

Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico-Legali
e dell'Apparato locomotore
della Università di Roma «Sapienza»
Facoltà di Medicina e Farmacia
Dipartimento di Medicina Interna e Medicina Pubblica della Università di Bari
«Aldo Moro»
Facoltà di Medicina e Chirurgia

GIANLUCA MONTANARI VERGALLO
ALESSANDRO DELL'ERBA

MATTEO GULINO
PAOLA FRATI

Aspetti critici del decreto legislativo n. 28 del 2010
introduttivo della mediazione
nelle controversie di interesse medico-legale

Estratto da «ZACCHIA»
Archivio di medicina legale, sociale e criminologica
Anno 83° (Vol. XXVIII della Serie 4ª) - Supplemento
Ottobre-Dicembre 2010

SEU Società Editrice Universo

**Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico-Legali
e dell'Apparato locomotore
della Università di Roma «Sapienza»
Facoltà di Medicina e Farmacia**
**Dipartimento di Medicina Interna e Medicina Pubblica della Università di Bari
«Aldo Moro»
Facoltà di Medicina e Chirurgia**

**Aspetti critici del decreto legislativo n. 28 del 2010
introduttivo della mediazione
nelle controversie di interesse medico-legale**

**Gianluca Montanari Vergallo¹
Alessandro Dell'Erba²**

**Matteo Gulino¹
Paola Frati¹**

Con il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 il legislatore è nuovamente intervenuto sulle controversie civili che coinvolgono i medici legali nella veste di consulenti di parte o d'ufficio, dopo aver già provveduto all'introduzione della consulenza tecnica con finalità conciliativa e del giudizio sommario di cognizione, nonché alla razionalizzazione della tempistica di svolgimento delle operazioni peritali in sede di c.t.u.

Premesso che tali riforme, in particolare le ultime due, hanno molto accelerato i tempi della giustizia nei processi per responsabilità medica, la mediazione appare concepita secondo modalità e tempistiche criticabili sotto vari profili.

Secondo l'art. 5 del decreto, chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia, tra le altre, di responsabilità medica, contratti assicurativi e risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti, è tenuto ad esperire un procedimento preliminare di

¹ Dipartimento di scienze anatomiche, istologiche, medico-legali e dell'apparato locomotore.

² Dipartimento di medicina interna e medicina pubblica.

mediazione, che è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice nella prima udienza. Quando il giudizio viene intrapreso senza aver esperito la mediazione (o prima che sia giunta a termine), il giudice fissa la successiva udienza assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

La concezione della mediazione come obbligatoria condizione di procedibilità dell'azione si espone a dubbi di legittimità costituzionale, non essendo l'obbligatorietà prevista dalla legge delega n. 69/2008. Quest'ultima, infatti, all'art. 60, comma 3, lett. c) indica come criterio direttivo della disciplina della mediazione il rispetto della normativa comunitaria, la quale, tuttavia, non attribuisce carattere vincolante ai tentativi di mediazione.

Problematico appare anche l'art. 4, comma 1, del decreto, secondo cui «In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda». Tale impostazione si presta ad essere facilmente seguita solo nell'eventualità di due parti processuali. Proprio nelle cause di responsabilità medica e di infortunistica stradale, invece, si assiste di norma ad un quadro di soggetti e di domande ben più articolato, che si rivela problematico sotto vari profili.

Innanzitutto, può frequentemente verificarsi l'ipotesi in cui il paziente presenti una domanda di mediazione relativa a risarcimento danni nella quale vengano coinvolti, ad esempio, la struttura sanitaria e due medici, i quali, successivamente ed in tempi diversi l'uno dall'altro, chiedono di essere garantiti dalle rispettive assicurazioni e di dividere l'eventuale responsabilità con altri colleghi intervenuti nella cura del paziente stesso. Si tratta di controversie in cui sono differenti le parti, il *petitum* e la causa *petendi*, nonostante siano collegate all'originaria domanda risarcitoria. Ma allora, occorre svolgere procedimenti di mediazione autonomi oppure si terrà solo quello inizialmente avviato dal paziente?

In secondo luogo, è ancor più rilevante l'ipotesi in cui si svolga una mediazione con esito negativo fra medico e paziente e successivamente, instauratosi il giudizio, vengano chiamati in causa le assicurazioni ed i colleghi corresponsabili solidali. Si dovrà tenere un'ulteriore mediazione sulla sussistenza della garanzia assicurativa e sulla colpa di questi medici non citati dal paziente, con conseguente rallentamento del giudizio?

Inoltre, il giudice, nel valutare una causa sottoposta alla propria cognizione, potrebbe rilevare (anche su istanza di parte) che il *petitum* o la *causa petendi*

della domanda non coincidono, almeno in parte, con l'*oggetto e le ragioni della pretesa* dedotte nel procedimento di mediazione e, conseguentemente, dispone una nuova mediazione, ritenendo la prima non validamente effettuata.

Ancora, poiché il decreto non contiene norme in tema di competenza territoriale, la scelta dell'organismo da adire è lasciata al mero arbitrio di una delle parti che potrà imporlo all'altro o agli altri soggetti coinvolti nella fattispecie per effetto della sola priorità temporale stabilita dal citato art. 4 del decreto. Dunque, si porrebbero innegabili problemi nel caso in cui una prima domanda di mediazione venga effettuata presso l'organismo conciliativo di una città molto distante da quella in cui si trovano le altre parti, le quali potrebbero essere impossibilitate a partecipare alla mediazione. Inoltre, in tale situazione si avrebbe un notevole aggravio, anche in termini di costi, per i soggetti che sarebbero costretti a spostarsi (unitamente ai rispettivi avvocati e consulenti tecnici) fuori dalla propria sede per partecipare alla mediazione.

Peraltro, la stessa «relazione illustrativa» del decreto fa esplicito riferimento alla possibilità che la parte opti per «organismi ritenuti più affidabili». Dunque, il decreto consente che la scelta dell'organismo presso cui svolgere la mediazione venga effettuata secondo criteri di convenienza. Conseguentemente, appaiono radicalmente contraddetti i principi di neutralità, indipendenza ed imparzialità del conciliatore espressamente sanciti dalla legge delega [art. 60, comma 3, lett. b) ed r)]. Quindi, anche sotto questo profilo sussiste un sospetto di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.

Inspiegabilmente, tale decreto non prevede alcuno strumento a garanzia della terzietà del mediatore, al contrario dell'art. 832, comma 4, c.p.c., che impedisce alle istituzioni di carattere associativo ed a quelle rappresentative degli interessi di categorie professionali di nominare arbitri nelle controversie in cui sono parte i propri associati o persone appartenenti alla categoria rappresentata. Invece, non v'è alcuna «barriera» normativa a garanzia dell'imparzialità del mediatore, la quale è rimessa alla buona volontà dei singoli organismi di mediazione.

In effetti, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del decreto, sia la disciplina del procedimento di mediazione, sia le regole a garanzia dell'imparzialità del mediatore sono rimesse ai regolamenti che ciascun organismo autorizzato alla mediazione può adottare. Dunque, manca qualsiasi uniformità normativa su aspetti di centrale importanza. Di conseguenza, è concreto il rischio che gli organismi più affidabili, anche in termini di maggiore celerità ed imparzialità, chiedano un'indennità maggiore, così creando una giustizia di serie A, riservata a persone più benestanti, ed una di serie B.

Dunque, sembra sussistere il concreto dubbio che la mediazione non sia sempre in grado di far raggiungere alle parti un accordo realmente giusto. Tale perplessità è aggravata dal diverso peso, anche contrattuale, delle parti. Evidentemente, le strutture sanitarie e le assicurazioni avranno continui contatti con gli organismi di mediazione, al contrario dei singoli danneggiati, i quali, quindi, sono già in partenza in una posizione di svantaggio che favorisce la conclusione di accordi per loro sconvenienti.

Inoltre, il procedimento di mediazione può rivelarsi del tutto inutile ai fini del successivo giudizio, in quanto, se anche una sola delle parti non presta il consenso, il mediatore può anche non formulare la proposta di mediazione. Comunque, non essendo il mediatore tenuto al giuramento, è altamente improbabile che il tribunale possa decidere la causa in base al contenuto della proposta di mediazione.

Già sotto questo profilo, è concreto il rischio che la mediazione si risolva persino in un aggravio di tempi e di costi per le parti, con palese negazione della funzione deflattiva che pur la ispira. Infatti, essendo necessario nelle cause di responsabilità medica l'ausilio per il mediatore di tecnici/periti specializzati, come previsto dall'art. 8, comma 1, del decreto, la mediazione determina un aumento dei costi a carico delle parti. Quindi, potrebbe verificarsi una duplicazione delle consulenze: una per la mediazione e una in fase giudiziale.

Il pericolo dell'aumento dei tempi e dei costi appare aggravato dal fatto che, nelle fattispecie perseguibili d'ufficio, il procedimento penale continuerà a fare il proprio corso, dissuadendo il medico dal trovare l'accordo amichevole o dall'accettare la proposta conciliativa del mediatore. Infatti, il processo verbale che formalizza l'intesa raggiunta dalle parti potrebbe essere prodotto dal p.m. nel giudizio penale, perché l'inutilizzabilità prevista dall'art. 10 del decreto riguarda solo le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione e, comunque, si riferisce esclusivamente al processo civile susseguente all'insuccesso della mediazione e non anche a quello penale, nel quale, peraltro, il comma 2 dell'art. 10 stesso introduce nei confronti del mediatore una mera facoltà di astenersi dal deporre sulle suddette circostanze.

Pertanto, tale riforma rischia di risolversi in un pregiudizio per i danneggiati in termini di tempi, di costi e di tutela dei loro diritti.

Riassunto

MONTANARI VERGALLO, G. - GULINO, M. - DELL'ERBA, A. - FRATI, P.: *Aspetti critici del decreto legislativo n. 28 del 2010 introduttivo della mediazione nelle controversie di interesse medico-legale.*

Gli Autori analizzano la ratio e il contenuto del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 con il quale il legislatore è nuovamente intervenuto sulle controversie civili che coinvolgono i medici legali nella veste di consulenti di parte o d'ufficio, dopo aver già provveduto all'introduzione della consulenza tecnica con finalità conciliativa e del giudizio sommario di cognizione, nonché alla razionalizzazione della tempistica di svolgimento delle operazioni peritali in sede di c.t.u. A differenza delle precedenti riforme che in parte hanno accelerato i tempi della giustizia nei processi per responsabilità medica, la mediazione appare concepita secondo modalità e tempistiche criticabili sotto vari profili. Finalità del presente lavoro è proprio quella di analizzare compiutamente gli aspetti più controversi della novella riforma.