torino, 2009, p. 182 ss.

⁽⁶⁸¹⁾ Questo è il modello seguito dalla legge della regione Veneto n. 15 del 2009, recante norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario (che è stata oggetto di vaglio costituzionale v. *infra* cap. V), che ricalca quello da tempo adottato dalla provincia autonoma di Bolzano (l. n. 7 del 2001 e relativo regolamento di attuazione d.p.p. n. 11 del 2007); quest'ultimo impianto normativo delinea un sistema così strutturato: la commissione conciliativa è competente a trovare un accordo tra paziente e medico nel caso in cui quest'ultimo lamenti un danno causato da un errore nella diagnosi o terapia, ma anche una violazione del cd consenso informato, attraverso l'accertamento dei profili medico-legali e l'eventuale conseguente proposta di un risarcimento al paziente; la stessa decide secondo la legge, salvo che le parti facciano concorde richiesta di decidere secondo equità; il procedimento si svolge in contraddittorio tra paziente, medico e struttura sanitaria, i quali possono depositare una presa di posizione scritta; sono coinvolte nel procedimento anche le compagnie di assicurazione del medico e della struttura sanitaria; la procedura si basa sul consenso delle parti, dunque, se il medico o l'ente non compaiono, il caso viene archiviato; l'iter procedimentale è modulato sulla falsariga del processo, nel quale sono riconosciuti ampi poteri istruttori alla commissione al fine di accertare se il danno sia dipeso da un errore medico. Si tratta di un procedimento gratuito per le parti, anche quando la Commissione conciliativa incarica un consulente tecnico esterno; l'intervento di un legale non è necessariamente previsto, tuttavia non è escluso ed ogni parte sopporta eventualmente le spese del proprio avvocato e del proprio consulente tecnico; in caso di sottoscrizione delle parti la proposta di conciliazione ha il valore di una transazione stragiudiziale ai sensi dell'art. 1965 c.c.; interessanti dati sul funzionamento di questa commissione sono raccolti nei vari rapporti sull'attività suddivisi per anno in *www.provincia.bz.it*; cfr. anche DI ROCCO, *L'introduzione della mediazione*, cit., p. 817; la provincia Autonoma di Bolzano, inoltre, ha istituito anche una "Commissione Mista Conciliativa", diversa dalla "Commissione conciliativa" anzidetta sia per struttura che per funzione (v. delibera giunta n. 3406 del 2007): questa commissione è legata all'Asl e non ha una vera e propria funzione di risoluzione stragiudiziale, ma solo di controllo e miglioramento dell'efficienza del servizio, strutturata come il modello sub b): in definitiva il sistema di Bolzano è il più completo perché attua entrambi i modelli.

⁽⁶⁸²⁾ Il punto di partenza è dato dalla Carta dei servizi pubblici sanitari (d.l. 19 maggio 1995), il cui scopo fu quello di migliorare la tutela del cittadino, dapprima, con la costituzione presso le strutture del Ssn dell'urp, chiamato in prima istanza alla gestione dei reclami, successivamente, attraverso la costituzione di una commissione mista conciliativa, concepita, in origine, con competenza limitata agli aspetti relazionali e organizzativi, progressivamente ampliata all'accertamento della responsabilità professionale; sul tema cfr. FAVALE, *Procedura estesa alla responsabilità medica*, in *Guida dir.*, 2010, p. 84 ss.; ne è nato un sistema diverso da quello proposto dalla legge veneta, ma adottato da varie regioni: la regione Abruzzo (l. 9 maggio 1990, n.65 e delibera n. 648 del 2011), la regione Toscana ha approvato il primo regolamento di pubblica tutela (delibera n. 538 del 1996) in base al quale è stata istituita la prima commissione mista conciliativa (delibera n. 57 del 1997), la regione Emilia Romagna (con il progetto per la gestione extragiudiziale del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie, ex art 12 bis del d.lgs. n. 229 del 1999, ha introdotto un sistema improntato sulla mediazione trasformativa, con l'attivazione di un parallelo progetto di formazione assieme all'associazione *me.dia.re*) v. DI ROCCO, *L'introduzione della mediazione*, cit., p. 817; DE PALMA-QUATTROCOLO, *La mediazione tra medico e paziente: un intervento imparziale sul fenomeno crescente del contenzioso per responsabilità professionale medica*, Modena, 2009, p. 171 ss.; secondo tale schema la legittimazione a presentare osservazioni e reclami all'urp appartiene non solo all'utente, ma è allargata ai parenti e alle associazioni; l'ufficio dopo aver effettuato un'istruttoria, qualora ravvisi profili di responsabilità, trasmette la documentazione all'ufficio affari legali e/o all'ufficio gestione del rischio clinico ed alla commissione conciliativa mista; quest'ultima ha il compito di riesaminare i casi in cui l'utente sia insoddisfatto della definizione del reclamo e di tentare la conciliazione, emettendo un parere di merito

Evidentemente, in seno alla conferenza Stato-Regioni, non si aveva ancora chiara l'intenzione di implementare la conciliazione stragiudiziale attraverso il meccanismo della condizione di procedibilità, come avvenuto a distanza di soli due anni. Così, a queste esperienze si aggiungono quelle, più recenti, offerte dagli Organismi di mediazione riconosciuti ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, sorte spontaneamente o frutto di intese tra regioni e ordini forensi che hanno ad oggetto l'impegno a fornire un servizio di conciliazione specializzato nel settore della sanità, garantendo altresì la promozione di iniziative di formazione specialistica dei mediatori ⁽⁶⁸³⁾.

I proplemi che si pongono a fronte di tali variegate esperienze sono di diversa natura, ma pur nella consapevolezza che la trattazione specifica di ciascuno di essi, per essere attendibile, andrebbe affrontata in relazione ad ogni singola situazione, si ritiene che tale compito trascenda gli interessi e gli scopi del presente lavoro. L'obiettivo, si ricorda, è quello di delineare uno schema di gestione stragiudiziale che cerchi di rispondere alle esigenze concrete ma anche di superare i problemi di coordinamento normativo: si attinge dunque dalle esperienze esistenti nel concreto, per giungere, attraverso un procedimento induttivo, ad individuare uno schema astratto utile a rispondere alle esigenze del settore.

Si vuole chiarire subito che il modello gestito a livello della singola Asl – di cui *sub b*) – non è capace di rispondere interamente alle esigenze emerse, in primo luogo perché appare evidente il deficit di imparzialità di un meccanismo conciliativo sostanzialmente gestito da articolazioni organiche interne all'ente coinvolto nella controversia. Inoltre, perplessità sorgono anche dal punto di vista della tecnica di mediazione in concreto praticabile: si tratta di tecniche facilitative o trasformative, che presentano un'indubbia efficacia e utilità in quei casi in cui la dimensione relazionale del conflitto è più ingombrante delle pretese economiche delle parti, perché l'errore o l'evento avverso si innesta in una relazione di fiducia tradita. Si è appurato che la maggioranza dei reclami e delle richieste di risarcimento danni nei confronti della struttura sanitaria traggono origine da un difetto di comunicazione ⁽⁶⁸⁴⁾, per questo il servizio di mediazione interno alle strutture aziendali rappresenta una favorevole occasione per fare incontrare il medico e il paziente, per consentire agli stessi di chiarire i fraintendimenti, di elaborare la rabbia e le paure che sottendono il conflitto ⁽⁶⁸⁵⁾. Un'ulteriore aspetto positivo dei percorsi di ascolto e conciliazione a livello aziendale è quello di favorire l'implementazione di efficaci sistemi di *risk management*, ossia di individuare gli errori e le carenze emerse per adottare eventuali soluzioni preventive. Tuttavia, questo genere di servizio non preclude il necessario avvio di un tentativo di mediazione obbligatorio nel caso in cui il paziente resti insoddisfatto, risultato alquanto possibile soprattutto nei casi di lesioni gravi, considerato che esse non vertono di regola sugli aspetti tecnico-professionali ⁽⁶⁸⁶⁾. Questo genere di

che sarà trasmesso al direttore generale, il quale potrà discostarsene con motivazione scritta, non dando seguito al risarcimento.

⁽⁶⁸³⁾ L'esempio più significativo è il protocollo d'intesa tra l'Unione Lombarda degli Ordini Forensi e la Regione Lombardia del 4 novembre 2011.

⁽⁶⁸⁴⁾ DE PALMA-QUATTROCOLO, *La mediazione tra medico e paziente*, cit., p. 171 ss.

⁽⁶⁸⁵⁾ Sui caratteri del conflitto medico-paziente: FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in *Contratti*, 2011, p. 425; tra i vantaggi che un siffatto sistema di risoluzione delle controversie presenta, infatti, è ormai consueto sottolineare la sua attitudine ad una possibile maggiore ampiezza di contenuti rispetto alle soluzioni eteronome CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta "aggiudicativa" del mediatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 487 ss.; CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, 437; ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, in *Resp. Civ.*, 11, 2012, p. 739.

⁽⁶⁸⁶⁾ O meglio, non esaminano la situazione tecnico-professionale da un punto di vista obiettivo, perché l'istruttoria è compiuta dal servizio interno di medicina legale; quindi, tali procedure rischiano di rivelarsi inefficaci proprio nei casi

procedure interne al servizio possono essere propedeutiche ad una transazione e conciliazione nel momento in cui si svolgano in tempi ristretti e garantiscano comunque la partecipazione delle strutture sanitarie (e delle loro assicurazioni) alla mediazione amministrata ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010. E' noto, infatti, che una delle principali cause dell'esito infruttuoso della mediazione in questo settore è rappresentata dalla mancata partecipazione di tutti i soggetti interessati ⁽⁶⁸⁷⁾.

In definitiva, i modelli esaminati *sub a)* e *b)*, non si escludono reciprocamente, ma si completano e consentono di garantire un sistema di gestione stragiudiziale del contenzioso efficace e garantistico al contempo. E' necessario, dunque, preoccuparsi del coordinamento tra il livello ospedaliero e quello regionale, anche attraverso la costituzione di un'organo conciliativo che operi in corrispondenza con la competenza territoriale degli organi giurisdizionali, con elevate competenze tecniche e specialistiche, e che offra la garanzia di un percorso esterno rispetto all'Asl implicata.

più gravi e complessi, si pensi agli errori commessi nel corso di complessi interventi in equipe che hanno provocato gravi e irreparabili lesioni: ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, cit., p. 745.

⁽⁶⁸⁷⁾ COMANDÈ, *La mediazione in responsabilità sanitaria: dal <<pacco avvelenato>> alla <<giustizia alta>>*, cit., passim.; v. anche il sesto e il settimo rapporto Isdaci sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, in www.isdaci.it.

CAPITOLO V

La mediazione in sanità: analisi di una proposta.

Nella parte finale del lavoro si è scelto di vagliare lo schema individuato come idoneo, in astratto, a rispondere alle esigenze specifiche derivanti dalla materia trattata ⁽⁶⁸⁸⁾, per verificare se, laddove applicato, abbia portato dei risultati soddisfacenti e se, al contempo, si ponga in linea con la normativa nazionale.

Le riflessioni proposte nelle pagine che seguono traggono spunto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di gestione stragiudiziale del contenzioso ⁽⁶⁸⁹⁾ che, ad una lettura globale, consente di approfondire le novità riguardanti l'attuale ruolo della mediazione nel settore della responsabilità medica.

L'ultimo pezzo del *puzzle* assume i contorni di un *pilot scheme* strutturato in modo da garantire una coerenza a livello di sistema giuridico, ma anche una efficienza funzionale alla tutela della salute. E' necessario ricercare, in quest'ultima parte del lavoro, una sintesi tra le diverse prospettive adottate nei capitoli precedenti, incrociando il piano strutturale con quello funzionale, valutandone le modalità di interazione e i fattori di coerenza o di attrito. In altri termini, occorre selezionare, tra la molteplicità di modelli operativi di mediazione stragiudiziale utilizzati nella prassi, quello potenzialmente idoneo a rispondere alle problematiche nell'accesso alla tutela, riscontrate nel primo capitolo, a quelle relative all'accertamento e alla prova della responsabilità, emerse nel secondo e nel terzo; inoltre, occorre domandarsi se siano necessari degli aggiustamenti affinché vengano rispettate le condizioni favorevoli ad una mediazione di tipo normativo, di modo che esso assicuri quella necessaria versatilità rispetto alle peculiarità del singolo caso concreto, assumendo all'occorrenza le sembianze del modello creativo, formativo o attuativo.

Nel presente capitolo saranno affrontate, dunque, le principali questioni teoriche di coordinamento normativo in un'ottica che tenga conto anche delle problematiche della prassi del settore di riferimento. Ogni considerazione sarà, dunque, ponderata alla luce sia del quadro normativo statale che della normativa speciale regionale, nonché della più recente giurisprudenza in materia. Si procederà comparando modelli analoghi, in particolare quello proposto dalla legge della regione Veneto, che, come vedremo, ha superato il vaglio di legittimità costituzionale, anche se non risultano ancora emanati i decreti attuativi, e quello in vigore da alcuni anni nella Provincia Autonoma di Bolzano, cui si è ispirata la stessa legge veneta, che invece ha prodotto degli ottimi risultati. Come evidenziato, ciascuna regione ha compiuto delle scelte autonome e non univoche in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso, lasciando, in alcuni casi, il delicato compito in mano ad organismi già esistenti ⁽⁶⁹⁰⁾.

⁽⁶⁸⁸⁾ V. retro cap. IV, par. 4.1 lett a).

⁽⁶⁸⁹⁾ Corte cost., 14 maggio 2010, n. 178, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2134; BENEDETTI, "Malasanità" e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni, in *Danno e resp.*, 2010, p. 675; Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, cit., per cui v. ampiamente retro cap. I.

⁽⁶⁹⁰⁾ V. retro per le più significative esperienze di Firenze (cap. IV par. 2 nota 645 e 652), Milano e Udine (cap. IV par. 4.1)

Il problema, ad oggi, è dato non solo dalla disomogeneità esistente tra le esperienze di mediazione delle diverse regioni, riscontrabile spesso anche all'interno del medesimo territorio regionale, ma altresì dalla mancanza di un coordinamento rispetto alle linee guida statali contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010. Nonostante, infatti, alcune regioni abbiano scelto un efficace modello di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario, la coerenza del sistema della mediazione sanitaria rischia di essere compromessa dalle incoerenze esistenti tra la normativa statale e quelle regionali, con riferimento alle modalità per raggiungere l'accordo conciliativo, alla sua natura ed efficacia esecutiva, nonché ai costi del procedimento. Si cercherà di dimostrare che alcune di queste incongruenze possono essere superate sul piano interpretativo, sebbene si ritenga certamente opportuno un organico e sistematico intervento normativo⁽⁶⁹¹⁾.

Non minore importanza rivestono alcune questioni, di cui ci si occuperà in finale, scaturenti dalla lacunosità della disciplina nazionale in tema di pluralità di parti del procedimento, nonché con riferimento a competenza, imparzialità e professionalità dei soggetti preposti a gestire la procedura di mediazione, soprattutto se relazionata alle peculiarità della materia in oggetto.

L'istituto della mediazione come condizione di procedibilità si trova ancora in una fase di sperimentazione: il legislatore, non ancora persuaso dell'opportunità di una tale imposizione, ha reintrodotta la condizione per soli quattro anni dalla data della sua entrata in vigore. Al termine dei due anni sarà attivato, su iniziativa del Ministero della giustizia, il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. Questa limitazione temporale rende evidente che l'intento del legislatore è essenzialmente quello di finalizzare la mediazione a scopi deflattivi del carico giurisdizionale. Sebbene si sia già più volte sottolineato l'errore di prospettiva, poiché è il buon funzionamento della giurisdizione che incentiva la mediazione e non viceversa, sembra comunque estremamente opportuno approfittare di tale esperimento per suggerirne una modalità attuativa efficiente ed effettiva: questa, si ritiene, deve necessariamente fare i conti con la specialità della materia.

⁽⁶⁹¹⁾ MARTINI, *Danno alla salute: inopportuna la mediazione priva di raccordo con le singole normative*, Guida dir., 2011, n. 11, 32; BONA, *R.c. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, cit., p. 595 ss.; per una proposta di intervento su base regionale che muova oltre gli schemi tradizionali della responsabilità fino ad abbracciare un sistema compensativo automatico: COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, cit.; in prospettiva comparativa: NOCCO, *Un no-fault plan come risposta alla "crisi" della responsabilità sanitaria? uno sguardo sull'"alternativa francese" a dieci anni dalla sua introduzione*, in Riv. it. med. leg., 2012, p. 449 ss.; la consapevolezza del legislatore di questa esigenza è evidente se si considera che poco tempo dopo l'emanazione della c.d. legge Balduzzi sono state presentate diverse proposte di legge di iniziativa parlamentare sempre in materia di responsabilità sanitaria, solo per citarne alcuni: Camera dei deputati, Proposta di legge n. 259, presentata il 15 marzo 2013, recante *Delega al governo per la modifica della disciplina in materia di responsabilità professionale del personale sanitario e per la riduzione del relativo contenzioso*; Camera dei Deputati, Proposta di legge n. 262, presentata il 15 marzo 2013, recante *Diposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*; Camera dei Deputati, Proposta di legge n. 1312, presentata il 4 luglio 2013, recante *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario nonché di controllo della qualità delle prestazioni e delle cause di decesso nelle strutture sanitarie pubbliche e private*; Camera dei deputati, Proposta di legge n. 1324, presentata l'8 luglio 2013, recante *Diposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*; Camera dei deputati, Proposta di legge n. 1581, presentata il 13 settembre 2013, recante *Norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*; un'elencazione più completa in BREDA, *Responsabilità medica, tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in Contr. e imp., 2014, p. 768; per una disamina dei diversi disegni di legge cfr. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, cit., p. 32 ss.

D'accordo con chi, adottando una prospettiva *de iure condendo*, ritiene di dover trarre occasione da questa delicata fase di transizione tra il vecchio e il nuovo regime per perfezionare l'intero sistema nazionale della mediazione⁽⁶⁹²⁾, mi sembra opportuno verificare se tale istituto possa continuare ad avere, in un futuro prossimo, dei margini di operatività nell'ambito della responsabilità medico-sanitaria, o se, viceversa, permangano insuperabili elementi di incoerenza tra le discipline in questione.

1. Tra volontarietà e obbligatorietà della mediazione: alla ricerca di un coordinamento tra la normativa statale e regionale.

La sentenza con cui la Corte costituzionale⁽⁶⁹³⁾ ha respinto le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Presidente del Consiglio dei Ministri contro la legge della Regione Veneto n. 15 del 31 luglio 2009, recante norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario, ha restituito al Governo un'interpretazione totalmente rivisitata dello schema proposto.

La legge regionale, ispirandosi al modello proficuamente implementato dalla Provincia Autonoma di Bolzano, regola le modalità di composizione stragiudiziale delle controversie insorte in occasione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie (art. 1, comma 1°), istituendo una commissione conciliativa regionale, cui assegna il compito di promuovere la risoluzione stragiudiziale delle controversie che derivano dalla responsabilità civile delle strutture sanitarie pubbliche e di quelle private convenzionate con la regione. Il procedimento conciliativo previsto dalla suddetta legge si ispira ai principi della non obbligatorietà, gratuità, imparzialità, celerità e riservatezza. Inoltre, viene precisata la non vincolatività della decisione della commissione e la natura negoziale, *ex art. 1965 c.c.*, dell'accordo eventualmente stipulato fra le parti⁽⁶⁹⁴⁾.

Tale pronuncia, seppure non più recentissima, suscita notevole interesse sia per l'innovativa lettura degli strumenti conciliativi nell'ambito del sistema sanitario⁽⁶⁹⁵⁾, che per il riconoscimento di un fondamentale ruolo delle regioni in questo settore⁽⁶⁹⁶⁾.

Tutto muove dall'individuazione della materia in cui ricadono le norme impugnate, identificata nella <<tutela della salute>>, che rientra nell'ambito della competenza concorrente Stato-regioni, di cui all'art. 117, comma 3°, cost. In sostanza, la legge viene salvata ricostruendo la connessione tra il servizio pubblico di predisposizione di strumenti *ad hoc* per la gestione stragiudiziale delle controversie e la tutela della salute. Una connessione non immediata da cogliere in tutte le sue sfumature, ed è per questo che il giudice delle leggi si cura di enuclearla con un ragionamento di ampio respiro, che coinvolge profili pubblicistici di diritto costituzionale, amministrativo e

⁽⁶⁹²⁾ Tra i primissimi commentatori post incostituzionalità del tentativo obbligatorio di mediazione ad opera dell' Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, cit.: v. RUSSO, *Mediazione civile – i paralipomeni alla batracomiomachia. Proposte per una nuova conciliazione*, in *www.judicium.it.*; per i commenti successivi al d.l. n. 93 del 2013 v. MORANO CINQUE, *I sistemi adr e la media conciliazione*, in *La nuova mediazione*, Milano 2014, p. 7 ss.

⁽⁶⁹³⁾ Corte cost., 14 maggio 2010, n. 178, cit.

⁽⁶⁹⁴⁾ V. retro cap. IV par. 4.1 nota 691.

⁽⁶⁹⁵⁾ In controtendenza rispetto ai precedenti con cui la Corte ha cancellato leggi regionali che predisponessero strumenti conciliativi *ad hoc* in materia familiare v. Corte. cost., 15 aprile 2010, n. 131, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 31, con nota di FANTETTI.

⁽⁶⁹⁶⁾ Sul tema v. BENEDETTI, <<Malasanità>> e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni, in *Danno e resp.*, 2010, p. 675.

processuale ⁽⁶⁹⁷⁾.

Il succo delle varie argomentazioni è racchiuso nella considerazione che la prevenzione delle controversie, attraverso la predisposizione di servizi volti a facilitare la conciliazione stragiudiziale in materia di danni da responsabilità sanitaria, rientra tra gli strumenti idonei a raggiungere obiettivi di economicità, efficacia e qualità delle prestazioni sanitarie, che devono caratterizzare tutta l'organizzazione posta a tutela della salute dei cittadini. Tali principi trovano il loro referente principe nell'art. 97 cost. che guida l'azione amministrativa, ma si arricchiscono di nuovi contenuti quando il bene oggetto di quell'azione è di rango primario come la salute.

A tale conclusione si giunge attraverso la ricerca della *ratio legis* perseguita dal legislatore regionale e la sua collocazione nel contesto del pesante contenzioso che grava sul servizio sanitario. Le regioni, dunque, non solo possono ma devono regolarla, pur muovendosi sempre nel rispetto della normativa di principio dettata dal legislatore statale, che nel caso di specie è contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 e nel suo regolamento di attuazione, d.m. n. 180 del 2010, comprese le successive modifiche ⁽⁶⁹⁸⁾.

In definitiva, le regioni possono predisporre servizi, come quello previsto dalla legge veneta, nell'ambito delle materie di propria competenza, nel rispetto del limite generale della non obbligatorietà delle procedure e della non vincolatività delle proposte conciliative. Qui si inserisce un altro punto nodale della motivazione, dove la Corte respinge la censura relativa alla violazione dell'art. 117, comma 3°, cost., escludendo la creazione di nuove figure professionali a dispetto della competenza statale in materia. Infatti, la commissione istituita dalla legge regionale è composta da noti profili professionali – un magistrato a riposo, un avvocato e un medico legale – che non acquistano alcuna ulteriore qualificazione per il solo partecipare all'attività conciliativa ⁽⁶⁹⁹⁾. Semmai, la questione consente di rimarcare la disarmonia tra il livello statale e quello regionale, qualora non si consenta a tale commissione di inserirsi tra gli organismi abilitati a svolgere il procedimento di mediazione, attraverso l'iscrizione nell'apposito registro ⁽⁷⁰⁰⁾, ma tale profilo sarà trattato in séguito.

La logica della decisione è impeccabile e merita di essere condivisa, tuttavia lascia aperto il rilevante profilo del coordinamento tra la normativa nazionale, ritenuta dalla stessa Consulta normativa quadro entro la quale devono inserirsi gli interventi legislativi in materia, e quella regionale, alla luce della reintroduzione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

La Consulta, nel redigere questa sentenza a pochi mesi dall'entrata in vigore del decreto nazionale,

⁽⁶⁹⁷⁾ Si pone, *in primis*, un problema di diritto privato regionale in quanto l'art. 3 della legge veneta definisce l'eventuale esito del procedimento di mediazione quale contratto di transazione; sul punto v. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 597; ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1301; sulla necessità di distinguere le norme regionali che sembrano di diritto privato, ma che ad una più attenta analisi si rivelano di diritto amministrativo o pubblico, BENEDETTI, *op. cit.*, p. 680, il quale evidenzia l'approccio avanguardistico della Corte e innovativo anche rispetto ai precedenti in materia; sulle problematiche prettamente processuali v. BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2346 ss.; SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 146; DI ROCCO, *L'introduzione della mediazione nei settori assicurativo e della responsabilità medica*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 812; v. *infra* n. 7.

⁽⁶⁹⁸⁾ Per una ricognizione della normativa v. ALPA-IZZO, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in *www.judicium.it*; MARINARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in *www.judicium.it*; per ampi riferimenti v. *retro cap.* I par. 1.

⁽⁶⁹⁹⁾ Atteggiamento radicalmente opposto ha invece assunto in relazione alla mediazione familiare, sulla già menzionata Corte. cost., 15 aprile 2010, n. 131; v. PROTO, *Sulla legittimità costituzionale della legge della regione Lazio in tema di mediazione familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 584.

⁽⁷⁰⁰⁾ Sapientemente evidenziato da DI ROCCO, *L'introduzione*, cit., p. 819.

ha mostrato estrema cautela rispetto alla portata della condizione di procedibilità, cautela che sembra averla indotta ad escludere dal suo campo di applicazione tali iniziative regionali. In un inciso della pronuncia, infatti, si legge che proprio l'espressione contenuta nell'art. 2, comma 2°, d.lgs. n. 28 del 2010, di non precludere <<le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali>>, riconosce implicitamente ad altri enti la capacità di regolare la composizione stragiudiziale delle controversie. Tale prudenza si è tradotta, poi, nella decisione di rimuovere l'obbligatorietà dalla legge statale per la sua presunta non corrispondenza con la volontà legislativa. Attualmente, però, come diffusamente esaminato, il contesto normativo è mutato, e non è più possibile ignorare la volontà di ampliare il campo di applicazione della condizione di procedibilità ⁽⁷⁰¹⁾. E' evidente, quindi, che non viene violata nessuna competenza esclusiva Statale se l'Organismo regionale rispetta le coordinate fornite dal legislatore, ma è altrettanto evidente che la stessa logica dell'efficienza spinge in questa direzione.

Occorre, inoltre, tenere presente un altro *input* interpretativo: la circolare ministeriale n. 9 del 2012, che fornisce le linee guida per assicurare l'omogenea attuazione del decreto nazionale da parte della p.a. ⁽⁷⁰²⁾, riconduce nel novero delle controversie da esso disciplinate soltanto quelle che implicino la responsabilità della p.a. per atti di natura non autoritativa, tra i quali sembra pacifico far rientrare quelli attinenti alla presa in carico dei pazienti per l'erogazione delle prestazioni sanitarie ⁽⁷⁰³⁾.

Ciò considerato, è possibile ipotizzare che laddove la regione non abbia predisposto una disciplina *ad hoc* della mediazione nell'ambito del proprio sistema sanitario, si dovrà applicare il decreto nazionale nel rispetto di quelle linee guida, le quali, tuttavia, nulla dicono con specifico riferimento alla materia sanitaria. Emerge, dunque, una prima contraddizione di fondo: il decreto nazionale non sembra da solo in grado di assicurare coerenza ed uniformità al sistema, valorizzando al contempo le peculiarità della materia.

1.1 Il possibile coordinamento tra procedimento di mediazione e le specificità della materia.

Le iniziative legislative settoriali devono trovare un necessario raccordo con le previsioni del d.lgs. n. 28 del 2010, soprattutto ora che l'esperimento del tentativo di mediazione è tornato ad operare quale condizione di procedibilità del processo. Nonostante le contraddizioni, infatti, è la stessa Corte implicitamente a chiederlo quando, legittimandole, afferma l'ineliminabile ruolo dello Stato quale legislatore di principio, allo scopo di assicurare la coerenza e l'unitarietà della disciplina.

Da quanto emerso nella prima parte della tesi, nel genere di controversie che ci occupa viene in rilievo, in successione logica, un duplice accertamento: il primo è quello che attiene al titolo dell'obbligazione risarcitoria, cioè la sussistenza della responsabilità medica (errore di diagnosi, cura, ecc., ma anche il nesso causale che lo lega al danno), il secondo è quello che attiene all'esistenza e all'ammontare delle conseguenze risarcibili.

E' necessario, pertanto, distinguere varie ipotesi prospettabili in concreto:

a) le parti raggiungono un accordo amichevole su entrambi i fronti (sono i casi piuttosto rari in cui

⁽⁷⁰¹⁾ Che è stato addirittura testualmente esteso rispetto alla materia che ci occupa, v. retro cap. 1 par. 1.1.

⁽⁷⁰²⁾ La circolare n. 9 del 2012 (in www.funzionepubblica.gov.it) è rivolta a tutte le pubbliche amministrazioni individuate dall'art. 1, comma 2°, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁽⁷⁰³⁾ Il titolo negoziale alla base della responsabilità (v. retro cap. 1 par. 2) consente di affermare pacificamente la natura non provvedimentoale, dunque non autoritativa, del titolo giustificativo della pretesa del paziente nei confronti della p.a., che agisce, appunto, *iure privatorum*.

si riconosce al danneggiato un risarcimento a prescindere dalla verifica dei profili di responsabilità);
b) le parti conciliano sulla base della proposta del mediatore, accordandosi sul *quantum*;
c) le parti non raggiungono alcun accordo.

Ci si limita, per ora, a considerare che nelle prime due ipotesi, *sub a)* e *b)*, l'accordo può assumere le vesti tanto di un contratto di transazione, quanto di una rinuncia o riconoscimento della pretesa, ma anche del negozio di accertamento, rinviando ad un momento successivo l'indagine sulla natura di tale accordo. Occorre, invece, soffermarsi sull'ipotesi *sub b)*, che rappresenta la modalità ordinaria nelle mediazioni in cui sono coinvolte strutture pubbliche o assicurazioni, quando cioè è indispensabile una valutazione oggettiva della sussistenza della responsabilità e del danno.

Dalle leggi regionali si ricava che l'attività della commissione consiste nell'accertamento della responsabilità e nella formulazione di una proposta ⁽⁷⁰⁴⁾. Per il decreto nazionale la proposta è eventuale qualora le parti non raggiungano autonomamente un accordo, mentre è dovuta se le parti ne facciano concorde richiesta ⁽⁷⁰⁵⁾. Inoltre, il d.m. n. 180 del 2010 sembra lasciare un ampio margine di scelta all'Organismo sull'utilizzo della proposta, e più in generale della modalità valutativa ⁽⁷⁰⁶⁾. Sotto questo profilo si rileva, quindi, un possibile coordinamento tra le normative regionali ed il decreto nazionale. Mi sembra di poter affermare, infatti, il carattere tendenzialmente normativo del modello in esame, dal momento che ciò di cui si occupa il mediatore, secondo le leggi regionali, attiene proprio alla fondatezza delle pretese ⁽⁷⁰⁷⁾, che rappresenta un modello di mediazione compreso nell'ambito di operatività del decreto, come ampiamente argomentato. Tale necessaria caratterizzazione del modello regionale si comprende se si tiene conto del fatto che l'esborso risarcitorio deve essere giustificato ai fini della contabilizzazione nel bilancio dell'ente, sia che esso provenga dalla struttura sanitaria che dall'assicurazione.

Una conferma arriva dallo schema esemplare adottato dalla legge della Provincia Autonoma di Bolzano ⁽⁷⁰⁸⁾, dove si disegna un procedimento che consenta alla commissione conciliativa di

⁽⁷⁰⁴⁾ L'art. 2 comma 13° così recita <<13. La Commissione formula per iscritto una proposta di conciliazione e la propone alle parti come contenuto di transazione stragiudiziale>>, l'assenza del regolamento attuativo non consente di affermare con chiarezza se prima della formulazione della proposta esista spazio per una conciliazione pura (cd. facilitativa), tuttavia il fatto che tale legge sia modulata sulla falsa riga di quella bolzanina, che sostanzialmente è bifasica, consente di rilevare la sovrapposizione con lo schema previsto dall'art. 11 del decreto nazionale, v. rapporto attività 2014 in www.provincia.bz.it.

⁽⁷⁰⁵⁾ Sul punto tra i tanti: CAPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in www.judicium.it; VIOTTI, *Le questioni*, cit., p. 1950; PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche, i procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino, 2010, p. 169; GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. cit.*, p. 745; LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., loc. cit.; cfr. retro cap. IV par. 1 e 2.2.

⁽⁷⁰⁶⁾ Sebbene il meccanismo del primo incontro introdotto dalla riforma del 2013 abbia di fatto eliminato la possibilità della c.d. proposta contumaciale (CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione.*, cit., p. 311), ritengo che qualora vi sia una volontà delle parti di proseguire, il regolamento dell'organismo abbia ampio margine di libertà nella modulazione del procedimento.

⁽⁷⁰⁷⁾ Il danneggiato tenterà di provare il danno subito a causa dell'inadempienza del sanitario, spesso depositando una perizia medico-legale, il danneggiante, ente o persona fisica, si adopererà per dimostrare la non imputabilità alla propria attività di quel danno e/o la sua scarsa rilevanza; cosicché il mediatore, se vuole uscire dall'*impasse*, non può certo limitarsi a prendere atto delle rispettive posizioni, ma dovrà effettuare un'indagine circa l'*an* ed il *quantum* della responsabilità per formulare una proposta; per BONA, *La contro-mediazione nella r.c. medica e nella r.c. auto*, Rimini, 2012, pp. 114 e 115, nei casi di responsabilità civile per danni alla persona deve parlarsi di c.d. mediazione aggiudicativa.

⁽⁷⁰⁸⁾ V. art. 21 del regolamento bolzanino (d.p.p. n. 11 del 2007); Si riporta l'eccellente formulazione dell'art. 21 del regolamento bolzanino (d.p.p. n. 11 del 2007) <<All'udienza finale la commissione, previa relazione orale del caso oggetto del procedimento, sottopone alla discussione delle parti la sua proposta scritta di conciliazione. La proposta di conciliazione di cui al comma 1 deve esprimersi in ordine alla sussistenza di una responsabilità medica, all'entità del danno biologico causato, all'eventuale menomazione della capacità lavorativa subita dal o dalla paziente nonché all'eventuale danno morale e esistenziale sofferto da questi come conseguenza del trattamento sanitario. Sulla base di

accertare con decisione unanime, anche avvalendosi di un consulente tecnico esterno specializzato (attraverso un procedimento analogo a quello di una c.t.u.), se il danno alla salute del paziente sia dovuto all'errore medico. Ed in caso positivo, di formulare la proposta indicando anche la somma da liquidare a titolo di risarcimento, in base alla valutazione sommaria della documentazione prodotta, precisando, inoltre, che le parti restano libere di modificarne di comune accordo il contenuto.

In sostanza l'oggetto della mediazione e dell'eventuale giudizio tende ad apparire quasi perfettamente sovrapponibile, e ciò deve essere letto nell'ottica di un'irrinunciabile garanzia di equità e stabilità dell'accordo raggiunto in funzione risarcitoria del danno alla salute, che deve rispettare le norme civilistiche che presidono il riparto della responsabilità⁽⁷⁰⁹⁾.

Si ricorda, comunque, che il mediatore, a differenza del giudice, non è chiamato a pronunciarsi sui fatti di causa, bensì unicamente a verificare la sussistenza dei presupposti per addivenire ad una composizione bonaria della lite ed alla formulazione di una proposta di accordo. E' evidente, poi, che la proposta non sarà redatta come una sorta di sentenza nella quale devono giustificarsi le proprie conclusioni, ma come una <<bozza di accordo>> contenente la definizione degli impegni futuri che graveranno sulle parti in caso di adesione⁽⁷¹⁰⁾. Resta il legittimo dubbio se il mediatore debba seguire un criterio il più vicino possibile a quello che utilizzerà il giudice nell'ambito del processo con riferimento al riparto dell'onere probatorio, senza poter pretendere che il paziente provi la colpa del sanitario e il nesso di causa. In questa sede sembra opportuno tenere presente la regola di giudizio sull'onere della prova principalmente per paventare alle parti lo scenario che si presenterebbe se queste decidessero di non mediare e proseguire nel processo, ma non anche al fine di verificare se sussiste un fondamento delle rispettive pretese e posizioni, perché è evidente che in ambito stragiudiziale il potere inquisitorio nella ricerca della prova è compatibile con l'esito negoziale e non aggiudicativo⁽⁷¹¹⁾. E' evidente, infatti, che ogni parte dovrebbe depositare la

una valutazione sommaria della documentazione prodotta dal o dalla paziente la commissione formula anche una proposta di conciliazione relativamente ai danni patrimoniali derivati dal fatto lesivo. Le parti sono libere di modificare concordemente il contenuto della proposta di conciliazione. Le parti, se ritengono di aderire alla proposta formulata dalla commissione, la sottoscrivono in udienza. In caso di sottoscrizione delle parti la proposta di conciliazione ha il valore di una transazione stragiudiziale ai sensi dell'articolo 1965 del codice civile>>

⁽⁷⁰⁹⁾ Evitando così anche l'eventualità di una impugnativa dell'accordo per contrarietà a norme imperative; già il solo fatto che sia obbligatoria impone che il mediatore debba poter decidere secondo diritto per MORANO CINQUE, *I sistemi adr e la media conciliazione*, cit., p. 33.

⁽⁷¹⁰⁾ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 308, la quale evidenzia gli elementi del decreto che consentono di parlare di proposta fondata su criteri giuridici; il regolamento bolzanino prevede che la commissione decida secondo la legge, salvo che le parti si rimettano all'equità; sembra, dunque, che il mediatore possa seguire un criterio analogo a quello che utilizzerà il giudice nell'ambito del processo; parte della dottrina ha sempre affermato che la proposta debba essere pronunciata secondo diritto: v. DELFINO, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 131 ss.; *contra* BUZIO, *La proposta del mediatore*, in *Manuale*, cit., p. 263 ss., che evidenzia la distinzione tra attività del giudice e del mediatore, ma l'a. deve ammettere che nella mediazione valutativa si avrebbe un caso di giudizio privo di forza vincolante; v. *retro* cap. IV par. 2.1 per la differenza tra accertamento giudiziale e accertamento negoziale.

⁽⁷¹¹⁾ Va considerato, però, che la norma sull'onere della prova trova una logica collocazione nel sistema del c.c., in quanto norma di carattere sostanziale che, come altre norme sulle prove, assumono rilevanza quale strumento per far valere o difendere i propri diritti <<non solo in giudizio, ma fuori e prima di questo>> : cfr. la relazione del Ministro Guardasigilli al Re sul Codice civile del 1942, n. 1065, cpv. 8.9: COMOGLIO, *Comm. c.c.*, a cura di Alpa-Mariconda, Milano, 2013, *sub* art. 2697 c.c., p. 2963 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 18 ss.: al c.p.c. ed alle norme processuali resta, invece, riservata la disciplina tecnica delle modalità e delle forme con cui le prove possono essere acquisite o assunte nel corso del processo, quindi, non può ignorarsi che le norme di diritto sostanziale, precedendo quelle sulla tutela giurisdizionale vera e propria, servono proprio a regolamentare i rapporti tra le parti e rappresentano le regole in base alle quali i conflitti vanno risolti; è evidente comunque che in sede stragiudiziale la norma non assume lo stesso significato che assume nell'ambito del processo, v. *retro* cap II par. 1.

documentazione di cui dispone, compresa auspicabilmente una consulenza tecnica, tuttavia l'organismo deve essere strutturato in modo tale da poter comprendere il significato tecnico di quei documenti ed eventualmente disporre d'ufficio ulteriori accertamenti. Che sia la Commissione conciliativa già dotata di competenze per effettuare valutazioni tecniche, o che questa debba ricorrere ad esperti esterni, perché ad esempio si richiede la valutazione di uno o più specialisti, è sempre contemplata la possibilità di effettuare una valutazione medico-legale. In quest'ottica è comprensibile che lo stesso art. 8, d.lgs. n. 28 del 2010, abbia previsto la possibilità per gli organismi di mediazione di nominare <<uno o più mediatori ausiliari>> nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, prevedendo altresì che il mediatore possa <<avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali>> ⁽⁷¹²⁾. Da un punto di vista teorico, la possibilità di un *sub* procedimento di accertamento tecnico nell'ambito della mediazione, induce ad effettuare un accostamento con la c.d. perizia contrattuale ⁽⁷¹³⁾. In questo contesto, inoltre, valgono le stesse regole che abbiamo esaminato rispetto all'attività di accertamento e valutazione compiuta dal consulente nell'ambito della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi, con la sola differenza che qui l'attività del consulente si svolge totalmente al di fuori del contesto giurisdizionale. Sarà l'Organismo o lo stesso mediatore, dunque, a dover svolgere quel ruolo di garanzia, nella fase di selezione e conferimento dell'incarico, che nel processo spetta al giudice.

In caso di mancato raggiungimento di un accordo (*sub c*), il mediatore deve formare processo verbale con indicazione della proposta, ed il relativo documento, come nel caso di verbale di accordo, dovrà essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certificherà l'autografia della sottoscrizione delle parti oppure la loro impossibilità a sottoscrivere. Ciò è quanto emerge dall'art. 11, comma 4°, del decreto nazionale che dovrà applicarsi anche all'attività della commissione, nel silenzio delle normative regionali. Al riguardo vanno compiute due annotazioni: la prima attiene al fatto che l'evenienza che una o entrambe le parti siano impossibilitate a sottoscrivere l'atto difficilmente potrà verificarsi davanti alla commissione conciliativa. Infatti, paziente, medico ed ente sono parti necessarie del procedimento ed il regolamento bolzanino precisa che <<Il

⁽⁷¹²⁾ Occorre differenziare tra il mediatore ausiliario, che rimane un collaboratore del mediatore e fa parte a tutti gli effetti dell'organismo di conciliazione, e l'esperto che, invece, è equiparabile ad un c.t.u. e non ha funzioni di composizione della lite: sul tema v. GHIGNONE, *La mediazione nella responsabilità medica*, in *La responsabilità*, cit., p. 547 ss.; è plausibile sostenere, dunque, che la presenza di un co-mediatore sia più efficace di un consulente, in quanto solo il primo contribuisce ad aiutare le parti a trovare un accordo utilizzando gli elementi di fatto da lui accertati: v. COLOMBO, *op. cit.*, p.167; l'opportunità dell'accertamento medico-legale è confermata anche da MANIORI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, in *La mediazione*, cit., p. 165 ss.

⁽⁷¹³⁾ Tale istituto non è disciplinato dalla legge e si rinviene in prativa in quattro tipologie di casi in cui si affida ad un terzo l'accertamento: 1) della conformità della prestazione compiuta alla prestazione pattuita, senza alcuna considerazione delle conseguenze giuridiche; 2) nell'ambito di polizze assicurative danni o infortuni, dell'ammontare del danno causato e/o dell'ammontare di un dato comportamento e l'evento dannoso; 3) della violazione di una norma di legge o di contratto; 4) dell'eventuale modifica di situazioni presupposte in un contratto di durata al fine della rinegoziazione; la classificazione è di BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, p. 1 ss.; cfr. MANIORI, *La mediazione nell'assicurazione, nella responsabilità medica e nella RCA*, in *La mediazione*, cit., p. 162 ss., che esamina le ipotesi di successione tra mediazione obbligatoria e perizia contrattuale tutte le volte in cui questa è inserita nel contratto di assicurazione; ID, *L'accertamento tecnico nella mediazione e dintorni (perizia contrattuale e consulenza tecnica preventiva in funzione conciliativa)*, in *Ass.*, 2011, 1, p. 53 ss., anche per le diverse tesi sulla natura giuridica; Trib. Piacenza, (ord.) 29 ottobre 2010: la perizia contrattuale si differenzia dall'arbitrato irrituale solo per l'oggetto del contrasto che le parti intendono risolvere, in quanto viene negoziabilmente conferita ad un terzo, scelto per la particolare competenza tecnica, non già la composizione di contestazioni insorte o che possono insorgere in ordine al rapporto giuridico, bensì la formulazione di un apprezzamento tecnico, che le parti si impegnano ad accettare come espressione della loro determinazione volitiva. In entrambi i casi, peraltro, l'inquadramento va effettuato nell'ambito del mandato finalizzato a risolvere una lite su basi conciliative-transattive e creando un nuovo assetto di interessi, e la differenza tra le due figure non incide sul regime impugnatorio delle decisioni dell'arbitro o del perito tecnico>>.

procedimento viene archiviato se alla prima udienza di comparizione una delle parti necessarie non compare>> ⁽⁷¹⁴⁾. In secondo luogo, quanto al contenuto del suddetto verbale negativo, sembra possibile che esso dia atto delle posizioni assunte dalle parti con riferimento all'esito negativo della lite, in quanto ciò può assumere una specifica valenza come risvolto processuale del contegno delle parti in sede di mediazione, ai sensi degli artt. 8, comma 4° *bis*, e 13.

1.2 Alcune considerazioni critiche sui limiti del mediatore valutativo.

Un argomento di riflessione riguarda la possibilità di una successione di approcci – facilitativo e valutativo – nell'ambito del medesimo procedimento davanti alla Commissione conciliativa. Il problema attiene all'opportunità che vengano a concentrarsi in capo ai medesimi soggetti, nell'ambito della medesima procedura, ruoli facilitativi e ruoli valutativi o aggiudicativi.

L'approccio facilitativo, infatti, presuppone la trasparenza e confidenzialità tra parti e mediatore, che normalmente viene ricercata attraverso una sapiente conduzione delle sedute separate, nel corso delle quali la parte potrà rivelare, sotto il vincolo della riservatezza, informazioni e circostanze di cui solo il mediatore può tenere conto nel promuovere l'accordo (*ex art. 9 d.lgs. 28 del 2010*). Tale attività può assumere un'importanza fondamentale per raggiungere un accordo, specie in quei casi in cui si lamenta la violazione del consenso informato, nei quali potrebbe non essere necessario un accertamento medico-legale o l'elaborazione di proposte formali. Tuttavia, la possibilità che il mediatore assuma il ruolo di valutatore, in caso di mancato raggiungimento di un accordo, provocherebbe inevitabilmente una “chiusura” delle parti, soprattutto se lo stesso potrà servirsi di quelle informazioni per formulare una proposta suscettibile di produrre gli effetti di cui all'art. 13 d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁷¹⁵⁾.

Il legislatore è consapevole di questo rischio al punto che nel regolamento attuativo del decreto (d.m. n. 180 del 2010) contempla la possibilità che gli Organismi prevedano nel loro regolamento che siano due mediatori-persone fisiche a condurre, rispettivamente, la fase di mediazione facilitativa ed a formulare la successiva proposta ⁽⁷¹⁶⁾. Questa modalità procedimentale diversificata appare, però, piuttosto farraginoso laddove si dovesse prevedere sempre e comunque una successione di mediatori, a prescindere dalle esigenze del caso.

Una soluzione dovrebbe essere ricercata in corrispondenza dell'inserimento del nuovo incontro preliminare nella procedura della Commissione, non espressamente contemplato dalle leggi regionali antecedenti la normativa nazionale. Allora, se si ritiene che il primo incontro sia già parte della mediazione, durante lo stesso potrebbe essere effettuata la valutazione della modalità più idonea ad affrontare la specifica controversia, proprio in concomitanza, cioè, con la verifica della volontà delle parti di proseguire nella mediazione. Tale volontà, si ritiene, deve comprendere anche la possibilità di scegliere la strada da percorrere che, se dovesse essere quella facilitativa, si potrebbe svolgere davanti al medesimo mediatore, mentre qualora si richiedesse un accertamento oggettivo della responsabilità e del danno, si potrebbe rinviare al soggetto, eventualmente

⁽⁷¹⁴⁾ Così gli artt. 19 e 21 d.p.p. n. 11 del 2007; Anche in tal caso si procede ad una lettura coordinata delle due norme perché il regolamento attuativo della legge bolzanina sembra essere l'ovvia conseguenza dei principi contenuti nella legge veneta.

⁽⁷¹⁵⁾ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 302 ss., secondo la quale non a caso il mediatore non potrebbe svolgere in seguito per le stesse parti e la stessa controversia il ruolo di arbitro.

⁽⁷¹⁶⁾ Art. 7, comma 2°, d.m. n. 180 del 2010; ma CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 304, evidenzia come già questa consapevolezza emergesse nella relazione al decreto; ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in Soc., 2010, p. 631.

collegiale, in grado di svolgere le indagini medico legali. Sarebbe opportuno, inoltre, che la possibilità di formulare proposte con potenziali effetti sanzionatori sia subordinata alla volontà delle parti, o che in ogni caso sia ponderata con estrema cura dal mediatore, che potrebbe incorrere in responsabilità.

Il procedimento adottato dalla Commissione di Bolzano, pur richiedendo qualche aggiustamento, si presta già a un possibile adattamento perché presenta una struttura bifasica: nel corso di quella che viene definita come <<prima udienza di comparizione>>, sotto la direzione del Presidente della Commissione, si svolge un <<primo tentativo di conciliazione>>; mentre, soltanto se il primo tentativo fallisce, si <<introduce il procedimento>>, con possibilità di rinviare direttamente ad un'udienza finale in cui viene comunicata la proposta qualora <<il caso oggetto del procedimento sia maturo per la decisione>>. In caso contrario, la commissione stabilisce un rinvio per acquisire ulteriori elementi o affidare l'incarico per l'indagine medico-legale, prima di rinviare all'udienza finale. Sarebbe opportuno, inoltre, il potenziamento dello studio preliminare della documentazione fornita dalle parti nella fase precedente alla prima udienza, in maniera tale da poter orientare più consapevolmente la discussione in prospettiva conciliativa. Ogni fase, comunque, è sempre caratterizzata dalla volontarietà delle parti: pertanto, qualora le parti non attribuiscono l'incarico tecnico alla Commissione per la formulazione della proposta, il procedimento sarà archiviato⁽⁷¹⁷⁾. E' evidente che tale maggior "processualizzazione" allontana questo modello di mediazione da quello c.d. facilitativo puro, tuttavia si ritiene che ciò sia pienamente giustificato dalle esigenze pubblicistiche sottese a tali controversie.

Un'ulteriore punto di attrito del procedimento regionale rispetto al decreto nazionale riguarda il rapporto del principio del contraddittorio con le esigenze legate alla riservatezza. Il procedimento previsto dalla legge veneta si dice ispirato alla riservatezza in ogni sua fase, mentre nel regolamento operativo della Commissione di Bolzano si attribuisce la massima importanza al principio del contraddittorio, che deve essere garantito sia nell'ascolto delle parti che nella fase istruttoria. E' evidente che riconoscere il pieno operare della garanzia del contraddittorio impedirebbe lo svolgimento delle c.d. sessioni separate, che rappresentano, invece, un momento fondamentale per favorire una soluzione negoziale soddisfacente per entrambe le parti, in quanto concretizzano la c.d. riservatezza interna⁽⁷¹⁸⁾. Le regole procedurali, come quella del contraddittorio, assumono un diverso significato nell'ambito della mediazione, perché sono funzionali a favorire la conclusione dell'accordo e non ne condizionano la validità⁽⁷¹⁹⁾. In linea generale, dunque, non avrebbe senso parlare di contraddittorio perché la mancata partecipazione semplicemente impedisce l'accordo, ma

⁽⁷¹⁷⁾ Interessanti considerazioni si leggono nel rapporto sull'attività del 2014 (in www.provincia.bz.it): << Circa nel 15% dei casi una delle parti non ha chiesto alla Commissione conciliativa di valutare il caso. Questo dato è abbastanza incoraggiante, essendo la spia della fiducia che le parti riconoscono alla Commissione conciliativa. Ciò deriva comunque da molti fattori. In alcuni casi la parte istante si rende conto che le sue richieste sono troppo elevate per poter essere accolte rapidamente dall'assicurazione; in altri casi si accorge che sul piano probatorio la sua pretesa presenta delle manchevolezze e preferisce seguire una strategia giudiziaria che favorisce schermaglie dialettiche e formalismi giuridici. Altre volte la parte, non molto sicura del fatto suo, teme una valutazione peritale dei fatti che poi potrebbe essere utilizzata in un futuro giudizio. Sono tutti fattori che impongono alla Commissione un'accurata valutazione iniziale di ogni pratica per evitare di ammettere richieste temerarie, che creano poi ingiustificate aspettative nella parte oppure di disporre consulenze le cui conclusioni non verranno prevedibilmente accettate da una delle parti.>>.

⁽⁷¹⁸⁾ LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 31; NECCHI, in *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Comm. al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di Bandini-Soldati, Milano, 2010, sub art. 9, p. 165 ss.

⁽⁷¹⁹⁾ LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 27; si ricorda che la parte ha un onere di partecipazione ai sensi dell'art. 8, comma 4° bis, d.lgs. n. 28 del 2010, poichè il giudice può valutare la mancata partecipazione ai sensi dell'art. 116 c.p.c., v. retro cap. 1.

non comporta un pregiudizio per la mancata convocazione. D'altro canto, il contraddittorio dovrebbe essere garantito nella fase di valutazione e formulazione della proposta, che è il momento procedimentale in cui l'analisi dovrebbe focalizzarsi non tanto sulle esigenze delle parti, ma sulle questioni di diritto che esse prospettano ⁽⁷²⁰⁾, e le conseguenze sanzionatorie ad essa ricollegate possono arrecare un pregiudizio alla parte. Va rilevato, comunque, che la modalità valutativa non determina di per se una breccia nella riservatezza della procedura, perché non si richiede al mediatore una motivazione espressa della proposta, né la stessa può contenere riferimento alle dichiarazioni rese o informazioni acquisite nel corso del procedimento *ex art. 11 d.lgs. n. 28 del 2010*. Il sapiente dosaggio tra questi due principi è ciò che caratterizza la mediazione sul piano procedurale, dove rileva non tanto il modo in cui si forma il contenuto negoziale, che diventa vincolante solo quando le parti lo hanno approvato, quanto più la possibilità di dividerlo. E' necessario, dunque, che il regolamento dell'Organismo si adegui alle stringenti disposizioni sulla riservatezza previste dagli artt. 9, 10 e 11, considerata anche la portata precettiva dell'art. 3, che prevede l'obbligo per gli organismi di mediazione di stabilire nei rispettivi regolamenti regole idonee a garantire la riservatezza della procedura ⁽⁷²¹⁾. Tale esigenza si ritiene ancor più stringente in una materia in cui vengono in rilievo informazioni sullo stato di salute, che sono considerate dalla legge <<dati sensibili>> ai sensi dell'art. 4, d.lgs n. 196 del 2003.

2. La natura e l'efficacia dell'accordo.

Tra le difficoltà di maggiore rilievo che attengono il coordinamento tra le discipline in questione emergono i profili della natura e dell'efficacia esecutiva dell'accordo conciliativo.

Nell'ambito della disciplina generale della mediazione, specificatamente nell'art. 12, d.lgs. n. 28 del 2010, il legislatore aveva previsto un unico specifico strumento per consentire al verbale di conciliazione ⁽⁷²²⁾ di acquistare efficacia esecutiva. E' l'omologa del tribunale territorialmente competente che produce il titolo esecutivo necessario per procedere all'esecuzione forzata, all'esecuzione in forma specifica ed all'iscrizione di ipoteca giudiziale. Con la riforma del 2013 si modifica la disposizione ammettendo la possibilità di procedere alla iscrizione di ipoteca giudiziale sulla base di un titolo non giudiziale sottoscritto dagli avvocati, i quali provvederanno altresì ad attestare e certificare la conformità dello stesso alle norme imperative e all'ordine pubblico ⁽⁷²³⁾,

⁽⁷²⁰⁾ DE VENTURA, *Iter procedimentale*, in *La nuova mediazione*, cit., p. 421.

⁽⁷²¹⁾ V. sul tema BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 312 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea*, cit., p. 667; BULGHERONI, *Le mediazioni valutative e la proposta del mediatore nella normativa italiana del d.lgs. n. 28 del 2010*, in *La mediazione*, cit., p. 107 ss., spec. 128 ss.

⁽⁷²²⁾ Per la distinzione documentale o sostanziale tra processo verbale e accordo raggiunto in sede di mediazione si rinvia a BUZIO-LEO, *Il processo verbale e la certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni*, in *Manuale*, cit., p. 310 ss.; CAPONI, *Un nuovo titolo esecutivo*, cit., loc. cit.

⁽⁷²³⁾ Previsione alquanto singolare se si tiene conto dell'art. 2818 c.c.; sul principio di tassatività dei provvedimenti idonei all'iscrizione di ipoteca giudiziale v. Cass., 20 novembre 1991, n. 12428, in *Nuova giur. civ.*, 1992, p. 231; sulla tassatività dei titoli esecutivi v. CAPONI, *Un nuovo titolo esecutivo*, cit., loc. cit., che già con riferimento all'omologazione dell'accordo poneva in luce l'assoluta singolarità di un <<titolo di formazione convenzionale stragiudiziale che, quanto all'efficacia, sposa appieno il regime di quello giudiziale>>; oggi questa anomalia non può più essere considerata tale perché è stata confermata anche per la nuova procedura di negoziazione assistita dall'avvocato di cui al d.l. n. 132 del 2014, v. FABIANI, *Iscrizione di ipoteca giudiziale e conciliazione della controversia*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 39; sull'ipotesi ormai residuale dell'omologa v. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 350 ss.

attribuendo all'accordo di conciliazione la stessa efficacia esecutiva della sentenza (⁷²⁴).

Nonostante le difficoltà ermeneutiche legate a tale previsione (⁷²⁵), che non possono essere qui approfondite, l'efficacia esecutiva del risultato della mediazione sembra particolarmente opportuna in chiave promozionale dello strumento conciliativo (⁷²⁶). La riforma del 2013, nell'introdurre la novità assoluta di un'efficacia esecutiva "piena" all'accordo negoziale sottoscritto dagli avvocati, favorisce, ai nostri fini, l'armonizzazione con le leggi regionali in commento, che fanno riferimento alla sola natura transattiva dell'accordo finale.

Nell'ottica della massima valorizzazione della volontarietà del procedimento di mediazione, infatti, si prevede che la commissione conciliativa regionale definisca la conciliazione, in caso di accordo fra le parti, con un atto di natura transattiva *ex art.* 1965 c.c. (⁷²⁷), laddove invece il decreto nazionale parla più genericamente di accordo. Emerge con evidenza l'equiparazione del meccanismo di acquisto dell'efficacia esecutiva, poiché in entrambi i casi la sola sottoscrizione degli avvocati consente di conferire all'accordo un'efficacia esecutiva anche maggiore rispetto a quella che possono spiegare le scritture private autenticate e gli atti ricevuti da notaio, ai sensi dell'art. n. 474, comma 2°, nn. 2 e 3, c.p.c. Resta da verificare, quindi, se la transazione rientra tra le tipologie di accordo che possono usufruire di questa eccezionale previsione.

Il distinguo tra transazione e conciliazione (⁷²⁸) viene comunemente ricondotto alla presenza o meno delle reciproche concessioni menzionate dall'art. 1965 c.c., alla presenza o meno di un terzo che guida il procedimento formativo dell'accordo, nonché alla presenza di un procedimento disciplinato da norme giuridiche per risolvere consensualmente una controversia, da un lato, ed al raggiungimento dell'accordo attraverso i normali meccanismi di formazione dei contratti, dall'altro (⁷²⁹). Tali differenze sfumano se si considera che entrambe le normative, pur utilizzando una terminologia diversa, disciplinano un procedimento volto alla conclusione di un accordo. Il fatto che vi sia un procedimento legalmente regolato, infatti, non esclude il contratto di transazione, la

(⁷²⁴) FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 56; su quest'aspetto cfr. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 361 ss., che prima afferma l'equiparazione del verbale di conciliazione (titolo esecutivo) ai titoli giudiziali, poi, però, sostiene che in sede di opposizione di merito «<allorché il titolo esecutivo sia rappresentato da un verbale di conciliazione, il debitore può contestare il diritto di procedere ad esecuzione forzata deducendo sia fatti anteriori che fatti posteriori alla formazione del titolo>>; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 277-278, secondo cui la stabilità in sede esecutiva del titolo stragiudiziale, avente fonte nell'autonomia privata, non si discosta di molto da quella del titolo giudiziale «< In altri termini, il margine dell'opponibilità all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. sotto il profilo dell'ingiustizia del titolo non cambia a seconda che si tratti di titolo giudiziale o stragiudiziale (entrambi con finalità di componimento della lite), né cambia tra lodo e sentenza- da un lato- e accordo conciliativo- dall'altro, in tutti i casi potendosi denunciare in sede esecutiva le sole sopravvenienze. La differenza sta solo nei meccanismi che conducono al risultato: mentre nei primi due verso tale soluzione conduce l'efficacia preclusiva del giudicato (il cui antecedente logico è la regola di conversione di nullità in motivi di impugnazione), nel secondo vale la volontà negoziale di giungere ad un accordo transattivo della lite che toglie valore ad ogni fatto storico ad esso preesistente. Divergenze tra l'uno e gli altri titoli sono evidenti invece circa la denuncia delle relative invalidità.>>».

(⁷²⁵) Si rinvia a CONSOLO, in *Comm. c.p.c.*, diretto da Consolo, 2010, *sub art.* 474, p. 1658, per il dibattito dottrinale sul problema della corretta collocazione del verbale di accordo di conciliazione nel *numerus clausus* dell'art. 474 c.p.c.; sui vari criteri per distinguere i titoli giudiziali da quelli stragiudiziali v. anche SANTAGADA, *La conciliazione*, cit., p. 538; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 268.

(⁷²⁶) La scelta rientra in un intento promozionale della mediazione e va letta come volontà del legislatore di offrire un'efficace alternativa al provvedimento giudiziale; va anche detto che sul punto il decreto nazionale si pone in linea con le indicazioni della dir. Ce. n. 52 del 2008: cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 672.

(⁷²⁷) Art. 3, l. veneta; art. 21, comma 5°, reg. Bolzano.

(⁷²⁸) Intesa in questo caso come accordo, senza rifiutare però l'impostazione prevalente che considera i termini conciliazione e mediazione quali sinonimi; v. la condivisibile prospettiva adottata da CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 5 e 9; v. retro cap IV par. 1.

(⁷²⁹) Cfr. FABIANI, *La mediazione*, in *Manuale*, cit., p. 9; TROISI, *op. cit.*, p. 23 ss.; PEDUTO, *Mediazione, arbitrato e transazione*, in *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 28 ss.

cui struttura è perfettamente compatibile con la conduzione da parte di un terzo dell'*iter* che conduce a quell'accordo⁽⁷³⁰⁾.

Al fine di comprendere il giusto significato delle espressioni utilizzate dalle due normative occorre, infatti, tenere distinti procedimento e accordo, ponendo l'accento su quest'ultimo: mentre il contratto di transazione indica il particolare risultato di un procedimento negoziale, la conciliazione è il generico risultato del procedimento di mediazione svolto da un terzo che può anche assumere la veste di contratto transattivo⁽⁷³¹⁾.

Quanto alla necessaria presenza delle reciproche concessioni⁽⁷³²⁾, limite non presente nella mediazione dove la parte potrebbe anche limitarsi alla mera rinuncia alla lite⁽⁷³³⁾, va rilevato che, pur non essendo richiesta una necessaria equivalenza né un equilibrio tra esse, la loro eventuale insussistenza implica l'esclusione di un accordo transattivo⁽⁷³⁴⁾. Il dato, però, non pare insuperabile in quanto se mancano le reciproche concessioni si potrà, al massimo, configurare un atipico negozio di accertamento e non certo una figura negoziale tipizzata come <<conciliazione>> ed antitetica alla transazione⁽⁷³⁵⁾.

L'art. 77 del c.d Decreto del Fare ha modificato l'art. 420 c.p.c. che fa riferimento alla conciliazione giudiziale, di modo che oggi nell'udienza di discussione della causa il giudice può formulare una proposta transattiva o conciliativa. L'aggiunta del termine <<conciliativa>> ci conferma

⁽⁷³⁰⁾ Cfr. COLANGELI, *La transazione*, Milano, 2012, p. 10.

⁽⁷³¹⁾ FABIANI, *La mediazione*, in *Manuale*, cit., p. 8 ss.; FABIANI-LEO, *L'accordo di conciliazione*, in *Manuale*, cit., p. 294, precisa infatti che il distinguo tra conciliazione e transazione ha un senso solo se il raffronto venga effettuato con la conciliazione nel suo complesso, comprensiva anche del suo *iter* procedimentale, mentre, al contrario, la distinzione sfuma se si intende la conciliazione quale risultato del procedimento, cioè quale semplice accordo; così anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 654, che evidenzia come pur volendo distinguere tra procedimento e accordo, quest'ultimo rientrerebbe nell'ambito degli schemi negoziali tipici, come la transazione, o atipici, come il negozio di accertamento.

⁽⁷³²⁾ In quanto tradizionalmente si ritiene che la transazione sia un contratto a prestazioni corrispettive e oneroso, v. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. c.c.*, diretto da D'Amelio-Finzi, Firenze, 1949, p. 463.

⁽⁷³³⁾ Cfr. TROISI, *op. cit.*, p. 23 ss.; LANCELLOTTI, voce *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, p. 398; PUNZI, *Mediazione*, cit., p. 848.

⁽⁷³⁴⁾ V. COLANGELI, *op. cit.*, pp. 37 ss. e 41, per alcuni riferimenti giurisprudenziali; cfr. BALESTRA, *Della transazione*, in *Comm. c.c.*, diretto da Gabrielli, V, Torino, 2011, p. 687 ss.

⁽⁷³⁵⁾ Per la ricostruzione del dibattito relativo al problema di stabilire se la conciliazione costituisca una figura negoziale a se stante (con una autonoma causa) o solo un modo di componimento della lite che può sfociare in uno o più negozi, tipici o atipici, a seconda che si tratti di modificare (transazione, rinuncia, riconoscimento) o accertare (negozio di accertamento), v. FABIANI-LEO, *L'accordo di conciliazione*, in *Manuale*, cit., p. 287 ss.; per la dottrina più risalente v. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 46 ss.; le reciproche concessioni non costituiscono tanto l'oggetto del contratto di transazione, che è rappresentato dal rapporto preesistente, fonte di contestazione tra le parti, quanto lo strumento che consente di realizzare la funzione del contratto, cioè di estinguere la litigiosità: cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, p. 221 ss., secondo cui le reciproche concessioni sono gli effetti del negozio estintivi della litigiosità; *contra* PALMIERI, *Transazione e rapporti etero determinati*, Milano, 2000, p. 50, secondo cui si tratta di elementi strutturali che non assumono alcun rilievo sotto il profilo degli effetti del negozio; su questa ricostruzione di causa del contratto di transazione v. BALESTRA, *op. cit.*, pp. 686 e 687, il quale precisa anche che alla luce dell'art. 1965, comma 2°, c.c., il contenuto delle concessioni può essere assai ampio; anche la giurisprudenza prevalente è orientata nel senso che l'oggetto della transazione non siano le reciproche concessioni, ma la lite, e che, pertanto, esse debbano essere considerate rispetto alle posizioni assunte nella lite e non in relazione ai diritti effettivamente spettanti alle parti: cfr. Cass., 6 ottobre 1999, n. 11117, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 432; Cass., 14 luglio 1981, n. 4612, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, p. 798; Cass., 9 marzo 1995, n. 2730, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2078. La transazione costituisce dunque solo uno dei possibili sbocchi del componimento della lite all'esito della mediazione, di fatto molto probabile anche per le evidenti analogie sul piano funzionale, potendo venire in rilievo, in assenza delle reciproche concessioni, il negozio di accertamento (SALVATORE, *Della transazione*, in *Comm. c.c.*, diretto da Galgano, Piacenza, 2006, p. 1725 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 101) oppure la rinuncia e il riconoscimento della pretesa (SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 46 ss.; LANCELLOTTI, *op. cit.*, p. 398).

l'ampiezza del risultato della procedura di mediazione, il cui esito può essere del tutto atipico ⁽⁷³⁶⁾. Sembra, dunque, che il legislatore nazionale abbia volutamente adottato una terminologia generica e capace di ricomprendere tutti i possibili contenuti che in concreto quell'accordo può racchiudere; è meno scontato, invece, chiedersi se la scelta del legislatore regionale sia frutto consapevole dell'esigenza di una maggiore specificazione disciplinare derivante dalla materia trattata.

Seguendo la linea interpretativa finora adottata, giusta la valenza di normativa quadro del decreto nazionale, non potrà negarsi anche la sua attitudine a colmare le lacune della normativa speciale. Abbiamo, infatti, verificato come la transazione sia una *species* del *genus* accordo conciliativo di cui all'art. 11 del decreto; per quanto sia insolito riconoscere efficacia esecutiva ad un contratto non autentificato, il fatto che il decreto nazionale la preveda basterebbe ad attribuirgli a tutti quegli accordi raggiunti attraverso procedimenti di mediazione che si ispirano a quella legge e da cui traggono legittimazione ⁽⁷³⁷⁾.

Tale assunto risulterà rafforzato qualora si qualificasse la commissione conciliativa regionale come organismo di mediazione riconosciuto ai sensi del decreto. L'art. 16 del decreto nazionale rivela l'opzione del legislatore statale per una c.d. mediazione amministrata da organismi di mediazione che possiedono i requisiti dettagliati dal regolamento attuativo ⁽⁷³⁸⁾, lasciando ampia autonomia regolamentare agli stessi e limitandosi a delineare una cornice entro cui gli enti chiamati a darvi concreta applicazione (che siano gli ordini professionali o le regioni) devono muoversi. Peraltro, si è già evidenziato come sia la stessa Corte costituzionale ad affermare che la legge regionale non introduce alcuna nuova figura professionale, avvalendosi di figure già esistenti.

Sembra possibile, dunque, auspicare l'inserimento delle commissioni istituite dalle leggi regionali nel suddetto registro, affinché la loro attività venga formalmente equiparata a quella di qualsiasi altro organismo di mediazione abilitato ai sensi del decreto ⁽⁷³⁹⁾.

3. Il problema dei costi in sintesi.

La Corte evidenzia anche il problema dei costi, legittimando leggi, come quella veneta, finalizzate al contenimento della spesa sanitaria, e delega alle regioni il compito di trovare le soluzioni.

Tale problema va, infatti, osservato sotto un duplice angolo visuale:

a) da un lato, va considerata la posizione dei pazienti che devono sostenere i costi legati alle indennità dovute all'organismo prescelto, alla redazione della perizia medico legale ed all'eventuale attività posta in essere da un consulente esterno di cui si sia avvalso il mediatore. Vanno conteggiati, inoltre, i costi per l'attività tecnico difensiva dell'avvocato, che oggi è necessaria ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁷⁴⁰⁾.

⁽⁷³⁶⁾ Esso non guarda al solo substrato negoziale, come di regola fa la transazione che tende ad agire sullo stesso tessuto del conflitto, ma agli interessi di cui le parti sono portatrici: BUFFONE, *Processo civile: tutte le novità del "Decreto del fare"*, in *Il civilista*, 2013, p. 17.

⁽⁷³⁷⁾ Naturalmente, le modalità di acquisto di quell'efficacia dovranno essere le stesse previste dall'art. 12, d.lgs. n. 28 del 2010.

⁽⁷³⁸⁾ GALLETTO, *Profili di responsabilità degli organismi di mediazione e dei mediatori*, in *Riv. arbitrato*, 2011, p. 233; il d.m. n. 180 del 2010 è stato da molti criticato per essere eccessivamente blando nei requisiti richiesti per l'accesso alla funzione di mediatore: v. MARINARO, *La designazione*, cit., loc. cit.

⁽⁷³⁹⁾ Non dovrebbero esservi particolari ostacoli alla luce dei criteri previsti dal d.m. 180 del 2010; cfr. MANNA-MASTROIACOVO, *Gli enti di formazione ed i formatori*, in *Manuale*, cit., p. 486 ss.; PORRECA, *Enti di formazione e formatore*, in *www.judicium.it*; non mi risulta però che l'iscrizione di tali commissioni conciliative sia ancora avvenuta.

⁽⁷⁴⁰⁾ Già ritenuta necessaria data la complessità del contenzioso CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di d.lgs. di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 l. n. 69/2009*, in *www.ilcaso.it*.

b) Dall'altro lato, si deve tenere conto del costo che grava sulla p.a., legato sia alla partecipazione al procedimento di mediazione, che ai costi per la responsabilità professionale.

A livello nazionale, attualmente, l'alleggerimento di tali oneri si gioca principalmente sugli sgravi fiscali concepiti, evidentemente, con l'intento di favorire i meccanismi conciliativi ⁽⁷⁴¹⁾. L'incostituzionalità della c.d. mediazione obbligatoria aveva risolto i dubbi di legittimità del decreto ⁽⁷⁴²⁾, ma aveva comportato anche il venir meno dell'agevolazione prevista dall'art. 16, comma 4°, lett. d, d.m. n. 180 del 2010 e dell'esenzione per i soggetti che si trovano nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio ⁽⁷⁴³⁾, restando soltanto possibile per gli organismi privati derogare agli importi previsti dalla tabella, ex art. 16, comma 13°, del regolamento.

La riforma del 2013 porta un vento di novità anche su questo tema, reintroducendo le agevolazioni e rendendo (quasi) gratuita la partecipazione obbligatoria all'incontro iniziale davanti al mediatore, sufficiente a soddisfare la condizione di procedibilità ⁽⁷⁴⁴⁾.

Le leggi regionali parlano, invece, di gratuità della mediazione in altro senso: tutti i costi vengono imputati al bilancio della regione, eccetto, ovviamente, le spese per la difesa o per la consulenza tecnica di parte che restano a carico delle parti stesse. Per capire come ciò sia possibile, basta riferirsi alla più volte menzionata normativa di Bolzano che prevede un sistema, già operativo da alcuni anni, secondo cui il procedimento è gratuito per le parti, anche quando la commissione incarica un consulente tecnico esterno, con due eccezioni: restano a carico della parte sia le spese per la difesa e per la consulenza tecnica, che quelle relative al consulente esterno di cui si sia avvalsa la commissione qualora la parte decida, per qualsiasi ragione, di non proseguire il procedimento davanti alla commissione.

Sembra interessante, in una politica di contenimento dei costi, considerare il criterio di preferenza della nomina di un co-mediatore, rispetto a quella residuale del consulente esterno, proposto dall'art. 5, comma 10°, della Proposta di Regolamento unitario redatta dalla Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione istituita presso il C.N.F.⁽⁷⁴⁵⁾ Ai sensi di tale proposta <<Solo in casi particolari ovvero ove non sia possibile nominare uno o più mediatori ausiliari o la controversia lo renda assolutamente necessario, il mediatore può provvedere all'individuazione, per il tramite della Segreteria, di un esperto iscritto nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali. La nomina è subordinata all'impegno sottoscritto da almeno una delle parti a sostenerne gli oneri secondo i compensi previsti dall'ODM, da eventuali norme di legge o dalle tariffe professionali. All'esperto si applicano le disposizioni del presente regolamento che riguardano i casi di incompatibilità e l'imparzialità del mediatore, nonché le regole di riservatezza.>>.

⁽⁷⁴¹⁾ Legati ad esenzioni di bollo e di registro ed al credito d'imposta per i compensi pagati ai mediatori; v. GIANNONE, *Agevolazioni fiscali*, in *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 175 ss.

⁽⁷⁴²⁾ Sull'incostituzionalità di una mediazione obbligatoria a pagamento v. SCARSELLI, *Trilogia (in senso proprio, ovvero tre tragedie) sulla giustizia civile*, in www.judicium.it; CAPONI, *La mediazione*, cit., p. 6 ss.; contra ARMONE-PORRECA, *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 205.

⁽⁷⁴³⁾ Tale norma prevedeva la riduzione di un terzo dell'indennità per i casi di mediazione obbligatoria; per la conseguente abrogazione dell'art. 17, comma 5°, d.lgs. n. 28 del 2010.

⁽⁷⁴⁴⁾ Art. 17 comma 5° ter, d.lgs. n. 28 del 2010, chiarisce che <<nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione>>, mentre ai sensi dell'art. 16 d.m. n. 180 del 2010 <<per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40,00 per le liti di valore fino a 250.000 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate, che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento, l'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo.>>.

⁽⁷⁴⁵⁾ <<Proposta di Regolamento Unitario per gli Organismi di mediazione costituiti dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati>>, in www.consiglionazionaleforense.it, cit.

Il sistema così congegnato si armonizza perfettamente con le nuove disposizioni del decreto e mi sembra in grado di far fronte alle esigenze della parte privata e di quella pubblica, garantendo al contempo un corretto equilibrio tra i costi e gli incentivi alla mediazione. Occorre, comunque, attendere i dati relativi ai nuovi sistemi regionali di auto-assicurazione per verificare il loro impatto sul piano del contenimento dei costi assicurativi.

4. La mediazione multiparte.

Come emerso nel primo capitolo, è molto probabile che - nonostante non ricorra un'ipotesi di litisconsorzio necessario - l'accertamento dell'*an* e del *quantum* del risarcimento sia affrontato in contraddittorio tra una molteplicità di soggetti e ciò si ripercuote necessariamente sulle modalità di svolgimento della mediazione.

Sul punto il decreto nazionale tace, tralasciando di considerare l'eventualità che la mediazione si svolga in contraddittorio tra più soggetti. Neppure la riforma ha colto l'occasione per risolvere una questione che aveva dato luogo a dubbi interpretativi e soluzioni disomogenee già con riferimento all'originaria versione del decreto ⁽⁷⁴⁶⁾.

Sembra corretto ritenere che laddove l'attore intenda coinvolgere una pluralità di soggetti, l'istanza di mediazione dovrà interessare tutti ⁽⁷⁴⁷⁾. E' più complesso, invece, valutare la modalità di svolgimento della mediazione nell'ipotesi in cui uno o più convenuti intendano chiamare in causa un terzo (assicuratore, medico o struttura). La soluzione va ricercata in una prospettiva di semplificazione al fine di evitare che l'imposizione del tentativo si trasformi in un'inutile complicazione sulla via di risoluzione della controversia, a maggior ragione alla luce della riforma del 2013. E' preferibile, infatti, escludere l'esistenza di un obbligo generale di <<rivalutare l'opportunità di mediare>> ai sensi dell'art. 5, comma 2 bis, in caso di successivo allargamento della controversia a terzi. Piuttosto, sembrerebbe opportuno consentire al giudice di imporre il ricorso alla mediazione, ai sensi dell'art. 5 comma 2, qualora ritenga che una nuova mediazione estesa ad altri soggetti possa favorire il raggiungimento di una conciliazione, precedentemente non riuscita tra le parti ⁽⁷⁴⁸⁾.

E' evidente come l'efficacia della mediazione dipenda dal coinvolgimento delle compagnie assicurative ⁽⁷⁴⁹⁾, le quali, potendo manifestare già in quella sede la disponibilità a risarcire il danno subito dal paziente, inevitabilmente assumono un ruolo determinante per l'esito del procedimento

⁽⁷⁴⁶⁾ In dottrina sembrava prevalere la distinzione fondata sul carattere innovativo o non innovativo dell'intervento o della chiamata, secondo cui il tentativo avrebbe dovuto essere esperito in caso di intervento principale e litisconsortile ed escluso nel caso di mero intervento adesivo: DE ANGELIS, in Comm. breve c.p.c., a cura di Crpi-Taruffo, cit., sub art. 410, p. 1366.

⁽⁷⁴⁷⁾ BUFFONE, *Diritto*, cit., p. 2347; tale assunto è ricavato dall'a. attraverso una generalizzazione dei principi enunciati dalla Cassazione in materia di contratti agrari (Cass., 18 gennaio 2006, n. 830, in *Mass. Giur. it.*, 2006, p. 1342), poiché nonostante la diversità della materia sostanziale, è identica la materia processuale.

⁽⁷⁴⁸⁾ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 170; la dottrina aveva già suggerito l'opportunità che il giudice effettuasse la verifica della condizione di procedibilità dopo le verifiche preliminari previste per la prima udienza, in specie quelle degli artt. 102 e 106 c.p.c., disponendo l'eventuale differimento dell'udienza per consentire l'esperimento della mediazione omessa, quando tutte le parti sono state citate regolarmente in giudizio: LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, cit., p. 18; nello stesso senso Trib. Verona, 4 aprile 2012, in www.ilcaso.it.

⁽⁷⁴⁹⁾ Il medico e l'assicuratore non possono autonomamente pervenire ad alcun accordo compositivo della lite, posto che il fatto su cui dovrebbe fondarsi la mediazione (la condanna del medico) non è ancora divenuto attuale, mancando l'accoglimento della domanda del paziente.

(⁷⁵⁰). Altre considerazioni determinanti l'opportunità di una concentrazione nell'ambito dello stesso procedimento di tutte le parti dell'eventuale successivo giudizio sono legate sia al contenimento dei costi, per evitare la vanificazione delle spese di difesa e consulenza (⁷⁵¹), che ad esigenze deflative, in quanto il sanitario convenuto dovrebbe altrimenti esperire un giudizio nei confronti dell'assicuratore che si rifiuti di manlevarlo.

Secondo una certa ricostruzione l'esigenza di ottimizzare le possibilità di successo della mediazione, mirando al contempo ad un'economia di spesa, giustificherebbe l'applicazione di un facsimile dell'istituto processuale della chiamata in causa del terzo, consentendo al mediatore di invitare il convenuto ad estendere il contraddittorio alle compagnie assicurative (⁷⁵²). Tale opzione, che ha trovato sbocco anche nella giurisprudenza di merito (⁷⁵³), presenta degli aspetti problematici difficilmente superabili, ponendosi in contrasto con l'essenza stessa della mediazione, strumento non giurisdizionale per definizione, oltre ad essere priva di un fondamento normativo (⁷⁵⁴).

Secondo la normativa regionale le compagnie assicuratrici sono intervenienti facoltativi, a fianco delle parti necessarie (⁷⁵⁵); dunque, il mediatore non ha strumenti per imporre la partecipazione delle assicurazioni, costringendole all'intervento o bloccando il procedimento, ma in caso di loro assenza la mediazione sarà probabilmente destinata all'insuccesso (⁷⁵⁶).

Questa scelta, se da un lato è coerente con la natura non giurisdizionale del procedimento, dall'altro è contraddetta da quelle previsioni che consentono al mediatore di effettuare delle valutazioni giuridiche normalmente riservate al giudice, come quelle relative alla prescrizione o alla litispendenza (⁷⁵⁷).

L'intervento delle assicurazioni nella mediazione può essere, dunque, solo spontaneo, ed in tal caso il coinvolgimento di una pluralità di soggetti, portatori di interessi diversi, rende più complessa l'opera del mediatore, che dovrà condurre una transazione sulla base di risultanze di esami, perizie ed accertamenti. Si è già esaminata la duplice alternativa consentita dall'art. 8, d.lgs. n. 28 del 2010, di nominare un mediatore ausiliario o un esperto esterno. Sul punto un passo ulteriore è compiuto

(⁷⁵⁰) Per un riscontro v. i dati sul funzionamento della commissione di Bolzano, raccolti nei vari rapporti sull'attività suddivisi per anno (in www.provincia.bz.it), v. nota 41; tra questi il rapporto del 2007 riporta dei significativi casi in cui l'assicuratore ha contestato in partenza ogni responsabilità, rifiutandosi di partecipare al procedimento di mediazione. Tale posizione ha, conseguentemente, impedito ai coordinatori amministrativi di partecipare a loro volta, poichè senza copertura assicurativa non potrebbero impegnare l'azienda sanitaria a pagare alcun risarcimento.

(⁷⁵¹) Si è ipotizzato l'utilizzo in mediazione della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi, ex art. 696-bis c.p.c., capace di evitare la rinnovazione con risparmio dei costi: v. BIAVATI, *Conciliazione strutturata*, cit., p. 785 ss.; SERPETTI-FERRARIO-MARIOTTI, *Medicina difensiva: una nuova ipotesi di colpa medica*, in *Med. e dir.*, 2009, p. 54 ss.

(⁷⁵²) V. NELA, *Il procedimento. A) le regole*, in *La mediazione*, cit., p. 289; BUFFONE, *Diritto*, cit., p. 2352, che, pur non affermando espressamente l'applicabilità dell'istituto alla mediazione, considera i riflessi che il processo cumulato ha rispetto alla fase conciliativa; MANIARI, *La mediazione con uno sguardo all'assicurazione*, in *Ass.*, 2010, p. 429; l'assenza di strumenti procedurali idonei a disciplinare ipotesi di riconvenzionali, chiamata di terzo, interventi volontari, ecc. è lamentata, ad esempio, dall'Unione regionale degli ordini degli avvocati del Piemonte e della Valle d'Aosta, in C.N.F., *Il d.lgs. n. 28/2010, la mediazione e l'Avvocatura. Problemi e prospettive. Dossier di documentazione*, Roma, 2010, p. 112.

(⁷⁵³) Trib. Palermo, 11 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2012, p. 343, con nota di PETTA.

(⁷⁵⁴) V. BONA, *La contro-mediazione*, cit., pp. 214-219.

(⁷⁵⁵) V. art. 4 legge veneta e art. 14 legge bolzanina, dove, tra l'altro sono previste delle opportune disposizioni per garantire adeguata rappresentatività delle parti; interessante la norma che sembra l'esatta trasposizione dell'art. 75 c.p.c.

(⁷⁵⁶) V. nota 780; il problema è evidenziato anche da BONA, *La contro-mediazione*, cit., pp. 214-219, il quale osserva che in mancanza di un'azione diretta, qualora il paziente proponga un'istanza di mediazione nei confronti dell'assicurazione, non potrà recuperare le relative spese nell'eventuale successivo giudizio.

(⁷⁵⁷) Anche con riferimento alla disciplina generalista vi era chi già lo sostenesse proprio con riferimento alle controversie di responsabilità medica: CAPUTO- MISTÒ, *Mediazione delle controversie civili e commerciali*, Torino, 2010, p. 197; BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, p. 25; il regolamento di Bolzano, mostrando ancora una volta il suo virtuosismo, lo prevede opportunamente all'art. 18.

dalla normativa locale: l'istruttoria condotta dalla commissione ai fini dell'accertamento, anche quando quest'ultima si avvale di consulenti specialisti, è svolta in contraddittorio di tutte le parti coinvolte, compresa la possibilità per le stesse di interloquire con il consulente tecnico e di presentare osservazioni, memorie, documenti, ecc., consentendo una valutazione congiunta su tutti gli elementi emersi, per pervenire ad una decisione condivisa circa l'accoglimento o meno della richiesta di risarcimento ⁽⁷⁵⁸⁾.

Nel silenzio normativo, appare comunque opportuna la previsione di specifiche modalità di <<integrazione del contraddittorio>> contenuta nei regolamenti di alcuni organismi di mediazione, potendosi altresì condividere la scelta di rimettere alle parti ogni iniziativa in merito all'estensione della mediazione ad altri soggetti. Naturalmente, la regolamentazione deve tenere conto della nuova modalità di svolgimento del primo incontro: si può ipotizzare anche la necessità di rinviare la verifica dell'interesse a proseguire la mediazione ad un nuovo primo incontro in cui siano invitate tutte le parti. Inoltre, non si dovrebbe escludere la possibilità per il mediatore di sollecitare eventuali estensioni soggettive nel corso del primo incontro preliminare, valutando, in collaborazione con le parti, anche le modalità migliori per la prosecuzione del procedimento e per la riuscita della negoziazione ⁽⁷⁵⁹⁾.

Si è già rilevato come in questo genere di controversie il problema riguardi, per ragioni diverse, anche il coinvolgimento dei medici e delle strutture: essi sono portatori di interessi non coincidenti, che vanno assolutamente considerati per comprendere quali elementi normativi siano capaci di stimolare la partecipazione e la disponibilità all'accordo ⁽⁷⁶⁰⁾. L'interesse della struttura sanitaria a partecipare alla procedura deriva, in primo luogo, dalla possibilità di reperire dati necessari ad implementare il sistema per la gestione dei rischi clinici, la cui attivazione presso ogni struttura pubblica e privata è stata imposta a tutte le regioni dall'art. 7 d.d.l. n. 1067 del 2008. La stessa, inoltre, potrebbe essere disposta a negoziare anche in ragione del possibile danno all'immagine legato agli episodi di c.d. malasanità ⁽⁷⁶¹⁾, anche per questo si ribadisce ancora una volta la necessità della garanzia di riservatezza della procedura. D'altro canto, l'eventuale assunzione di un obbligo risarcitorio da parte dell'ospedale lo obbliga ad inviare una segnalazione alla Corte dei Conti, assoggettandolo al rischio di responsabilità erariale. Questo rischio deve essere affrontato, come si è detto, con la garanzia di una mediazione valutativa fondata su di un'indagine oggettiva dei profili di responsabilità; potrebbe però essere contenuto anche attraverso una previsione di esonero da responsabilità per i rappresentanti della p.a. che sottoscrivono accordi di conciliazione, salvi i casi di dolo o colpa grave ⁽⁷⁶²⁾. Con riferimento al singolo medico, l'interesse consisterà

⁽⁷⁵⁸⁾ Si rinvia alla legge della regione Veneto (art. 2, commi 5°, 11° e 12°), ma anche al regolamento di Bolzano, che entra ancora più nel dettaglio (artt. 10 e 11, sull'attività dei consulenti tecnici, artt. 17 e 20 sull'attività della segreteria, che consente il flusso di informazioni); anche in Toscana (v. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Toscana nel 2010*, cit., p. 248 ss.) è stato introdotto il nuovo sistema di gestione diretta per far fronte alle difficoltà che si riscontravano nella precedente conciliazione, che nascevano dal fatto che essa mal si adattasse all'esigenza di chiarire se esistessero e quali fossero gli elementi di responsabilità, poichè il professionista partecipava solo marginalmente all'istruttoria.

⁽⁷⁵⁹⁾ V. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 172.

⁽⁷⁶⁰⁾ L'introduzione di meccanismi che favoriscano la partecipazione delle strutture è sottolineata anche da PAGNI, *Verso metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia di responsabilità medica*, in *Professione - Cultura e Pratica del medico d'oggi*, 2000, 4, p. 36 ss.

⁽⁷⁶¹⁾ Sulla rilevanza del danno erariale e sul connesso problema del danno all'immagine v. OCCHIENA, *Colpa grave e nesso causale nella responsabilità amministrativa dei sanitari*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo-De Matteis-Vecchio, Padova, 2014, II, p. 887 ss.

⁽⁷⁶²⁾ Tale incentivo dovrebbe essere previsto, però, dalla legislazione nazionale, alla stregua di quanto già previsto in materia di lavoro dall'art. 410, comma 8°, c.p.c.

principalmente nella difesa del proprio operato, pertanto l'opportunità di indagare il riparto delle rispettive responsabilità lo potrebbe allettare anche in vista di una probabile azione di regresso da parte della struttura.

I dati più recenti sul funzionamento della Commissione di Bolzano registrano che la mancata comparizione delle parti è divenuta l'eccezione. L'Asl come i medici compaiono regolarmente, a riprova del loro interesse a risolvere le questioni in forma conciliativa anche attraverso la predisposizione ed il deposito di dettagliate prese di posizione in risposta alle censure mosse al loro operato dai pazienti. La pluralità di parti, come rilevato, influisce sulla complessità dei casi, che spesso richiedono lo studio di copiosissima documentazione clinica, alcune udienze di rinvio e l'acquisizione di prese di posizione delle parti, nonché, a volte, l'assegnazione di un incarico di consulenza esterna. Tutto ciò influisce sui tempi del procedimento conciliativo, che in media sono superiori al termine massimo di durata previsto dal decreto (oggi 3 mesi) ⁽⁷⁶³⁾.

5. L'intreccio dei problemi relativi alla competenza, professionalità e imparzialità.

Tra i noti aspetti critici della mediazione spicca il problema di come assicurare la garanzia di imparzialità e professionalità di organismi e mediatori. Questi profili, che si fondono con i problemi legati ai criteri di individuazione della competenza territoriale dell'organismo, mi sembrano decisivi per cogliere l'effettiva utilità del modello proposto dalle leggi regionali.

L'unica regola rinvenibile nell'originaria formulazione del decreto ai fini dell'individuazione della competenza era quella della prevenzione, che oggi viene mantenuta con l'aggiunta del non trascurabile riferimento ai criteri di competenza previsti per il processo ⁽⁷⁶⁴⁾. In forza del nuovo art. 4, comma 1°, la domanda di mediazione deve essere depositata <<presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia>>. Oggi, ferma la necessità di individuare un organismo che abbia sede nel luogo del tribunale competente per il merito, nel caso in cui le parti abbiano attivato la mediazione davanti ad organismi diversi, continua ad operare la regola della prevenzione, dovendo il procedimento proseguire davanti all'organismo adito per primo. La riforma ha anche fatto luce sul momento della c.d. litispendenza mediativa che si ricollega al <<deposito della domanda>>, uniformando il criterio anche ai fini del calcolo del *dies a quo* della durata della mediazione ⁽⁷⁶⁵⁾.

⁽⁷⁶³⁾ Dalle risultanze statistiche risulta anche la sostanziale stabilità dei tempi di ultimazione del procedimento conciliativo con una durata media, nelle conciliazioni riuscite, di poco più di 5 mesi, e la riduzione dei tempi procedurali costituisce una sfida per la commissione, come emerge nel rapporto sulle attività del 2014 la stessa si è posta l'obiettivo di valorizzare al massimo le sue competenze clinico-scientifiche interne e ridurre sia i tempi necessari per ricorrere a consulenze tecniche esterne (in media poco meno di un anno e mezzo per i casi valutati in consulenza tecnica esterna) sia le spese per le stesse (in media poco più di euro 1.900,00 ciascuna) (in www.provincia.bz.it).

⁽⁷⁶⁴⁾ La scelta di non fissare criteri di competenza degli organismi di mediazione era stata fatta consapevolmente, come emerge dalla relazione al d.lgs. n. 28 del 2010, al fine di evitare <<una impropria giurisdizionalizzazione>> del procedimento; v. MANIARI, *op. cit.*, p. 1000; cfr. MINELLI, *Commento sub art. 4 (accesso alla mediazione)*, in *La mediazione*, cit., p. 115 ss.; IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it; ZINGALES, *op. loc. cit.*; TISCINI, *Il procedimento per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Riv. arbitrato*, 2010, p. 585; ARIETA, *op. cit.*, p. 565; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 660; sulle possibili distorsioni dovute all'originaria scelta ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Soc.*, 2010, p. 626 ss.; rispetto alla nuova disciplina v. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 248 ss., di cui si condivide la precisazione secondo cui per <<luogo>> del Tribunale debba intendersi <<circondario>>.

⁽⁷⁶⁵⁾ Prima conteso tra la data di comunicazione all'altra parte e quella di presentazione dell'istanza all'organismo: nel primo senso ARIETA, *op. cit.*, p. 575; nel secondo TISCINI, *op. cit.*, p. 595; a quest'ultima si rinvia anche per il diverso

Occorre valutare se la scelta della nuova regola di competenza integrata da quella della prevenzione - già criticabile sotto il profilo della compatibilità con la natura non giurisdizionale del procedimento di mediazione ⁽⁷⁶⁶⁾ - possa influire sulla professionalità e sull'imparzialità dell'Organismo e del mediatore ⁽⁷⁶⁷⁾.

Il criterio della prevenzione, consentendo a chi presenta la domanda di determinare la competenza, dava luogo a due tipologie di problemi, di tipo logistico e di tipo soggettivo ⁽⁷⁶⁸⁾, che vanno esaminati con riferimento alla materia sanitaria.

a) Quanto ai primi, si pensi alle ipotesi di abuso della parte che, volendo agire in prevenzione, si rivolge ad un organismo con sede lontana dai luoghi di residenza o di domicilio dell'altra parte. Da questo angolo visuale, la soluzione della competenza territoriale consente di ovviare ai problemi logistici ⁽⁷⁶⁹⁾, ma presenta un difficile accostamento con i requisiti di professionalità e specializzazione degli organismi e dei mediatori, necessari per il successo della mediazione. In materia sanitaria, infatti, è difficile che il livello di competenza specialistica richiesto possa essere posseduto da un numero di soggetti tale da garantire una diffusione sul territorio analoga a quella degli uffici giudiziari ⁽⁷⁷⁰⁾.

b) La seconda tipologia di problemi (c.d. soggettivi) riguarda l'ipotesi in cui la mediazione sia attivata, ai primi sintomi dell'insorgere della controversia, dal sanitario (al quale nell'ottica del processo compete normalmente il ruolo di convenuto) al fine di radicare la competenza territoriale presso l'organismo di mediazione preferito, o più vicino all'ordine professionale di riferimento ⁽⁷⁷¹⁾. Tale abuso sarebbe probabilmente in grado di compromettere l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore, soprattutto nell'eventualità in cui la scelta ricada sull'organismo costituito dall'ordine professionale dei medici cui appartiene il presunto responsabile del danno ⁽⁷⁷²⁾, ed il decreto nazionale non sembra farsene carico. Anzi, l'art. 14 d.lgs. n. 28 del 2010 e l'art. 7 d.m. n. 180 del 2010 non prevedono un dovere espresso di indipendenza - intesa come assenza di legami oggettivi con le parti -, ma solo un obbligo di imparzialità - intesa come attitudine a non favorire una delle parti a discapito dell'altra ⁽⁷⁷³⁾.

Sembra emergere, dunque, che la *ratio* della nuova regola sulla competenza non sia tanto quella di garantire l'imparzialità (o la precostituzione dell'organismo), ma solo di agevolare la parte chiamata impedendo la scelta di Organismi che potrebbero costringerla a sostenere costi eccessivi ⁽⁷⁷⁴⁾. Il mediatore deve essere e, soprattutto, deve essere percepito dalle parti come imparziale ed

problema relativo all'individuazione della sede del procedimento; sulla diversità intercorrente tra la sede dell'organismo e la sede di svolgimento della procedura di mediazione v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 664.

⁽⁷⁶⁶⁾ Implicitamente ARIETA, *op. cit.*, p. 573, che condivideva la precedente soluzione.

⁽⁷⁶⁷⁾ Già rispetto alla sola regola della prevenzione la dottrina aveva rilevato come la possibilità di scelta dell'organismo fosse in grado di pregiudicare la professionalità e l'imparzialità: SANNA, *La competenza per territorio nel procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28/2010: spunti per una riflessione*, in www.judicium.it; CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., p. 5; nello stesso senso si era espresso il parere del Csm, approvato con delibera del 4 febbraio 2011; *contra*, invece, MANIORI, *op. cit.*, p. 1000, ritiene che la rigidità della competenza territoriale non favorisca la competenza intesa come professionalità; così anche DITTRICH, *op. cit.*, p. 586.

⁽⁷⁶⁸⁾ Tali espressioni sono usate da SANNA, *op. cit.*, p. 3.

⁽⁷⁶⁹⁾ Per ovviare ai problemi logistici la dottrina aveva già proposto l'applicazione analogica dei generali criteri di competenza per territorio previsti dal c.p.c. BUFFONE, *Mediazione*, cit., p. 26.

⁽⁷⁷⁰⁾ MANIORI, *op. loc. ultt. citt.*; DINACCI, *Il ruolo del mediatore nella conciliazione assistita*, in *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, a cura di Martino, Bari, 2011, p. 108.

⁽⁷⁷¹⁾ VACCÀ, *Il procedimento*, in VACCÀ- MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010, p. 285 ss.

⁽⁷⁷²⁾ Ciò potrà accadere, ad esempio, nei casi di creazione di organismi presso gli ordini dei medici, v. *retro* cap. IV.

⁽⁷⁷³⁾ CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 269 nota 59.

⁽⁷⁷⁴⁾ Così CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 255, a cui si rinvia anche per le soluzioni prospettabili in ordine alla valutazione dell'incompetenza dell'organismo adito.

equidistante ⁽⁷⁷⁵⁾, perché altrimenti non può svolgere bene il suo compito, rischiando il fallimento della trattativa e vanificando la stessa funzione della mediazione. Considerata l'imprescindibilità delle garanzie d'imparzialità ed indipendenza dei mediatori nell'intero arco procedimentale ⁽⁷⁷⁶⁾, la disciplina nazionale di fonte primaria e secondaria si preoccupa di assicurarle attraverso una serie di prescrizioni ⁽⁷⁷⁷⁾, la cui violazione comporta soltanto la sostituzione del mediatore, su istanza di parte, ad opera del responsabile dell'organismo (art. 14, comma 3°, d.lgs. n. 28 del 2010). Nonostante le conseguenze della violazione da parte del mediatore degli obblighi che la legge pone a suo carico non siano espressamente disciplinate, è comunque evidente che egli risponderà personalmente, in via solidale con l'organismo interessato, delle conseguenze dannose del proprio operato in applicazione dei principi generali in tema di responsabilità ⁽⁷⁷⁸⁾.

A livello regionale, invece, sembra possibile eliminare in radice tali questioni: vi è un'unica Commissione competente per le controversie sulla responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende regionali e dalle strutture private accreditate. Inoltre, la possibilità di costituire sezioni istruttorie territoriali ⁽⁷⁷⁹⁾, in corrispondenza dei circondari dei tribunali, sarebbe funzionale a garantire alle parti di avvalersi di organismi dotati della necessaria competenza e professionalità, che abbiamo visto essere una condizione imprescindibile per l'effettività della tutela in questo settore. La Commissione regionale, che è nominata dalla giunta per la durata di tre anni, è composta da un magistrato a riposo, con funzioni di presidente, da un medico legale e da un avvocato con documentata esperienza in materia, che - per espressa disposizione - non possono essere scelti tra i dipendenti delle strutture regionali pubbliche e private. I consulenti di cui la stessa si può avvalere devono essere scelti da un elenco proposto dall'Ordine regionale dei medici chirurghi e odontoiatri, che non risultino comunque dipendenti delle strutture sanitarie coinvolte nella controversia, oppure da elenchi dei consulenti tecnici medico-legali presso i tribunali della regione.

Merita qualche considerazione anche il problema legato all'imparzialità di un organismo costituito dalla regione (o direttamente dalla Asl), considerato il rapporto che lega la stessa alle strutture sanitarie. E' evidente infatti che vi sono una serie di fattori di condizionamento che possono influire sull'indipendenza della commissione, e tramutarsi in parzialità a favore della struttura pubblica coinvolta nella controversia. La nomina politica dei componenti della commissione non sarebbe di per se un indice insuperabile, qualora fosse accompagnata da un'accurata regolamentazione del

⁽⁷⁷⁵⁾ Parla, infatti, di terzietà: LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale*, cit., p. 26.

⁽⁷⁷⁶⁾ SANNA, *op. loc. cit.*; VERDICCHIO, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 607; PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime e degli effetti*, in *Riv. not.*, 2011, p. 763.

⁽⁷⁷⁷⁾ Al momento dell'iscrizione dell'organismo nell'apposito registro, spetta al Ministero della giustizia verificarne le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza (art. 4, comma 2°, lett. e, d.m. n. 180 del 2010); il regolamento dell'organismo deve garantire modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità (art. 3, comma 2°, d. lgs. n. 28 del 2010); lo stesso deve prevedere, inoltre, le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico (art. 7, comma 3°, d.m. n. 180 del 2010); al mediatore designato è fatto obbligo di sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità (art. 14, comma 2°, lett. a, d.lgs. n. 28 del 2010), nonché di informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità (art. 14, comma 2°, lett. b, d.lgs. n. 28 del 2010); v. PEDUTO, *op. loc. cit.*; va segnalata anche l'aggiunta dell'art. 7, comma 5°, lett. e, d.m. n. 180 del 2010, ad opera del d.m. n. 145 del 2011, che impone agli organismi di mediazione <<criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato>>.

⁽⁷⁷⁸⁾ GALLETTO, *op. loc. cit.*, chiarisce che il perimetro di responsabilità del mediatore è destinato a variare a seconda della qualificazione che si intende assegnare al rapporto tra il mediatore e le parti, a seconda che si tratti di un contratto d'opera intellettuale o di un mandato ovvero si sia al di fuori dall'ambito contrattuale; la moderna teoria del c.d. contatto sociale consente di applicare in ogni caso l'art. 1218: cfr. BUFFONE, *Diritto*, cit., p. 2348.

⁽⁷⁷⁹⁾ V. art. 2, comma 14°, l. veneto.

rinnovo degli incarichi, dei criteri di compenso, ed in generale di qualsiasi trattamento retributivo. L'indipendenza soggettiva può essere, infatti, coerentemente applicata quale criterio di riferimento nella relazione tra organi di indirizzo politico e organi di gestione amministrativa ⁽⁷⁸⁰⁾, e a rafforzamento della stessa andrebbero aggiunti i c.d. codici di condotta ⁽⁷⁸¹⁾. In quest'ottica, sarebbe opportuna una limitazione, se non addirittura l'esclusione, del rinnovo dell'incarico dei componenti della commissione, nonché dei criteri di incompatibilità degli stessi, dei parametri retributivi fissi e immutabili ⁽⁷⁸²⁾. In ogni caso, devono essere previste specifiche disposizioni poste a presidio dell'imparzialità di mediatori e consulenti, che ritengo non dovrebbero neppure appartenere al medesimo ordine professionale dei medici coinvolti ⁽⁷⁸³⁾.

Daltronde, il nostro ordinamento conosce forme di conciliazione stragiudiziale obbligatoria, in ambito pubblicistico, affidate a soggetti non collegati con il potere giudiziario ma professionalmente qualificati, con il compito di amministrarle in via permanente, dettando le regole che ne disciplinano in concreto l'organizzazione, laddove queste non siano previste dalla legge ⁽⁷⁸⁴⁾. La soluzione proposta dal modello regionale in esame, anche in questo caso, cerca una sintesi ai problemi evidenziati, creando un sistema che sembra in grado di far fronte agli inconvenienti sopra descritti, garantendo al contempo degli adeguati *standard* di professionalità ed imparzialità.

Considerazioni conclusive.

E' giunto il momento di annodare i fili della trama di un un lavoro mosso dall'aspirazione di offrire un contributo, teorico e pratico, ad alcune delle molteplici e complesse problematiche derivanti dalla gestione del contenzioso in un settore in continua trasformazione.

Un elemento, che sarà balzato agli occhi del lettore, riguarda il diverso approccio del giudice costituzionale italiano rispetto a due diversi sistemi di gestione alternativa del contenzioso sanitario: apertamente incentivante verso le iniziative regionali a carattere volontario, mentre formalisticamente prudente nei confronti dell'impostazione nazionale a carattere obbligatorio.

Le sentenze della Corte costituzionale n. 179 del 2010 e n. 272 del 2012 esaminate, rispettivamente,

⁽⁷⁸⁰⁾ Sul momento del conferimento dell'incarico come occasione di condizionamento dell'imparzialità e dell'indipendenza soggettiva del dirigente pubblico si rinvia a PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, 2012, *passim*, il quale, muovendo dal presupposto di ritenere l'indipendenza soggettiva un presupposto necessario per salvaguardare l'effettività della riserva dei compiti di amministrazione e gestione in capo alla dirigenza pubblica e per dare effettiva realizzazione al canone costituzionale dell'imparzialità, individua i criteri atti a garantirla; spunti di riflessione anche dalla Consulta: CAPONETTI, *Dirigenti politici e dirigenti apolitici: riflessioni a margine di una pronuncia della Consulta sull'illegittimità costituzionale dello spoil system a regime dei dirigenti esterni*, in *Giur. it.*, 5, 2012.

⁽⁷⁸¹⁾ Sul tema, per tutti i riferimenti, v. MERLONI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2013, p. 806 ss.

⁽⁷⁸²⁾ Come previsto dall'articolo 4 bis della legge provinciale 5 marzo 2001, n. 7, e successive modifiche, la Commissione è presieduta da un magistrato, anche a riposo, che è scelto in base ad una terna di nominativi proposta dal Presidente del Tribunale di Bolzano; altri componenti della Commissione sono un medico specialista in medicina legale e delle assicurazioni scelto in base ad una terna di nominativi proposti dall'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri della Provincia di Bolzano ed un avvocato scelto, a sua volta, all'interno di una terna di nominativi indicata dall'Ordine degli avvocati di Bolzano; per i compensi v. artt. 4 e 5 l. sul funzionamento della commissione.

⁽⁷⁸³⁾ La legge veneta prevede una serie di casi di obbligo o facoltà di astensione; la legge bolzanina, a conferma dell'impronta ben più processualizzata, parla di incompatibilità e ricasazione (art. 5).

⁽⁷⁸⁴⁾ Si fa riferimento all'esperienza nel settore delle telecomunicazioni, ed in generale all'attività paragiurisdizionale delle *Authority*: GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007, p. 173 ss.

in apertura e in chiusura del lavoro devono ora essere osservate alla luce di una lettura sistematica unitaria, comprensiva cioè delle più recenti indicazioni legislative e delle considerazioni svolte in ordine alle peculiari problematiche che si pongono in questo particolare contenzioso.

La direzione di incentivare l'utilizzo degli strumenti alternativi di gestione del contenzioso, imboccata dal legislatore, pare ormai inarrestabile, e ciò a prescindere dalla conferma del regime di obbligatorietà del tentativo al termine del periodo di sperimentazione. In altre parole, qualora il recente successo dell'istituto fosse legato alla spinta dell'obbligatorietà, come probabile, con il venire meno della sua forza propulsiva sarà ancor più necessario un perfezionamento della disciplina affinché la mediazione possa realmente divenire una via alternativa al contenzioso giudiziario.

All'attività volontaria e negoziale di prevenzione delle liti, infatti, viene riconosciuta natura accessoria di strumento transattivo volto a migliorare la qualità del servizio sanitario regionale, prevedendo organi e procedimenti specificatamente adatti alla natura delle attività coinvolte. Si è anche evidenziato come la previsione di meccanismi di conciliazione, in un settore complesso e ad alto tasso di litigiosità come questo, sia da considerare un utile strumento di sostenibilità su due fronti: da un lato, esso è in grado di determinare un alleggerimento del carico di lavoro dei tribunali e un miglioramento del sistema giudiziario nel suo complesso. Dall'altro, il sistema deve essere orientato a garantire una maggiore effettività di tutela del diritto alla salute in termini preventivi e riparatori, perché in grado di liberare risorse altrimenti destinate alla gestione giudiziale e ai costi assicurativi. Si è sottolineato, infatti, come l'impiego di tali strumenti vada a vantaggio di una maggiore efficienza ed efficacia organizzativa del sistema sanitario, come mostrano anche le esperienze di altri paesi. Nella cultura anglosassone, dove le *a.d.r.* sono nate, esse sono ampiamente utilizzate in ambito sanitario proprio ai fini del contenimento dei costi di assicurazione, del ripristino dell'ordine e dell'efficienza dei luoghi di cura, per aumentare la soddisfazione e la fiducia degli utenti, nonché per implementare efficienti sistemi di *risk management*.

L'equilibrio tra queste molteplici istanze, tuttavia, non è semplice da raggiungere e richiede il necessario coordinamento tra il livello statale e quello regionale. Si ritiene sia proprio questo l'elemento di raccordo che consente di coniugare i diversi, ed apparentemente antitetici, approcci della Consulta.

Si è osservato come il d.lgs. n. 28 del 2010 applicato alla materia sanitaria avrebbe di per sé l'effetto di porre in secondo piano la tutela della salute del cittadino rispetto al duplice obiettivo del contenimento della spesa derivante dal contenzioso e della deflazione del carico di lavoro sul sistema giurisdizionale. Invece, le *a.d.r.* richiederebbero una promozione e disciplina in ambito sanitario che tenga conto della specifiche e contingenti esigenze di tutela del settore.

Le variegate esperienze regionali legate alle menzionate procedure facoltative di conciliazione, per quanto meritorie, potrebbero non essere sufficientemente incisive ai fini del miglioramento del sistema sanitario nel suo complesso. Al contrario, potrebbero rivelarsi anche nocive in termini di disuguaglianza del livello di tutela riconosciuto ai cittadini-utenti a seconda del territorio in cui essi usufruiscono della prestazione sanitaria, a maggior ragione in seguito alla previsione di una "competenza territoriale" degli organismi di mediazione.

Si rivelerebbe quindi necessaria, *de iure condendo*, una disciplina statale settoriale idonea ad inquadrare la materia della risoluzione alternativa del contenzioso sanitario, volta, ad esempio, a favorire l'istituzione di commissioni conciliative su base regionale presso cui sia obbligatorio l'avvio di un tentativo di conciliazione. D'altra parte, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il

principio generale di accesso immediato alla giurisdizione può essere ragionevolmente derogato da norme ordinarie in considerazione del soddisfacimento di esigenze di interesse sociale a carattere preminente. L'aumento del contenzioso non solo crea un'aggravio per il sistema giustizia e per l'effettività del diritto di difesa di cui all'art. 24 cost. – che, ricorda la Corte, comprende anche il diritto a non essere inutilmente chiamato in giudizio – ma sottrae risorse che potrebbero essere meglio investite nel rafforzamento della tutela della salute.

Ciò, naturalmente, dovrebbe avvenire attraverso una configurazione tale da garantire una non sproporzionata compressione del diritto di accesso alla tutela in base alle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia e dalla stessa Corte costituzionale. Si ricorda, infatti, che i tempi e i costi delle procedure stragiudiziali sono i principali requisiti per valutarne la legittimità secondo le Istituzioni dell'Unione Europea. Si ritiene, inoltre, che il meccanismo dell'obbligatorietà – che potrebbe rivelarsi opportuno in un settore in cui vengono in gioco interessi pubblicistici – debba essere controbilanciato da una disciplina che assicuri quelle condizioni minime atte ad realizzare un elevato livello di tutela dei diritti e a rendere la mediazione uno strumento davvero alternativamente garantistico rispetto al processo.

Una disciplina speciale che tenga conto delle caratteristiche proprie di questo genere di contenzioso sarebbe opportuna sotto una pluralità di prospettive. In primo luogo consentirebbe al legislatore di riappropriarsi pienamente di una funzione di indirizzo politico rispetto alla tutela della salute, erodendo così l'eccessivo margine di creatività della giurisprudenza nel forzare gli istituti sostanziali e processuali per garantire un'effettiva tutela di quel diritto primario. In aggiunta, un meccanismo di questa natura sarebbe orientato ad assicurare che l'intervento del giudice avvenga solo nei casi in cui esso si dimostri veramente necessario, garantendo così il rispetto del principio di proporzionalità. Al tempo stesso, si scongiurerebbe che ciò possa tradursi in una compressione dei diritti fondamentali della persona ed in una preclusione di fatto del diritto ad ottenere giustizia. Infine, si garantirebbe una migliore gestione delle risorse da investire nell'erogazione di prestazioni sanitarie più efficienti ed accurate, realizzando virtuosamente quel bilanciamento di valori inevitabile nell'ambito di un servizio “finanziariamente condizionato”.

In definitiva, sarebbe auspicabile un sapiente bilanciamento da parte del legislatore tra esigenze etiche e necessità economiche: solo in questo modo, il fine dell'effetto deflattivo del contenzioso e del contenimento della spesa derivante dal contenzioso non andrebbe a detrimento del cittadino-utente, bensì a suo vantaggio.

La predisposizione di un modello di gestione stragiudiziale del contenzioso in questo settore deve dunque dare prova di un attento esame dei valori costituzionali coinvolti, a partire dal principio del giusto processo. E' opinione comune che il *due process of law* debba essere principio indefettibile anche per le *a.d.r.*, garantendo che esse assicurino una forma di giustizia alternativa e informale ma non “minore” rispetto a quella istituzionale. L'*a.d.r.* può diventare, dunque, uno strumento importante per un miglioramento della giustizia civile soltanto se viene utilizzato nell'ottica di una evoluzione verso un sistema più flessibile e attento alle caratteristiche del caso concreto. Tali strumenti devono inserirsi nell'ambito di un << sistema integrato >> di giustizia che, nel rispetto del contesto nazionale in cui operano, tenda a specializzare la loro funzione.

Con il presente contributo si è voluto verificare se il diritto positivo e la prassi confermino l'opportunità di rilanciare iniziative promozionali della mediazione in materia sanitaria.

Il recente successo dell'istituto in tale settore, seppur legato alla spinta dell'obbligatorietà, deve rendere omaggio alle regioni, che hanno giocato un ruolo vincente nel perfezionamento della

lacunosa disciplina nazionale. L'indagine condotta, infatti, ha mostrato che laddove la regione abbia predisposto una disciplina speciale, sia a livello aziendale che a livello esterno, il quadro legislativo è in grado di fornire idonei strumenti stragiudiziali per la risoluzione di tali controversie, valorizzando le specificità della materia. All'opposto, in quelle regioni (attualmente la maggioranza) in cui non sia stata prevista una disciplina completa e specifica, si è visto che gli strumenti offerti dal solo decreto non sembrano in grado di fornire adeguati incentivi e garanzie per ricorrere alla mediazione.

Deve darsi atto, infine, della particolare efficacia del modello regionale esaminato, il quale - con i necessari aggiustamenti proposti - costituisce un efficace strumento di semplificazione e di economia. In tali procedure il ruolo dell'autonomia è garantito completamente e promosso dall'imparzialità dell'organismo, dalla sua elevata specializzazione e professionalità, ma anche dalla gratuità della procedura e dalla maggior responsabilizzazione dei soggetti preposti all'erogazione del servizio, che si trovano a svolgere un ruolo di garanzia nei confronti di quegli interessi, garantendo l'equità e la giustizia dell'accordo eventualmente raggiunto. La procedimentalizzazione dell'attività della commissione conciliativa, accentuata al punto di farla somigliare all'attività di accertamento del giudice, non deve essere intesa come una limitazione dell'autonomia privata, ma, al contrario, come una maggiore garanzia di equità del contenuto dell'accordo, e si giustifica in ragione della tutela del diritto fondamentale alla salute.