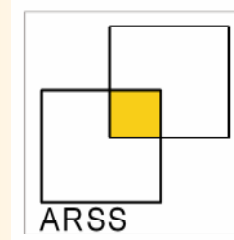




REGIONE DEL VENETO

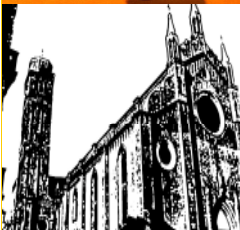


**Agenzia
Regionale
Socio
Sanitaria
del Veneto**



DELL'ARSS DEL VENETO

Quaderno n. 8



I QUADERNI

Valutazione, studio e disamina dei modelli di risoluzione delle controversie e dei conflitti insorti nel contesto dell'attività sanitaria.

Prospettazione di procedure definitive e di strumenti mediazione alternativi rispetto alle azioni giurisdizionali ordinarie nell'ambito della responsabilità dei medici e delle strutture.

Inquadramento socio-culturale, definizione giuridica, analisi dei modelli riscontrati nell'ordinamento, aspetti comparativistici. Interferenze con il sistema delle fonti.

I QUADERNI DELL'ARSS DEL VENETO

Quaderno n. 8

VALUTAZIONE, STUDIO E DISAMINA DEI MODELLI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E DEI CONFLITTI INSORTI NEL CONTESTO DELL'ATTIVITÀ SANITARIA.

PROSPETTAZIONE DI PROCEDURE DEFINITORIE E DI STRUMENTI MEDIAZIONE ALTERNATIVI RISPETTO ALLE AZIONI GIURISDIZIONALI ORDINARIE, NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ DEI MEDICI E DELLE STRUTTURE.

INQUADRAMENTO SOCIO-CULTURALE, DEFINIZIONE GIURIDICA, ANALISI DEI MODELLI RISCONTRATI NELL'ORDINAMENTO, ASPETTI COMPARATIVISTICI. INTERFERENZE CON IL SISTEMA DELLE FONTI.

UNITÀ GIURIDICO AMMINISTRATIVA

Venezia, 11 luglio 2007

Il Quaderno è stato curato da:

Nicoletta Martorana, ARSS del Veneto

Elisa Carnieletto, Consulente Avvocato

F. Antonio Compostella, Direttore ARSS del Veneto

Stefano Danieli, Dirigente di Area ARSS del Veneto

Progettazione grafica, redazione ed impaginazione del Quaderno a cura di: **Ingrid Monaco** - ARSS del Veneto

Copia di questo volume può essere scaricata dal sito internet dell'Agenzia Regionale Socio Sanitaria del Veneto al seguente indirizzo web: **www.arssveneto.it**
dicembre 2007

Per informazioni scrivere all'indirizzo e mail **arss@regione.veneto.it**

Stampa: **POSTEL S.p.A. - Roma**

L'opera realizzata è di proprietà esclusiva dell'Agenzia Regionale Socio Sanitaria del Veneto che la utilizza per finalità istituzionali.

© **Copyright 2007**
Agenzia Regionale Socio Sanitaria del Veneto

Telefono 041- 279 35.61/62
Ca' Zen ai Frari – San Polo 2580 – 30125 Venezia
www.arssveneto.it
arss@regione.veneto.it

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni, il progresso della scienza medica e il miglioramento delle cure sono stati accompagnati da una crescente attenzione pubblica rivolta sia agli eventi sanitari sia a valutare contestualmente l'attività e l'operato del personale.

Questa evoluzione ha prodotto un significativo aumento dei conflitti fra gli utenti, da una parte, e le strutture con il personale addetto, dall'altra, determinando così una forte implementazione della conflittualità in ambito sanitario.

Allo scopo di contrastare questa propensione alla insorgenza del contenzioso, si è reso utile e necessario individuare i possibili strumenti alternativi al ricorso all'azione giudiziaria finalizzati alla definizione di questa tipologia di conflitti. Ciò in linea con una generale tendenza manifestatasi in ambito legislativo prima che socio-culturale a valorizzare metodologie non contenziose di prevenzione e risoluzione delle vertenze.

Questi strumenti soddisfano infatti una sempre più marcata sensibilità ed esigenza di giustizia sostanziale, intervenendo, sin dalla fase di accesso alle strutture e ai trattamenti sanitari, per accompagnare l'utente ed assisterlo nel complesso rapporto con l'amministrazione, sino ad evolvere in possibili forme di conciliazione, preordinate a prevenire il contenzioso, ed infine in veri e propri giudizi arbitrari rimessi ad organi monocratici o collegiali.

La presente trattazione intende così analizzare gli spazi per una possibile configurazione di strumenti alternativi finalizzati alla definizione dei conflitti in relazione alle controversie sanitarie, valutando i modelli offerti dall'ordinamento anche in funzione del livello delle eterogenee situazioni contenziose, dei principi costituzionali, nazionali e comunitari, e, nondimeno, dei presupposti della responsabilità medica.

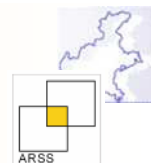
Lungo questo percorso evolutivo si è così manifestata la possibilità di istituire ed attuare caratteristici strumenti di conciliazione, al fine di favorire la transazione preventiva delle controversie, con significativi effetti di *contenimento della spesa* e di *accelerazione dei procedimenti*, e ciò anche tramite la configurazione di appositi organi, la cui composizione dovrebbe garantire la *parità delle parti* e l'acquisizione di quelle *professionalità tecniche* idonee ad offrire soluzioni egualmente soddisfacenti per ciascuno dei contendenti.

Raffaele Bazzoni
Presidente V Commissione
Consiglio Regionale del Veneto

INDICE

PARTE PRIMA	6
I PRESUPPOSTI DELLA RICERCA: L'INQUADRAMENTO SOCIO-CULTURALE E GIURIDICO DEI TEMI DELLA RESPONSABILITÀ E DEI MODELLI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DEI CONFLITTI	6
1. INTRODUZIONE	6
2. LA POSSIBILE CONFIGURAZIONE DI STRUMENTI ALTERNATIVI FINALIZZATI ALLA DEFINIZIONE DEI CONFLITTI IN RELAZIONE ALLE CONTROVERSIE SANITARIE. VALUTAZIONE DEI MODELLI OFFERTI DALL'ORDINAMENTO E LORO SELEZIONE IN FUNZIONE DEL LIVELLO DELLE ETEROGENEE SITUAZIONI CONTENZIOSE.	8
3. I PRESUPPOSTI DELLA PRESENTE TRATTAZIONE. LE CONTROVERSIE PER "COLPA MEDICA". LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE MEDICA. LA CONFLITTUALITÀ IN AMBITO SANITARIO.	10
3.1. <i>L'errore medico. Il rapporto che si pone fra medico e paziente nell'attuale contesto. L'incremento del contenzioso, l'amplificazione della responsabilità del medico e l'inclusione in essa degli eventi dannosi comunque connessi allo svolgimento e alla somministrazione di cure sanitarie.</i>	10
3.2. <i>Segue: la responsabilità medica. Le controversie instaurate in ambito sanitario. Orientamenti giurisprudenziali: la concezione costituzionalmente orientata della responsabilità medica e la tutela del paziente come soggetto titolare del diritto alla salute.</i>	13
3.3. <i>Cenni. Le ripercussioni sull'azienda sanitaria.</i>	19
4. METODOLOGIE ALTERNATIVE DI RISOLUZIONE DEI CONFLITTI. QUADRO INTRODUTTIVO.	21
4.1. <i>Premessa. Strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti.</i>	21
4.2. <i>Arbitrato. Limiti e condizioni della compromettibilità in arbitri delle controversie sanitarie.</i>	24
4.3. <i>Conciliazione.</i>	29
4.4 <i>Mediazione</i>	31
4.5. <i>Perizia contrattuale.</i>	33
PARTE SECONDA	34
L' ANALISI DEI MODELLI AFFINI E L'INDIVIDUAZIONE DEI PRINCIPI REGOLATORI DELLE PROCEDURE DI PREVENZIONE E RISOLUZIONE DEI CONFLITTI	34

1. ANALISI DELLE ESPERIENZE MATURE. ELEMENTI DI CRITICITÀ E PROSPETTIVE DI AFFERMAZIONE DI SISTEMI STRAGIUDIZIALI DI DEFINIZIONE DEI CONFLITTI IN RELAZIONE ALLE FATTISPECIE ANALIZZATE E ALLA CASISTICA ESISTENTE.	34
2. ARBITRATO IN AMBITO SOCIETARIO. IL VALORE DELLA TERZIETÀ DEL GIUDICE ARBITRALE.	35
3. ARBITRATO IN MATERIA DI LAVORO.....	39
4. ARBITRATO IN MATERIA DI OPERE PUBBLICHE.....	44
5. ARBITRATO E CONTRATTI DEI CONSUMATORI.....	50
6. ARBITRATO SPORTIVO.....	51
PARTE TERZA.....	53
L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA E L'AFFERMAZIONE DELLE PROCEDURE DI RISOLUZIONE DEI CONFLITTI NELL'AMBITO DELL'UNIONE EUROPEA E DELL'ORDINAMENTO ITALIANO.....	53
1. LA DEFLAZIONE DELLE CONTROVERSIE IN AMBITO EUROPEO. GLI ORIENTAMENTI COMUNITARI IN RELAZIONE AI METODI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE.....	53
2. LA DEFLAZIONE DELLE CONTROVERSIE IN AMBITO NAZIONALE. ACQUISTO DI UN RUOLO MAGGIORMENTE SIGNIFICATIVO DEI SISTEMI ALTERNATIVI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.....	56
PARTE QUARTA	58
I RAPPORTI TRA LE FONTI: LINEE GUIDA E PROSPETTIVE GENERALI DELLE INTERFERENZE FRA LEGISLATORE STATALE E COMPETENZE REGIONALI IN TEMA DI MODELLI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DEI CONFLITTI IN MATERIA SANITARIA.....	58
1. IL RAPPORTO FRA LA LEGISLAZIONE REGIONALE E LA LEGISLAZIONE STATALE IN MATERIA DI STRUMENTI ALTERNATIVI DI COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI NELLA PROSPETTIVA DELL'ART. 117 COST. E DEI PRINCIPI IMMANENTI ALL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA.....	58



PARTE PRIMA

I presupposti della ricerca: l'inquadramento socio-culturale e giuridico dei temi della responsabilità e dei modelli alternativi di risoluzione dei conflitti

1 Introduzione. 2. La possibile configurazione di strumenti alternativi finalizzati alla definizione dei conflitti in relazione alle controversie sanitarie. Valutazione dei modelli offerti dall'ordinamento e loro selezione in funzione del livello delle eterogenee situazioni contenziose. 3. I presupposti della presente trattazione. Le controversie per "colpa medica". La responsabilità professionale medica. La conflittualità in ambito sanitario. 4. Metodologie alternative di risoluzione dei conflitti. Quadro introduttivo.

1. Introduzione

Nell'ultimo secolo, e, ancor più, nell'ultimo decennio, si è assistito allo sviluppo ed al progresso della scienza medica. Tale miglioramento ha portato con sé un contestuale aumento di attenzione pubblica nei confronti degli eventi sanitari e, in correlazione, dell'attività e dell'operato del personale medico.

Questo ritrovato interesse si è nel tempo evoluto sino a divenire osservazione, analisi e, sempre più di frequente, critica delle decisioni e delle procedure poste in essere dal medico. Ha avuto inizio, così, uno stato di latente diffidenza, o, quanto meno, di non completa fiducia del cittadino nel rapporto con il personale operante. Una diffidenza che, di frequente, si è trasformata in uno stato di conflittualità, seppur potenziale, fra paziente e medico.

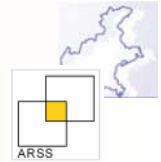
Da un lato, infatti, vi è il cittadino che, avendo necessità di cure, si rivolge alla struttura sanitaria ed al personale medico, al fine di risolvere le proprie

problematiche. Questi, in una legittima aspettativa di guarigione, verifica e giudica l'operato medico e, in generale, del personale sanitario, sino a contestarlo e criticarlo.

Dall'altro lato, quindi, vi sono proprio questi due soggetti.

Nello svolgimento quotidiano del proprio compito, entrambi si trovano a disporre e trattare i cittadini-pazienti, con la eventualità di non conseguire, sempre ed in ogni caso, il successo auspicato, incorrendo così nella contestazione del paziente stesso. Situazione questa che ha determinato una implementazione della conflittualità, in ambito sanitario, fra il personale operante, la struttura e i pazienti.

La presente trattazione intende analizzare i possibili strumenti di risoluzione delle controversie, alternativi al ricorso all'azione giudiziaria, evidenziandone criticità e prospettive di applicazione alle specifiche controversie all' "errore medico".



Ciò al fine, in primo luogo, di individuare lo strumento più idoneo a soddisfare le esigenze di celerità, specificità e concentrazione del giudizio, ovvero delle procedure finalizzate alla risoluzione dei conflitti.

In secondo luogo, per assicurare una risposta, attraverso rimedi alternativi, alla crescente esigenza di diminuire i forti costi sopportati dalle strutture pubbliche e dall'utenza a seguito dell'incremento della conflittualità, nonché di diminuire il livello di tensione ormai sempre più presente tra i protagonisti e utenti del sistema sanitario.

E' in questa logica che si deve sin d'ora rilevare come il modello attuale, in cui l'amministrazione della giustizia è rimessa in modo pressoché esclusivo alla magistratura ordinaria, ha manifestato, negli anni, elementi di criticità sempre più marcati. E questo non solo perché il sistema della giustizia civile da tempo ormai reagisce con sempre più evidenti difficoltà alle esigenze del cittadino: basti qui pensare all'incerta durata dei processi, ai costi ragguardevoli sostenuti dalle parti; in generale, alla difficile soddisfazione delle esigenze di giustizia avute di mira dalle parti, rispetto alle quali il conseguimento di rilevanti risarcimenti monetari, a distanza di molti anni, il più delle volte si rivela del tutto inappagante.

Ma l'inefficienza che, talvolta, si manifesta nell'utilizzo di rimedi giudiziari, si configura soprattutto nel fatto che essi, per loro natura, appaiono preordinati alla mera risoluzione di conflitti giuridici, senza poter incidere sulle situazioni sociali che innescano alcune tipologie di contenzioso, quali

possono essere quei conflitti che prendono corpo in ambito sanitario.

In altri termini, ciò che deve essere posto in luce sin d'ora, è che i sistemi giurisdizionali ordinari non sono idonei ad intervenire su questo tipo di meccanismi e sulle situazioni che stanno alla base dei conflitti, spesso connotate da forti *elementi di personalizzazione dei casi concreti*, da *dati tecnici* di difficile interpretazione, e da una *caratterizzazione* che si potrebbe dire *ambientale*, in virtù della quale ogni singolo caso trattato dovrebbe essere sempre inquadrato nel contesto nel quale ha avuto luogo. Contesto che è necessariamente influenzato dall'ambiente d'origine, dalle caratteristiche della struttura coinvolta, dal momento in cui si è verificato l'evento contestato e, in generale, da tutte le specificità del caso concreto.

2. La possibile configurazione di strumenti alternativi finalizzati alla definizione dei conflitti in relazione alle controversie sanitarie. Valutazione dei modelli offerti dall'ordinamento e loro selezione in funzione del livello delle eterogenee situazioni contenziose.

Nello scenario appena descritto sembra così profilarsi l'esigenza di dare corpo a strumenti di prevenzione e risoluzione dei conflitti alternativi rispetto alla instaurazione dei giudizi ordinari. E questo al fine di attuare, per quanto possibile in prossimità della struttura coinvolta dall'evento dannoso, procedure solerti, libere, non condizionate da eccessive formalità ed idonee ad assicurare, in un unico contesto, le esigenze di giustizia sostanziale richieste dai casi singoli.

Emerge così la possibilità di offrire ulteriori e differenziati strumenti atti a corrispondere alle richieste del cittadino-utente nei conflitti instaurati con le strutture sanitarie, secondo una graduazione dei possibili rimedi ispirata a criteri di proporzionalità e adeguatezza. Rimedi che dovrebbero pertanto intervenire, sin dalla fase di accesso alle strutture e ai trattamenti sanitari, per accompagnare l'utente ed assisterlo nel complesso rapporto con l'amministrazione. Ed evolverebbero poi, con l'insorgere di eventi dannosi, in possibili forme di conciliazione, preordinate a prevenire il contenzioso, ed infine in veri e propri giudizi arbitrali rimessi ad organi monocratici o collegiali.

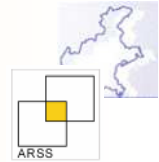
Si vengono così a configurare tre possibili piani di intervento:

a) al fine della prevenzione delle situazioni conflittuali, si manifesta l'esigenza di istituire una

figura di sostegno capace di svolgere funzioni di mediazione tra le esigenze degli utenti e le specificità ed i compiti della struttura. In altri termini, questo soggetto potrebbe utilmente porsi come momento di informazione dei cittadini e di prevenzione delle possibili situazioni conflittuali. Esso cioè si porrebbe in una fase antecedente all'insorgenza del conflitto vero e proprio, configurandosi come organo preordinato ad una mediazione anticipata delle possibili divergenze e di esplicitazione delle posizioni delle parti coinvolte dai rapporti sanitari.

Tale figura potrebbe così essere denominata mediatore, con l'avvertenza, tuttavia, che con tale qualifica si intende alludere ad un soggetto in qualche modo comparabile, per mansioni e compiti, al difensore civico previsto nelle regioni e negli enti locali. Soggetto al quale si dovrebbero ritenere estranee funzioni giustiziali, salvo voler prevedere (in analogia ad esperienze proprie del Nord-Europa), la possibile partecipazione di tale organo ad eventuali collegi di conciliazione o arbitrali, peraltro con funzioni consultive;

b) in una seconda fase, ancora precedente all'instaurazione del contenzioso vero e proprio, si evidenzia la possibilità di istituire appositi strumenti di conciliazione. Questi ultimi dovrebbero favorire la possibile transazione preventiva delle controversie,



contribuendo alla deflazione delle vertenze, con significativi effetti di contenimento della spesa e di accelerazione dei procedimenti. Si tratterebbe pertanto di configurare appositi organi, centralizzati ovvero collocati in seno alle strutture, la cui composizione dovrebbe garantire la parità delle parti e l'acquisizione di quelle professionalità tecniche idonee ad offrire soluzioni egualmente soddisfacenti per ciascun dei contendenti.

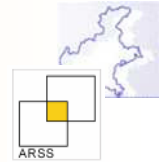
Si osservi ancora come la possibilità di comporre in via conciliativa le posizioni delle parti potrebbe comportare anche ricadute positive nella sfera penale, almeno per quelle fattispecie che configurino reati procedibili a querela di parte. La sede conciliativa, quindi, potrebbe costituire, anche incidentalmente, l'occasione per la definizione di una eventuale remissione di querela.

c) Al livello più alto, si profila infine l'eventualità di istituire una forma di composizione delle pretese, idonea a porre fine alla controversia insorta tra le parti. Si evidenzia, così, la possibilità di costituire un apposito organismo arbitrale, con tutta probabilità di livello regionale, formato in modo da assicurare indipendenza, terzietà, competenza e qualità dei soggetti giudicanti, rapidità ed efficacia delle procedure ed eguaglianza nei diritti e nei poteri delle parti.

In merito agli strumenti sin qui descritti, ci si soffermerà nel prosieguo, valutandone caratteristiche, peculiarità e idoneità a prevenire e risolvere i conflitti insorti in materia sanitaria.

Qui basti ancora osservare come tali mezzi debbano comunque considerarsi come alternativi

rispetto ai rimedi ordinari. Il che impone di evidenziare come la loro scelta da parte degli utenti e delle strutture pubbliche dovrebbe essere agevolata sia attraverso la necessaria comprensione dei vantaggi insiti in questi sistemi di composizione dei conflitti, sia tramite la creazione di opportuni incentivi intesi a facilitarne la diffusione.



3. I presupposti della presente trattazione. Le controversie per “colpa medica”. La responsabilità professionale medica. La conflittualità in ambito sanitario.

3.1. L'errore medico. Il rapporto che si pone fra medico e paziente nell'attuale contesto. L'incremento del contenzioso, l'amplificazione della responsabilità del medico e l'inclusione in essa degli eventi dannosi comunque connessi allo svolgimento e alla somministrazione di cure sanitarie. 3.2. Segue: la responsabilità medica. Le controversie instaurate in ambito sanitario. Orientamenti giurisprudenziali: la concezione costituzionalmente orientata della responsabilità medica e la tutela del paziente come soggetto titolare del diritto alla salute. 3.3. Cenni. Le ripercussioni sull'azienda sanitaria.

3.1. L'errore medico. Il rapporto che si pone fra medico e paziente nell'attuale contesto. L'incremento del contenzioso, l'amplificazione della responsabilità del medico e l'inclusione in essa degli eventi dannosi comunque connessi allo svolgimento e alla somministrazione di cure sanitarie.

A questo punto della trattazione, appare necessario soffermarsi sulle vicende che costituiscono il presupposto e l'oggetto dei procedimenti finalizzati alla risoluzione dei conflitti in ambito sanitario.

In altre parole, prima di inoltrarsi nello studio dei vari strumenti utili a definire le controversie che scaturiscono nel corso di tale tipologia di attività, sembra qui utile individuare, preliminarmente, le parti di tali controversie, le rispettive posizioni e le pretese con i loro presupposti fattuali e giuridici. E tutto ciò all'interno dello specifico ambito sanitario, dove il contenzioso assume risvolti particolari, e si viene a qualificare innanzitutto per il rapporto che lega il paziente sia al medico sia, tramite questi, alla stessa struttura pubblica.

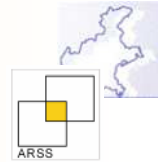
E' bene quindi svolgere e premettere alcune considerazioni proprio in merito alla relazione che intercorre fra i primi due soggetti, anche al fine di definirne con maggiore compiutezza le reciproche posizioni ed i corrispettivi interessi.

In tal senso, autorevole dottrina ha rilevato che la relazione medico-paziente si configura “come una

relazione complessa ove – intorno al nucleo centrale costituito dall'atto medico come prestazione in senso tecnico primariamente volta alla cura della salute – si profilano un serie di prestazioni collaterali che, in ragione dell'essere parimenti dirette alla salvaguardia di interessi costituzionalmente rilevanti che fanno capo alla persona del paziente, hanno nel tempo assunto autonoma considerazione rispetto alla prestazione strettamente “terapeutica” indirizzata alla tutela della salute” (La responsabilità civile, La colpa nella responsabilità civile, vol. V, a cura di P. Cendon, Torino, 2006, UTET, p.16).

Si delineano, quindi, ulteriori obblighi di prestazione riferiti innanzitutto alla tutela del diritto alla privacy del paziente (che, ove non rispettato, potrebbe integrare un pregiudizio risarcibile per violazione della legge sulla privacy); ovvero doveri attinenti al diritto del paziente di scegliere liberamente in ordine alla propria salute (che potrebbero risultare inottemperati nelle fattispecie di cd. “nascita indesiderata”).

Aspetti, questi, che sono stati considerati rilevanti



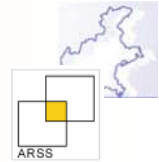
anche sotto il profilo del riconoscimento di un danno esistenziale alla vita del paziente, posto che i pregiudizi suscettibili di risarcimento nel caso *“di fattispecie di malpractice medica non si differenziano, per loro natura, da quelli che possono insorgere negli altri ambiti dell’esperienza umana”*, anche perché *“quando si analizzano le conseguenze pregiudizievoli dell’operato medico, la mente corre immediatamente al pregiudizio derivante dalla compromissione dell’integrità psicofisica, considerato che proprio su tale bene incide direttamente l’attività sanitaria”* (E. Pasquinelli, *Problemi attuali di responsabilità del medico.*, Il danno esistenziale da malpractice medica, in *Persona e danno*, vol. V, Giuffrè, Milano 2004, p. 4939).

Si può quindi osservare come, negli anni, il rapporto fra medico e paziente si sia evoluto e ridefinito in relazione ai diversi profili che hanno caratterizzato i diritti e la posizione di entrambi.

Così è possibile rilevare come, su un piano terminologico, anche il concetto di ‘responsabilità del medico’ sia stato nel tempo sostituito da quello di ‘responsabilità medica’, in considerazione del fatto che *“oggi non si deve tenere in conto soltanto il rapporto diretto medico-paziente, costituito dal rapporto contrattuale intercorso sulla base del contratto d’opera intellettuale o costituito dal contatto sociale che ha cagionato il danno in assenza di un rapporto contrattuale [...] quanto piuttosto il complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di*

ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc.” (E. Pasquinelli, *op. cit.*, p. 4794).

Da questa ridefinizione del rapporto medico-paziente emerge, quindi, con tutta evidenza, anche un nuovo modo di intendere la *responsabilità medica* la quale, pur radicata sul rispetto del bene primario rappresentato dal diritto alla salute, non può prescindere da ulteriori valutazioni attinenti alla tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti e riguardanti la persona del paziente. Come è stato osservato, infatti, *“nel passaggio da una concezione del diritto alla salute, non più intesa in una dimensione statica come diritto alla protezione della propria sfera personale (fisica e psichica), bensì proiettata in un dimensione dinamica [...] emergono quegli interessi che, attinenti alla sfera personale dell’individuo (libertà personale, dignità, riservatezza), possono interferire e acquisire peso nelle scelte sul come, sul quando, e sul se adottare trattamenti sanitari (salvo il limite posto dall’art. 32, 2° co., Cost.) richiedendo un bilanciamento che solo può essere rimesso all’autonomia individuale ogniqualevolta si pongano in conflitto con il diritto alla salute. Se quindi in passato l’obiettivo primario di cura della salute, di cura cioè del processo patologico in atto, poteva giustificare il sacrificio – nel mancato rispetto delle scelte individuali del paziente – di interessi, facenti capo alla persona e parimenti rilevanti sul piano del riconoscimento costituzionale, oggi l’autonomia acquisita da tali interessi, nell’ambito della relazione terapeutica, esige invece il rispetto per quelle scelte individuali*

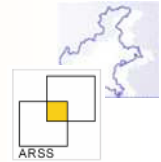


che si esprimono in termini di diniego delle cure” (La responsabilità civile, op. cit., p. 17).

Ebbene, così delineato il rapporto tra medico e paziente e, in particolare, lo sviluppo e la nuova configurazione che questo ha assunto nell’ultimo ventennio, sia nell’esperienza sociale sia nelle elaborazioni giurisprudenziali, è necessario ora passare a delineare i profili di responsabilità posta in capo al primo nei confronti del secondo.

Responsabilità, quindi, che, come sin’ora precisato, va inquadrata in questa *“mutata concezione”* della relazione che intercorre fra i due protagonisti della controversia: *“relazione non più retta dal modello paternalista – che attribuiva al medico, in quanto sorretto da quel bagaglio di conoscenze tecniche e scientifiche necessario per affrontare la ‘malattia’, il ruolo di regista di qualsivoglia decisione terapeutica riguardasse il paziente – bensì ispirata ad un modello liberale che in essa valorizza un processo sostanziale di interazione razionale tra medico e paziente che possa condurre a decisione terapeutiche, non passivamente subite, ma attivamente condivise dal paziente”* (La responsabilità civile, op.cit. p. 18).

Su tali aspetti ci si soffermerà nel prosieguo, tenendo bene ferme le considerazioni, le puntualizzazioni e le definizioni sin qui elaborate dalla scienza giuridica, le quali costituiscono il necessario fondamento per la comprensione del fenomeno in esame.



3.2. Segue: la responsabilità medica. Le controversie instaurate in ambito sanitario. Orientamenti giurisprudenziali: la concezione costituzionalmente orientata della responsabilità medica e la tutela del paziente come soggetto titolare del diritto alla salute.

Punto di partenza di questa fase del presente studio diviene allora lo studio dei temi della “responsabilità medica”. Concetto, quest’ultimo, attorno al quale si concentra e si polarizza la disamina della dottrina e della giurisprudenza, e che, nell’accezione attuale, intende ricomprendere forme di responsabilità connesse alla esposizione a trattamenti sanitari.

Ebbene, proprio in riferimento al concetto di responsabilità medica, si deve ulteriormente precisare come esso si sia via via evoluto nell’ordinamento e, in special modo, nella elaborazione giurisprudenziale, per approdare oggi ad una nozione particolarmente articolata e densa di molteplici significati.

Nel passato, il rapporto tra medico e paziente veniva ad essere qualificato ora nell’ambito della responsabilità contrattuale ora nella sfera dell’illecito extra contrattuale, a seconda dei casi di volta in volta presi in considerazione dalla giurisprudenza.

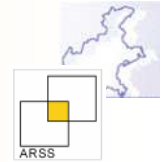
In linea almeno tendenziale, si ricorreva alle categorie della responsabilità contrattuale, allorché si fosse ravvisato un *contatto diretto* tra il medico e il paziente, tale da costituire un vero e proprio contratto di prestazione d’opera professionale. Il danno, in questo caso, sarebbe stato dunque qualificato da un inadempimento (in questo senso, cfr. C. Amodio, voce: “Responsabilità medica”, in Dig. Disc. Priv. Sez. Civ., Appendice Seconda, Torino 2003, p. 1176 e s.)

Diversamente, quando il rapporto tra medico e paziente fosse stato *mediato* da una struttura (pubblica, ma anche privata), la responsabilità del primo si sarebbe dovuta ascrivere al più generale ambito extracontrattuale.

Così, nella prima delle due ipotesi, gli indirizzi più risalenti adattavano alla responsabilità del medico da inadempimento “*i temperamenti dettati dalla disciplina delle libere professioni*” (cfr. G. Alpa – M. Bessone – V. Zeno-Zencovich, I fatti illeciti, in Tratt. Dir. Priv., diretto da P. Rescigno, Torino 1995, p. 88), secondo le disposizioni contenute negli artt. 1175, 1176 e 2236 c.c..

Qualora la responsabilità si fosse andata invece a collocare nella sfera extracontrattuale, la posizione del medico sarebbe ricaduta sotto la disciplina prevista dagli artt. 2043 e ss., c.c..

Si è autorevolmente osservato come, in merito a questi primi orientamenti, la lettura del fenomeno della responsabilità medica fosse in qualche modo ispirata ad un “*regime di contemperamento degli interessi in gioco*” nel quale sarebbe emerso “*un sostanziale favor*” per il professionista. Questi avrebbe esercitato, infatti, “*una libera professione, propria di una scienza pratica*” in cui non vi sarebbero state certezze: il risultato della prestazione si considerava, così, “*solo tendenziale e le eventuali negligenze o imperizie*” sarebbero state da valutarsi secondo il “*secondo il metro della*



difficoltà della prestazione; se questa risultava difficile, il medico rispondeva solo in caso di colpa grave o di dolo, ma non di colpa lieve, e raramente per colpa media al pari degli altri esercenti una professione, liberale o no” (così ancora G. Alpa – M. Bessone – V. Zeno-Zencovich, I fatti illeciti, in Tratt. Dir. Priv., cit., pag. 88).

Se tale concezione si riferiva essenzialmente alla responsabilità del medico libero professionista, in cui il rapporto con il paziente appariva diretto e privo di mediazioni, la ricostruzione della responsabilità connessa all'attività del *medico dipendente da una struttura sanitaria* risultava maggiormente articolata.

Più in particolare, con l'ingresso del *paziente* all'interno della struttura si sarebbe configurato, solo tra questi ultimi soggetti, un vero e proprio contratto di prestazione d'opera avente ad oggetto lo svolgimento dell'*attività diagnostica e terapeutica necessaria in relazione alla patologia riscontrata*"; tuttavia il medico non sarebbe stato coinvolto da questo rapporto contrattuale, sicché il suo intervento, per così dire esecutivo, si sarebbe dovuto qualificare come una *“manifestazione del diverso contratto – di lavoro subordinato – che lo legava alla struttura ospedaliera”* (C. Amodio, voce: “Responsabilità medica”, cit., p. 1177).

In questo senso, l'errore del medico avrebbe dato luogo ad un mero *“atto illecito causativo di un evento”*, e, nella fattispecie, ad *“un danno al paziente”* (così testualmente: Cass. Civ. 24 marzo 1979, n. 1716), secondo un insegnamento giurisprudenziale che si sarebbe mantenuto pressoché inalterato almeno fino al 1998 (ci si

riferisce precisamente a Cass. Civ., 13 marzo 1998, n. 2750).

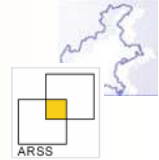
Non sono mancate pronunce in questo senso, nemmeno presso i giudici di merito, tra cui si consideri, anche per l'attinenza con lo specifico ambito regionale: *“la responsabilità del medico inquadrato in una struttura ospedaliera verso il paziente è di natura aquiliana, posto che fra le parti non vi è alcun rapporto, ma il professionista è soltanto un organo per mezzo del quale l'ente ospedaliero adempie alla prestazione di ospedalità”* (Trib. Verona, 4 ottobre 1990, citato in E. Pasquinelli, op. cit., p. 4797).

Ed ancora: *“la responsabilità in cui incorre il medico dipendente ospedaliero verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico ha natura extra contrattuale”* (Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, op. ult. cit.).

Senonché, come è facile scorgere attraverso questi rilievi, la responsabilità del medico dipendente, in questa prima fase, era stata in qualche modo circoscritta, sotto il profilo della valutazione del livello e del grado della colpa nella causazione del danno.

In altri termini, attraverso la riconduzione di tale fattispecie in seno alla categoria della responsabilità extracontrattuale, diveniva più arduo per il paziente, o per i suoi aventi causa, conseguire in sede processuale la prova della responsabilità (del medico) nella causazione dell'evento pregiudizievole.

E questo perché, proprio nella limitata prospettiva extracontrattuale, non emergeva la posizione del



singolo paziente e non si dava quindi alcun *contenuto formante* alla prestazione del medico, sotto lo specifico profilo della necessaria tensione di questa verso il naturale perseguimento del bene salute.

Si può ritenere, pertanto, che, in accordo con una prima visione giurisprudenziale, l'attività del medico dipendente si sarebbe dovuta conformare a meri obblighi di conservazione dello stato di fatto, così limitando i casi di responsabilità a quelle sole ipotesi in cui la condotta avesse cagionato un peggioramento dello stato psico-fisico del paziente.

In tal modo, si sarebbe configurata pertanto la semplice violazione del principio del *neminem laedere*, che, in ambito sanitario, sarebbe consistita nell'inottemperanza rispetto ad un obbligo meramente conservativo del primario bene salute.

Mancava invece l'identificazione di un parametro con il quale confrontare, misurare e graduare tale responsabilità.

In altri termini, non si era ancora individuato un vero e proprio *obbligo positivo* polarizzato, come riveleranno la giurisprudenza e la dottrina successive, sulla tutela e la soddisfazione di ogni interesse, anche personale del paziente, collegato direttamente o indirettamente al bene salute.

Così, solo in seguito, l'emersione di tale obbligo, anche in ragione del suo autonomo rilievo costituzionale, avrebbe consentito di determinare e qualificare i doveri incombenti sul medico e, nello stesso tempo, di valutarne la responsabilità come violazione e inadempimento di quegli stessi doveri; i quali non sono altro che la ineludibile conseguenza

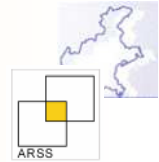
del rapporto, o, come si vedrà, del mero contatto con il paziente.

Il percorso che ha condotto alla affermazione di questa più precisa e definita lettura della responsabilità del medico appartenente a strutture, si è quindi snodato, da una prima visione ancora insensibile ai preminenti valori di tutela della persona e del bene salute, fino a giungere ad una percezione del fenomeno costituzionalmente orientata.

Una diversa percezione che è oggi intesa a valorizzare le obbligazioni intrinseche nello svolgimento di un'attività, come quella medica, in cui è *la tutela dei valori costituzionali a costituire l'oggetto e il contenuto della professione* in sé e per sé considerata, qualificando, indipendentemente dalla stipulazione di un contratto, la posizione assunta dal medico nei confronti della collettività nonché dei pazienti singoli (Cass. Civ. 22 gennaio 1999, n. 598, in Giur. It., 2000, p. 74).

Questo mutato orientamento ha avuto origine dalla valutazione, in seno alla giurisprudenza, della complessità e rilevanza (ripetesi, di rango costituzionale) che l'attività sanitaria ha assunto negli ultimi anni.

Come ha acutamente rilevato la dottrina, tutto ciò è stato anche determinato dall'insorgere di molteplici fattori (G. Alpa – M. Bessone – V. Zeno-Zencovich, I fatti illeciti, in Tratt. Dir. Priv., cit., pag. 88 e s.): *“dall'evolvere della stessa professione liberale, esercitata in modo meno 'personale', con un rapporto meno immediato tra medico e paziente; dagli stadi via via sempre più avanzati delle*



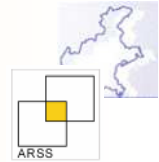
scoperte scientifiche e tecniche, e quindi dalla possibilità di ricorrere, più agevolmente di un tempo, a procedimenti terapeutici più elaborati, articolati, anche se talvolta più incerti; dall'impiego di macchinari, spesso assai sofisticati, inerenti sia alla diagnostica sia alla terapia e alla prevenzione; dal tentativo di spingere la ricerca e la cura fino al limite della sperimentazione, per i casi nei quali la medicina corrente non ha rimedi, ma farmaci, o procedimenti terapeutici da poco tempo scoperti che consentono di migliorare le condizioni del paziente, scongiurare un rapido deterioramento delle sue condizioni di salute, ovvero semplicemente prolungare la sua precaria vita; dall'emergere di nuove esigenze, sia in campo estetico, sia in campo procreativo, venendo quindi in considerazione richieste di intervento medico, di trattamenti preparatori o curativi, che un tempo non erano neppure immaginati; dalla 'pubblicizzazione' del settore sanitario, con l'intervento di personale amministrativo, e di personale non medico nelle decisioni e nelle scelte, con le limitazioni (anche nelle prescrizioni di farmaci) che evidenziano alcuni degli aspetti più rilevanti del servizio sanitario nazionale, con le sue disfunzioni, le sue lentezze e le sue contraddizioni; dalla maggior consapevolezza dei diritti della persona, in particolare, del diritto alla salute, disciplinato dalla Costituzione all'art. 32; dalla coesistenza di norma ordinarie con principi e codici deontologici elaborati dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici ovvero da comitati locali (ad es. i c.d. Di comitati di etica operanti nelle strutture sanitarie pubbliche)" (ivi).

Di fronte a questo scenario si deve precisare che, in ogni caso, già nell'ambito dei precedenti orientamenti, ragioni di equità sostanziale imponevano una almeno parziale omologazione della responsabilità del medico (quando essa era ancora considerata extracontrattuale) ad alcuni principi cardine del sistema dell'illecito contrattuale. In particolare, restando al tema del medico incardinato nell'ambito delle strutture sanitarie, si ravvisava come le obbligazioni ricadenti su quest'ultimo obbedissero pur sempre ad un modello che "non può che essere unitario, in quanto non si fa distinzione (almeno in astratto) in ordine allo status del medico (sia questi libero professionista, medico condotto, medico provinciale, dipendente dell'USL, docente universitario e quindi dipendente dello Stato) per applicare il metro della responsabilità".

Si ribadiva, così, che "i medici specialisti ambulatoriali delle USL non sono pubblici impiegati e il rapporto che li lega a queste strutture e quindi ai pazienti è di natura professionale, ex artt. 2230 ss. c.c."

Ed ancora si è precisava che "il clinico, ancorché dipendente pubblico, non può giovare delle regole di responsabilità attenuata previste dal t.u. del 1957, n. 3 per gli impiegati dello Stato" (G. Alpa – M. Bessone – V. Zeno-Zencovich, I fatti illeciti, in Tratt. Dir. Priv., cit., pag. 89).

Gioco forza, muovendo da queste premesse, la giurisprudenza è giunta infine a riconfigurare la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria qualificandola come contrattuale, ossia



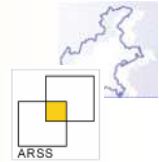
ravvisando in essa la violazione di precisi obblighi attinenti alle prestazioni in materia sanitaria.

Il punto di partenza di questa impostazione si rinviene essenzialmente nella già citata sentenza della Corte di Cassazione n. 598 del 1999, successivamente confermata dalla n. 19564 del 2004.

Il citato insegnamento supera infatti la lettura più risalente che ravvisava in capo paziente la sussistenza di un semplice interesse negativo alla conservazione delle proprie condizioni psico-fisiche. Detta concezione, di cui si è dato ampiamente conto, veniva così sostituita da una logica completamente diversa, ben più aderente alla realtà giuridica e sociale dei rapporti tra il medico ed il cittadino. La responsabilità del medico, infatti, si veniva a configurare come un vero e proprio inadempimento al proprio *dovere generale* di porre in essere condotte conformi ai canoni della perizia professionale, in base all'obbligo assunto, per il tramite dell'abilitazione ottenuta dallo Stato, di garantire la tutela del bene salute sotto ogni profilo ed in relazione ad ogni interesse ad esso correlato. Cosicché il diritto del paziente ad esigere una determinata condotta da parte del medico *"viene correlato non alla posizione di controparte contrattuale che il paziente assume nell'ambito di una stipulazione con il medico, bensì a quei doveri (...) su quest'ultimo incombenti e in ragione dello status assunto come professionista, abilitato dallo Stato a svolgere un'attività destinata ad incidere sul bene-salute, e per il ruolo riconosciutogli nell'ambito di un'organizzazione che, prestatrice di un servizio*

sanitario, ha stipulato con il paziente un contratto" (La responsabilità civile, op. cit., vol. V, p. 9). Questa impostazione si fondava sulle osservazioni mutate dai più recenti insegnamenti giurisprudenziali, fra cui la fondamentale Cass. 598 del 99, dalla quale emergeva che *"da parte chi esercita un'attività professionale – specie se destinata ad incidere sulla salute come bene costituzionalmente tutelato – non si possa pretendere un mero non facere, e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge, bensì invece ' quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione dell'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto di vista fattuale, dal fatto se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno)"* “.

Con la conseguenza che tale forma di responsabilità si sarebbe dovuta inquadrare, così come oggi si inquadra, nell'alveo dell'illecito contrattuale, sebbene essa trovi origine non in un contratto, bensì in un semplice 'contatto sociale', locuzione che, in questo ambito, identifica quel contatto che costituisce il presupposto della fiducia del paziente nella competenza di *quel* medico che ha di fronte. E' bene inoltre osservare come tale impostazione si trovi in perfetto accordo con gli insegnamenti della dottrina tedesca, che vede *"taluni soggetti (entrare) in contatto senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali e, pur tuttavia, ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura diretti a garantire gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del*

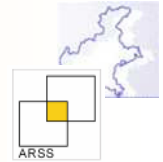


contatto stesso”, cosicché sia anche assicurata “la corrispondenza tra ciò che la ‘coscienza sociale ‘ chiede che caratterizzi il rapporto tra medico e paziente e la risposta che l’ordinamento giuridico offre alle situazioni latu sensu patologiche che a quel rapporto ineriscono” (C. Amodio, op. cit., p.1180)

Ne emerge, a questo punto, la definitiva consacrazione del rapporto tra medico e paziente, nonché dei rispettivi obblighi: così, con l’acquisizione dello status di medico, il professionista assume su di sé consapevolmente un ruolo e degli obblighi che ne qualificano la condotta, costituendone, pertanto, il necessario parametro di valutazione. In tale logica, si afferma e prevale dunque la rilevanza primaria della funzione medica sotto il suo profilo più prettamente sociale, in modo che appare insito nel conseguimento dell’abilitazione all’esercizio di tale professione e contestuale assunzione di una responsabilità che, prima ancora che giuridica, è, per l’appunto, sociale. In buona sostanza, la responsabilità del medico, al di là di ogni dissertazione in merito al suo inquadramento sostanziale, trova a priori il proprio fondamento e ed i propri presupposti giuridici, tra l’altro, nella funzione e nel ruolo primario che ciascun medico ha sempre occupato nella società umana.

Acquisendo, così, un rilievo ed una funzione quasi antropologica che si esprime nella stessa ratio dell’art. 32 della Costituzione, costituendone il fondamento, Di qui il necessario rigore con il quale la giurisprudenza è giunta a sindacare e configurare

la responsabilità di quanti esercitano la professione medica.



3.3. Cenni. Le ripercussioni sull'azienda sanitaria.

Come si è in parte anticipato nel paragrafo precedente, accanto alla responsabilità del medico può essere configurata la responsabilità parallela della struttura sanitaria, presso la quale si sono eseguiti i trattamenti che hanno costituito l'occasione o la causa dell'evento pregiudizievole. Una responsabilità che, a ben vedere, si configura in capo alla struttura in forza delle previsioni contenute nell'art. 28 Cost. e nell'art. 2049 c.c., che ineriscono, rispettivamente, alla posizione di datori di lavoro pubblici ovvero privati.

La giurisprudenza, in tali casi, individua la sussistenza di un rapporto contrattuale tra il paziente ed il soggetto, pubblico o privato, che gestisce la struttura.

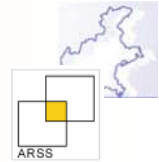
Attorno alla responsabilità della struttura sanitaria si sono peraltro consolidati una serie di principi di cui si può dare conto sin d'ora. Innanzitutto, le prestazioni rese dalla struttura hanno natura contrattuale, *“sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto”* (Cass., 28 maggio 2004, n. 10297).

Senonché, tale contratto, si inquadrebbe nell'ambito della prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che la struttura risponderebbe per i danni cagionati dal medico (ed in concorso con questi) *“che siano derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme dettate dagli artt. 1176, secondo co., e 2236 c.c., o a lui somministrati senza che fosse stato*

informato dei relativi rischi” (Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911).

L'importanza della qualificazione unitaria come contrattuale della responsabilità del medico e della struttura sanitaria emerge, in via preponderante, sotto il profilo della prova di tale responsabilità, in quanto, *“ in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., compete non già al paziente allegarne e provarne la sussistenza, ma al medico (ed alla struttura sanitaria) dimostrarne la mancanza. Il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità della colpa; il cui difetto (nel caso 'ordinario' di cui all'art. 1176 c.c.), ovvero anche solo la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c.c.) dev'essere invece allegata e provata dall'obbligato alla prestazione che si assume inesattamente effettuata, e dunque del medico”* (Cass. civ. 21 giugno 2004, n. 11488).

In realtà, si deve osservare come la struttura sanitaria assuma, nei confronti del paziente o del cittadino che accede ad essa, una posizione e correlativi obblighi che prescindono dalla figura del medico e dal suo operato. Ciò si sostanzia nella configurazione in capo all'ente di doveri strumentali rispetto all'espletamento dell'attività di cura o ad essa strettamente pertinenti (Amodio, op. cit., p. 1182), quali, ad esempio, l'eventuale responsabilità connessa alla mancata asepsi della sala operatoria ovvero alla mancata adozione di misure di sicurezza per la protezione di un malato incapace di

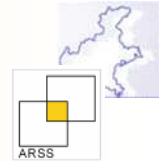


provvedere a se stesso (così Trib. Casale Monferrato 6 luglio 1966 e Trib. Trieste 30 aprile 1993).

Ma si evidenziano, anche se più raramente, situazioni nelle quali la responsabilità non è collegata a prestazioni strumentali alla cura ed all'assistenza dei pazienti. Si pensi al caso limite del rapimento di un neonato in conseguenza di omissioni di vigilanza da parte del personale preposto (Cass. Civ., 4 agosto 1987, n. 6707).

Quasi a corollario, si può quindi da ultimo osservare come, nelle situazioni sopra descritte possano sempre emergere aspetti inerenti a possibili responsabilità penali.

Si deve sottolineare in proposito come questi ultimi, obbedendo a criteri e regole di rito specifiche ed inderogabili, potrebbero giovare solo in parte della definizione civilistica delle controversie, almeno sotto il limitato profilo di eventuali remissioni di querela, circoscritte all'ambito di quelle figure delittuose che prevedono tale atto come condizione di procedibilità.



4. Metodologie alternative di risoluzione dei conflitti. Quadro introduttivo.

4.1. Premessa. Strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti. 4.2. Arbitrato. Limiti e condizioni della compromettibilità in arbitri delle controversie sanitarie. 4.3. Conciliazione. 4.4. Mediazione. 4.5. Perizia contrattuale.

4.1. Premessa. Strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti.

Sono diffusi, nell'ambito degli ordinamenti e, prima ancora, della società umana, sistemi alternativi alla risoluzione giudiziale delle controversie. Sistemi cioè che consentono di comporre i conflitti senza ricorrere alla giustizia ordinaria.

Tali strumenti sono peraltro ormai estesi a quasi tutti i settori dell'ordinamento: è possibile rinvenirne alcuni esempi non solo nelle materie civili e commerciali, ma anche all'area dei rapporti fra Stati, o alle controversie risarcitorie di danni derivanti da fatto costituente reato (si consideri lo speciale rito previsto, in sede penale, avanti al Giudice di Pace).

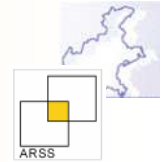
Ora, riflettendo più in profondità sulla natura e sui presupposti di tale fenomeno e del suo crescente sviluppo, giova ricordare gli insegnamenti di quella dottrina che, all'atto di descrivere la genesi e la caratterizzazione sociologica di siffatti istituti, ha osservato come la devoluzione dei conflitti a terzi “*che agevolino il raggiungimenti di un accordo è fenomeno antico e riscontrabile in genere in tutte le culture, sino da epoca remota (...); non vi è dubbio comunque che è il Confucinesimo che ha fornito le basi per il naturale affermarsi della mediazione come principale metodo di gestione del conflitto (...). I principi di armonia interiore, interazione pacifica fra*

singoli e sviluppo pacifico del corpo sociale come tale sono in tale concezione filosofica prevalenti rispetto all'affermazione del diritto dei singoli. La mediazione dei conflitti ed il mantenimento quindi di un consenso fra i singoli, preserva in tale ottica la pace sociale molto meglio del ricorso individuale al giudice che può condurre, trattandosi di decisione imposta alla parte perdente, ad un pericoloso 'strappo' dell'armonia” (I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Arbitrati e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, Torino, UTET, 2004, p. 212).

Venendo all'ordinamento italiano, si può osservare come questi metodi abbiano incontrato significative difficoltà per la loro affermazione.

Ciò, da un punto di vista strettamente formale, può essere solo in parte giustificato dalla mancata previsione, da parte della Carta costituzionale, di un esplicito riconoscimento a favore dell'arbitrato, ovvero di altri modelli non giudiziari di definizione delle controversie.

Sennonché, anche una simile prospettazione, non appare condivisibile, perchè, come ben traspare dai lavori preparatori, nell'opinione dei costituenti istituti quali l'arbitrato, obbligatorio o volontario, dovevano



ritenersi,, “implicitamente riconosciuti” (A. Cerri, Arbitrato e costituzione, in arbitrato. Fondamenti e tecniche, a cura di E. Caterini e G. Chiappetta, Napoli, 1995, p. 35).

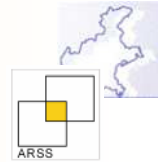
Del resto, si può ancora osservare che nel contesto della Costituzione, nessuna norma sembra, in realtà, esprimere un qualche sfavore per il metodo arbitrale, potendosi anzi rinvenire una serie di principi (come quelli del contraddittorio, di uguaglianza delle parti, di imparzialità e di terzietà), i quali ben possono costituire la necessaria premessa per l’istituzione di procedure alternative di risoluzione delle controversie.

Se quindi non vi sono ragioni per negare l’esistenza di sufficienti basi costituzionali per l’istituzione di procedure arbitrali o conciliative, le motivazioni che non ne hanno consentito una immediata diffusione nel nostro Paese risiedono, con tutta probabilità, in altre problematiche. Come è stato osservato, infatti, le ragioni di cui *“possono essere ravvisate nella mancanza di interventi organici nel nostro sistema giuridico e nell’assenza di vari strumenti alternativi non processuali dotati di un apprezzabile affidabilità. Inoltre, le riforme che si sono avute hanno teso al ‘potenziamento’ del sistema giudiziario, con l’istituzione del giudice di pace (l. 21.11.1991, n. 374). Con specifico riguarda all’arbitrato, poi, sembra, finalmente, in parte cessata la antica ostilità nei confronti di questo istituto, determinata, sotto taluni aspetti, dallo stesso legislatore attraverso una normativa da molti ritenuta troppo severa”* (I nuovi contratti nella prassi civile e commerciali, op. cit., p. 196).

Ragioni che, dunque, secondo altra autorevole dottrina, *“si riconducono, in estrema sintesi, ad una tradizione, particolarmente viva nel nostro paese, che tende a privilegiare la esclusiva statualistica nell’amministrazione della giustizia, appesantendo per conseguenza l’arbitrato con bardature formali che conferiscono allo stesso una natura di quasi-processo: in termini di giudizio di valore, di una sorta di ‘brutta copia’ del processo ordinario”* (Bernini, *L’arbitrato, diritto interno convenzioni internazionali*, Editrice Bologna, 1993, p. 36).

Ma è possibile evidenziare una sorta di superamento di siffatte concezioni, in favore di una lettura diversa, più dinamica e meno rigida di tali procedure. Si è assistito, invero, ad una settorializzazione del ricorso a questi strumenti, giustificata dalla ricerca di presupposti, funzioni e principi caratteristici di specifici ambiti dell’ordinamento, con fini sempre differenziati in ragione delle singole materie nelle quali potessero trovare applicazione.

Cosicché, accanto ad un nucleo centrale di regole di procedura e di fondamentali valori comuni (facoltatività della del rito arbitrale, diritto di difesa, contraddittorio, uguaglianza delle parti, parità dei mezzi processuali, terzietà ed indipendenza di giudici), si sono sviluppate singole caratterizzazioni, polarizzate attorno ai campi del diritto e agli ambiti di autonomia privata, variamente suscettibili di risoluzioni alternative rispetto alla giustizia ordinaria (per un’analogha prospettazione, si veda P. Perlingeri, *Arbitrato e costituzione*, Napoli, 2002, p. 12 e pp. 33 e ss.).



Tutto ciò, nell'esperienza contemporanea, ha dato luogo ad una complessa molteplicità di modelli e di schemi procedurali, i quali, in ogni modo, sembrano riconducibili ad un triplice ordine di categorie.

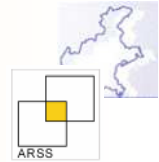
In primo luogo, come punto di arrivo per la definizione delle controversie, emerge il giudizio arbitrale, inteso quest'ultimo secondo uno schema rigorosamente tipizzato dal codice di procedura civile, in cui deve essere pur sempre riconosciuto l'esercizio effettivo di parziali atti di giurisdizione (L. Mortara, *Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1929, p. 586 ss). Tale tipizzazione trova poi ulteriori adattamenti e specificazioni in ragione delle materie trattate, fermo il rispetto di taluni principi fondamentali che devono ritenersi comuni a tutte le diverse forme di arbitrato di cui si ha esperienza nell'ordinamento.

In secondo luogo, si rinvengono, ad un livello intermedio, procedure che si potrebbero definire di conciliazione, e che, nell'ordinamento, appaiono comuni sia ad ambiti strettamente privatistici, sia a fattispecie in qualche modo connesse all'esercizio di poteri della Pubblica Amministrazione. Tratto comune di questi istituti è, da un punto di vista formale, la loro procedimentalizzazione, ossia l'inserimento all'interno di contesti variamente regolati da norme di natura procedimentale. Ulteriore elemento, è inoltre costituito dall'attinenza di tali modelli di composizione dei conflitti a posizioni giuridiche disponibili in capo alle parti. Le esperienze sul tema sono le più varie: si passa dalle procedure conciliative nell'ambito del diritto del lavoro e previdenziale, a forme di concordato nella

contrattualistica pubblica, ad accordi inerenti al contenuto degli atti amministrativi (significativa, al riguardo, è la disciplina di cui all'art. 11 L. n. 241/1990), per finire agli atti di adesione previsti in materia finanziaria. Situazioni, quelle descritte, nelle quali si rinviene il tentativo di definire una fattispecie che si potrebbe definire precontenziosa, nella quale è naturale riscontrare la partecipazione di un soggetto pubblico, ora come parte del rapporto, ora, nei procedimenti caratterizzati dall'attinenza a diritti soggettivi (nei quali appare più forte la propensione verso una soluzione transattiva), come soggetto terzo che collabora nella definizione delle liti.

In terzo luogo, emergono ulteriori istituti finalizzati a prevenire la stessa insorgenza di situazioni di conflitto, e che si pongono, di norma, come momenti intesi a facilitare il rapporto fra le parti, anticipando, attraverso la creazione di un canale di comunicazione, l'incontro e l'appianamento delle rispettive e divergenti posizioni. Si tratta di modelli tipici dell'ordinamento amministrativo riscontrabili, peraltro, anche nei rapporti commerciali e, in generale, in quelli caratterizzati da uno squilibrio alle posizioni delle parti (si pensi, a istituti a garanzia dei clienti entrati nella comune esperienza dell'attività bancaria e assicurativa). Punto di riferimento è ovviamente rappresentato dal difensore civico, la cui figura trova la sua naturale collocazione nell'ambito locale e regionale, così come a livello europeo.

Si noti, in ogni modo, come tale soggetto si ponga al di fuori dei procedimenti di definizione delle controversie, e sia quindi estraneo (almeno nel



nostro ordinamento), ai principi attinenti alla funzione giurisdizionale, rinvenendo semmai il proprio fondamento nell'esercizio di compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, secondo i canoni fissati dall'art. 97 Cost.. A questo punto della trattazione, si ritiene così necessario soffermarsi, ancora dal punto di vista del loro inquadramento generale e sistematico, sui principali mezzi di composizione delle liti sin qui ricordati, evidenziandone criticità ma anche aspetti favorevoli riscontrabili nella loro attuazione, al fine di valutarne la rispondenza ai temi sanitari.

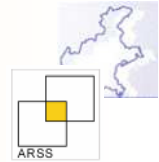
4.2. Arbitrato. Limiti e condizioni della compromettibilità in arbitri delle controversie sanitarie.

Il primo istituto a venire in considerazione è dunque quello dell'arbitrato, come sopra anticipato, sulle possibili criticità e, nel contempo, sui vantaggi derivanti dal ricorso a tale particolare modello di composizione delle liti.

Quanto agli elementi di criticità, si è già riferito che la mancata diffusione di tali strumenti, e nel caso in argomento, dell'arbitrato, è dovuta principalmente alla iniziale carenza di sistemazione organica della materia e alla tendenza delle parti a preferire il ricorso alla giustizia ordinaria. Tendenza che trova la propria giustificazione nella mancanza di un adeguato tessuto socio-economico-culturale, laddove il sistema arbitrale *“necessita di un sostegno di ordine culturale, capace di generare un clima ove l'accettazione degli obblighi e l'esercizio*

dei diritti riposano su una base essenzialmente consensuale, che affonda le radici in una continuata fiducia nel sistema e nella lealtà di comportamento di tutti i protagonisti sulla scena dell'arbitrato. Ecco dunque, in primo luogo, l'imprescindibilità dei più elementari requisiti che giustificano tale fiducia: la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità in capo agli arbitri, nonché la volontà di seguire lealmente le regole del gioco in capo alle parti e agli avvocati (...). Di qui la necessità, non solo di precise regole deontologiche, ma anche di una generale presa di coscienza dell'arbitrato sotto il profilo (...) culturale” (Bernini, op. cit., p. 28).

Se ne deduce che la premessa necessaria e fors'anche sufficiente per la diffusione delle procedure in esame, è costituito innanzitutto dalla volontaria e consapevole adesione da parte dei



soggetti dell'ordinamento, piuttosto che dalla concreta e attuale configurazione normativa delle medesime procedure

Ed infatti, il tratto saliente e fondante del modello arbitrale è che esso si configura come l'espressione dell'autonomia negoziale delle parti, le quali, scegliendo di affidare la composizione delle proprie liti all'arbitro anziché al giudice ordinario, costituiscono in tal modo il presupposto giuridico necessario per conferire validità e legittimazione al pronunciamento reso da questi. Sul punto, è intervenuta con estrema chiarezza la Corte costituzionale, nella fondamentale sentenza 14 luglio 1977, n. 127: *“il fondamento del giudizio arbitrale è costituito dalla libera scelta delle parti, in quanto soltanto l'autonomia dei soggetti intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24 Cost., può derogare al precetto dell'art. 102 Cost.”* (Perlingeri, op. cit., p. 36 e s.).

Il che chiarisce immediatamente come le parti, attraverso la loro autonomia negoziale, possano, almeno in date materie, stabilire i modi di esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost). E chiarisce ancora come, sempre attraverso un atto di autonomia negoziale, sia pure regolato dall'ordinamento, possano esprimere la loro adesione per l'arbitrato, derogando all'esercizio della giurisdizione ordinaria (art. 102 Cost.).

E' in questo quadro che la preferenza accordata dalle parti a procedure di carattere arbitrale si giustifica sulla base di un insieme variegato e

complesso di elementi, i quali, peraltro, appartengono ormai sempre più al comune sentire delle parti e dei difensori. Elementi che, secondo autorevole dottrina, si caratterizzano come segue: *“particolare specializzazione della controversia, sovente permeata da elementi di natura tecnica; possibilità di richiedere, e ricevere, un servizio interdisciplinare reso da giuristi e non giuristi in armonica collaborazione; fissazione di calendari di lavoro individuale per ciascuna controversia, al di fuori delle liste di attesa che ormai paralizzano i tempi tecnici della giurisdizione ordinaria; accentuazione della ricerca di giustizia sostanziale, con drastica riduzione dell'impatto di quelle tattiche dilatorie ed elusive, ad opera di parti poco scrupolose, che troppo spesso appesantiscono i procedimenti giudiziari; costi comparativamente più contenuti, se riguardati a fronte dello spreco di energie e di denaro, inevitabile quando i procedimenti giudiziari si trascinano per lustri, se non addirittura per decenni; maggiore flessibilità nella presentazione della prova; realizzazione di una logistica procedimentale ottimale, che supera i limiti di una organizzazione giudiziaria inevitabilmente burocrattizzata e troppo spesso arcaica”* (Bernini, op. cit., p. 36).

Così delineati gli elementi che concorrono a favorire la scelta della procedura arbitrale, occorre ancora ricordare brevemente i principi che costituiscono la premessa necessaria per l'attivazione del relativo giudizio e ne garantiscono la compatibilità con l'ordinamento.

Su tali aspetti si tornerà nell'analisi delle singole

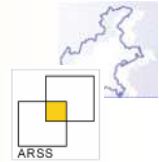


figure riscontrabili nei vari ambiti dell'esperienza giuridica. Qui basti ricordare come essi si riconnettano ai valori fondamentali della giurisdizione, sanciti nella Carta costituzionale.

Si evidenzia così, innanzitutto, il canone dell'imparzialità e della terzietà del soggetto chiamato a svolgere le funzioni di arbitro, qui da intendersi nel senso che egli deve essere del tutto neutrale rispetto alla controversia e alle questioni, anche generali, che in essa sono trattate. In altri termini, l'arbitro, ancorché dotato di competenza tecnica e di adeguata professionalità, non può avere alcun rapporto nemmeno ipotetico o astratto con l'oggetto del contendere.

Nello stesso tempo, l'organizzazione del giudizio deve garantire l'uguaglianza e la parità delle parti, qui da leggersi in una prospettiva sostanziale, in modo che ciascuna di esse possa esercitare i mezzi più appropriati al fine di svolgere e comprovare i propri diritti.

Ma tale parità non deve essere limitata agli atti del processo. Essa è semmai la proiezione della autonomia privata posta in capo ai protagonisti della vicenda, i quali, proprio attraverso tale autonomia, devono poter scegliere liberamente se adire o meno il giudizio arbitrale.

Detta procedura, pertanto, non potrebbe mai essere obbligatoria. In altre parole, costituisce principio fondamentale dell'ordinamento quello secondo cui l'opzione per l'arbitrato ha carattere sempre facoltativo.

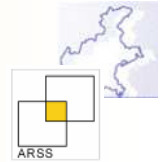
Definito il quadro dei valori nei quali si può

sviluppare l'instaurazione della procedura arbitrale, tenuto presente che le stesse seguiranno le regole fissate in materia dal codice di procedura civile, resta ora da interrogarsi in merito alla possibilità di affidare ad arbitri le controversie sanitarie, delineandone i confini.

Ebbene, nella formulazione originaria dell'art. 806 c.p.c. il criterio stabilito al fine di determinare la compromettibilità in arbitri delle controversie era rappresentato dalla transigibilità o meno di queste. Tale norma prevedeva infatti che non potessero essere deferite ad arbitri le controversie "previste negli artt. 429 e 459 (ora 409 e 442), quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione".

Invero, la nuova previsione contenuta nel codice di rito stabilisce, al primo comma, che "*le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge*". In tal modo, viene "*messo da parte il precedente criterio per l'attribuzione della competenza agli arbitri, consistente nel requisito che la controversia potesse formare oggetto di transazione*". E' così possibile ritenere che "*la regola è divenuta ora l'arbitrabilità e che la non arbitrabilità, essendo il diritto indisponibile, possa essere vista come l'eccezione*" (Rubbino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 262-263).

Si afferma pertanto, in tale materia, il principio della non compromettibilità in arbitri di controversie



attinenti a diritti indisponibili. L'indisponibilità diviene quindi sinonimo di non compromettibilità. Dette nozioni emergono quindi in negativo rispetto al concetto di diritto disponibile, ovvero di quel diritto che attiene a *“posizioni giuridiche soggettive sostanziali di cui i titolari possano disporre”* (I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, in *Arbitrato e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di P. Cendon, vol. XXIII, UTET, p. 6).

Poste queste necessarie premesse, si deve determinare, ai fini della presente trattazione, come tale principio sia suscettibile di trovare applicazione nella materia sanitaria. E' evidente infatti come la principale tipologia di conflitti relativa a tale ambito attenga, per lo più, alla responsabilità del personale medico, sia sotto il profilo civile, sia sotto il profilo penale.

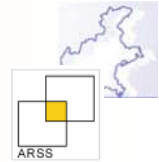
Proprio quest'ultimo aspetto merita un ulteriore approfondimento.

Si è riferito poc'anzi di come il criterio per stabilire il confine tra arbitrabilità o meno di una controversia sia rappresentato dal principio della disponibilità dei diritti.

Così solo i conflitti pertinenti a diritti, che si trovino nella disponibilità delle parti, possono confluire in un compromesso o in una clausola compromissoria. In particolare, e in accordo con quanto previsto dall'art. 806 c.p.c., le parti del "rapporto sanitario", ovvero medico-paziente, possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili. Controversie che

possono essere facilmente individuate fra quelle pertinenti alla materia civile. Non sono invece suscettibili di arbitrato le controversie rientranti nell'alveo della giurisdizione penale, posto che *“il carattere indisponibile dell'illecito, rivesta o meno quest'ultimo rilevanza penale, ne esclude sicuramente l'arbitrabilità”* (G. Bernini, *L'arbitrato*, Diritto interno convenzioni internazionali, Editrice Bologna, Bologna, 1993, p. 266). Tale regola, peraltro, trova una fondamentale eccezione, laddove si rileva la possibilità di deferire ad arbitri le controversie aventi ad oggetto il diritto alle restituzioni o al risarcimento del danno derivante da reato. In buona sostanza, *“pienamente disponibili saranno invece, per converso, gli effetti patrimoniali dell'illecito medesimo, alla stessa stregua di quanto avviene per gli effetti derivanti da negozio. L'arbitrabilità delle controversie originatesi in esito a rapporti non contrattuali o negoziali in genere trovasi, d'altra parte, espressamente riconosciuta, oltrechè dalla giurisprudenza del Supremo collegio, anche dalla Convenzione di New York (art. 2, n. 1), nonché dalla legge modello dell'UNICITRAL del 1985 (art. 1)”* (G. Bernini, *op.cit.*, p. 267).

La circostanza che vi sia un reato alle origini delle questioni patrimoniali sottoposte al giudizio arbitrale, quindi, non rappresenta un elemento limitativo o preclusivo all'espletamento di tale procedura, posto che oggetto del giudizio resta in ogni caso la questione pertinente alla restituzione e/o risarcimento del danno. Questo principio è ribadito dalla giurisprudenza del Supremo Collegio, il quale ha avuto modo di affermare che *“non è una*



controversia a carattere penale, e quindi può formare oggetto di compromesso, quella relativa al risarcimento dei danni derivati da un reato, trattandosi di un diritto affidato alla libera autonomia delle parti, cioè non sottratto alla disponibilità delle parti stesse né per sua natura, né per disposizione di legge” (Cass. 3 ottobre 1953, n. 3159, in Giust. Civ., 1953, I, 3015). Tale tipologia di diritti, “ancorché traggano origine da un illecito penale, rientrano nella disponibilità delle parti e pertanto possono costituire oggetto di transazione ovvero di arbitrato irrituale o libero” (Cass. 26 gennaio 1988, n. 664, in Rass. Arb., 1988, 106).

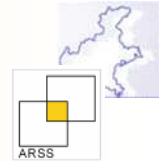
Venendo infine alla dibattuta questione concernente la possibilità di deferire ad arbitri le materie riservate alla competenza di una giurisdizione speciale, si deve osservare che la prevalente dottrina e la giurisprudenza si orientano nel senso della non arbitrabilità di tali materie. Questa conclusione trova fondamento nella considerazione che il potere giurisdizionale degli arbitri, reperendo il proprio presupposto in una deroga convenzionale alla giurisdizione del giudice ordinario, non possa, di per sé, divenire deroga alla giurisdizione di un giudice speciale. (cfr. Cass. 24 settembre 1982 n. 4934; Tar Lazio 23 maggio 1992 n. 635; Cass. 29 agosto 1989 n. 3817 e 3818; Cass. 9 febbraio 1984 n. 380; Cass. 10 aprile 1984 n. 2300; Cass. 24 aprile 2002 n. 6034, in Foro it., 2002, I, 2390; Cass. 2 maggio 1979 n. 2522, in Giur. it., 1980, I, 1, 110; Cass. Sez un, 24 settembre 1982, n. 4934, nella quale si stabilisce la nullità del lodo pronunciato su materia riservata al

giudice amministrativo).

Si deve peraltro osservare che tale principio non trova applicazione nel caso in cui si tratti di diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo. L'art. 6, 2° comma, L. 21 luglio 2000 n. 205 consente infatti l'arbitrato rituale avente ad oggetto diritti soggettivi (ma non anche su interessi legittimi, v. Cass. 27 luglio 2004 n. 14090) devoluti al giudice amministrativo.

Tornando al tema delle controversie in materia sanitaria, si può allora osservare e concludere come queste potrebbero utilmente trovare composizione nell'ambito di istituti arbitrali, i quali dovrebbero comunque essere sviluppati entro i limiti e le condizioni di cui si è detto e si dirà ulteriormente nel prosieguo. In proposito, occorre ancora avvertire che l'istituzione di procedure arbitrali in tale ambito non potrebbe comunque contraddire i principi generali sin qui delineati, che restano in ogni caso le basi e le fondamenta dalla quali non è possibile giammai prescindere.

Con la conseguenza che anche nell'ambito sanitario - e, a maggior ragione, in tale materia, datane la rilevanza costituzionale - dovranno essere sistematicamente garantiti i canoni di facoltatività, parità e uguaglianza delle parti, nonché di indipendenza, terzietà e assoluta neutralità dei giudici. Principi, questi, dei quali si dovrà tenere necessariamente conto all'atto di istituire e regolamentare procedure arbitrali finalizzate a comporre controversie insorte nell'ambito in esame.



4.3. Conciliazione.

Ulteriore strumento di deflazione di contenzioso è sicuramente rappresentato dalla conciliazione stragiudiziale del conflitto. Essa viene normalmente definita come “*strumento di autocomposizione della controversia mediante il quale le parti risolvono la divergenza, da sole o con l'aiuto di un terzo il quale mette a disposizione il proprio consilium*” (M. Rubbino-Sammartano, op. cit., p. 4).

Occorre subito indicare come nell'ordinamento italiano le pratiche conciliative si siano sviluppate, in prevalenza, in seno ad organi istituzionali, preordinati a contribuire alla risoluzione delle controversie nelle materie di competenza. Ne sono esempio gli organi di conciliazione in materia di lavoro, e le camere di conciliazione sviluppatesi in ambito societario.

L'elemento maggiormente significativo di tale istituto è che esso si colloca, al pari della mediazione di cui si tratterà più avanti, in una fase antecedente all'insorgere della controversia. Esso, in particolare, è preordinato a risolvere un conflitto esistente, contribuendo alla stipulazione, tra le parti, di un accordo di natura sostanzialmente transattiva, attraverso i quali sono definite le reciproche posizioni.

E' così utile osservare come il modello di conciliazione in esame (a differenza di quella giudiziale) non abbia natura processuale. Essa, in altri termini, costituisce la sede e, se si vuole, l'occasione affinché le parti possano risolvere il

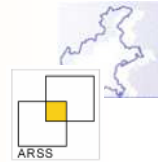
contenzioso regolandone le sorti attraverso un atto di autonomia privata, disciplinato secondo i canoni del diritto privato.

In questo senso, la posizione dell'organo di conciliazione, sia esso monocratico o collegiale, è necessariamente quella di un soggetto terzo, la cui neutralità, tuttavia, deve essere vista soprattutto come garanzia di pari trattamento e di lealtà nei confronti delle parti.

Con la conseguenza che il suddetto organo di conciliazione assume un ruolo propulsivo, una forma di collaborazione prestata a favore di tutte le parti del conflitto, affinché queste pervengano ad un accordo.

Peraltro, deve ancora aggiungersi che nell'ordinamento sono previste forme di conciliazione sia facoltative sia obbligatorie. La legittimità costituzionale di queste ultime dipende essenzialmente dal fatto che esse non incidono minimamente sull'esercizio dei diritti in sede processuale purché, come avviene nei casi previsti, siano contestualmente indicati termini certi e ragionevoli per la loro definizione (si pensi, in tal senso, alle controversie di lavoro, che prevedono forme di conciliazione obbligatoria le quali costituiscono il presupposto per l'esercizio dell'azione giurisdizionale).

Senonché, non vi è dubbio che la istituzione di modelli di conciliazione obbligatori, in determinati ambiti, favorisce, in ogni caso, una almeno parziale



alterazione dei diritti dei singoli o, quanto meno, delle modalità per il loro esercizio.

Ne consegue che, in tali casi, stante la connessione con il diritto di difesa e con le forme garantite di esercizio delle proprie posizioni giuridiche, siffatta previsione dell'obbligatorietà potrebbe essere introdotta soltanto con legge dello Stato, cui compete, in via esclusiva, la disciplina dell'assetto giurisdizionale e dell'ordinamento civile

Venendo ora all'ambito sanitario, si può affermare che la creazione di strumenti istituzionali di conciliazione, ancorché di carattere facoltativo, potrebbe contribuire, come già riferito, alla deflazione delle vertenze, con benefiche ricadute sulla spesa ed ulteriori effetti di accelerazione dei procedimenti.

I modelli che si potrebbero prospettare appaiono molteplici.

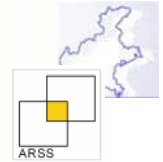
Sotto un primo profilo, appare possibile configurare un sistema di *conciliazione diffusa* costituito presso tutte le aziende sanitarie; tuttavia un simile modello organizzativo potrebbe scontare alcuni dubbi e perplessità in merito alla uniformità delle condotte degli organi di conciliazione ed alla loro indipendenza rispetto alle strutture presso le quali risulterebbero costituiti.

Tali problematiche potrebbero essere ovviate attraverso l'adozione di un modello accentrato, appositamente introdotto in ambito regionale, che garantirebbe uniformità di condotte ed eguale distanza dalle parti. Esso, peraltro, sconterebbe

forse una certa distanza rispetto alle realtà locali nelle quali sarebbero insorte le controversie.

Esiste poi una terza possibile configurazione del sistema, nella quale coesisterebbero organi di conciliazione locali ed un organo centrale: ai primi sarebbero attribuiti i conflitti di minor valore, ovvero quelli relativi a casi specificamente attinenti alla realtà di pertinenza; al secondo sarebbero conferite tutte le restanti controversie, con ulteriori compiti di coordinamento, indirizzo e direzione nei confronti degli organi periferici, in modo da assicurare la dovuta uniformità di comportamento.

Infine, come si è già osservato in precedenza, non è da sottovalutare il fatto che in sede di conciliazione, ossia in sede di accordo conciliativo, potrebbe inoltre essere convenuta la rinuncia ovvero la remissione rispetto a eventuali querele, almeno per quelle fattispecie che configurino reati procedibili a querela di parte. La sede conciliativa, quindi, potrebbe costituire, anche incidentalmente, l'occasione per la definizione di una eventuale remissione di querela.



4.4 Mediazione

Un ulteriore istituto che viene in considerazione, nell'ambito dell'analisi degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, è rappresentato dalla mediazione. Questa, nella sua accezione più comune, elaborata peraltro dalla dottrina civilistica europea, consisterebbe in un procedimento teso a "indurre ciascun contendente a rinunciare ad una parte della propria pretesa" (M. Rubino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 13).

Tale istituto, nel nostro ordinamento, tende in realtà a confondersi con quello della conciliazione poc'anzi esaminato.

Un'altra accezione di questa figura ne pone in luce una diversa caratterizzazione, secondo la quale essa interverrebbe in una fase di composizione preventiva dei rapporti, prima ancora che dei conflitti, tra i cittadini e le strutture. E ciò, ovviamente, sia quando tali rapporti si siano alterati, sia quando sussista la necessità di agevolare il cittadino che si pone in comunicazione con l'amministrazione, e collaborando nel contemperamento dei diversi interessi in gioco.

In questo senso, la figura in esame viene a coincidere con la cd. mediazione istituzionale o pubblica, contrassegnata da una libertà di forme e procedure, e dalla totale assenza di specifici poteri decisori se non finalizzati all'impulso ed alla promozione della risoluzione di conflitti. Questo ruolo tende quindi ad avvicinarsi, se non addirittura

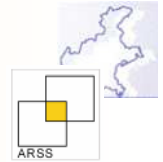
a coincidere, con quello del difensore civico (cd. 'ombudsman' negli ordinamenti del nord Europa), tipico dell'amministrazione locale e regionale, il cui compito è quello di collaborare con le parti al fine di garantire l'attuazione dei canoni del buon andamento e dell'imparzialità della P.A.

Si noti ancora come tale istituto, secondo quanto rilevato più sopra, nell'ordinamento italiano sia del tutto collocato al di fuori dell'amministrazione della giustizia, con la conseguenza che, rispetto ad esso, non possono essere invocati né i principi processualistici evidenziati rispetto all'arbitrato, né le nozioni che regolano le procedure conciliative.

Ciò non significa, tuttavia, che il mediatore non debba possedere requisiti idonei a garantire la sua affidabilità rispetto al cittadino. Ma questi requisiti derivano essenzialmente dalla sua collocazione in seno all'amministrazione, e dalla soggezione di questa ai generali principi di uguaglianza, imparzialità, efficacia ed efficienza riuniti negli articoli 3 e 97 Cost.

E' proprio in ragione di tali requisiti che, di norma *"le parti, nella mediazione istituzionale non si rivolgono tanto al mediatore (...) perchè in esso ripongono fiducia o si sentono subordinate, quanto perchè egli è istituzionalmente preposto alla mediazione del tipo di conflitto che le oppone"* (I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, op. cit., p. 214)

Emergono così le due caratteristiche fondamentali connesse a tale ruolo: il carattere istituzionale; la

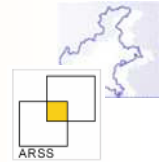


specializzazione, ossia la preposizione a tipologie specifiche di rapporti e di conflitti.

Tenuto conto dell'aspetto necessariamente settoriale e, se si vuole, tecnico della figura, sembra così profilarsi la possibilità di introdurre favorevolmente un simile soggetto nell'ambito sanitario, attribuendogli così compiti di assistenza delle parti, di informazione, di collaborazione e di prevenzione dei conflitti.

In questa logica, appare infatti possibile recuperare le esperienze spesso favorevoli che sono maturate in seno all'amministrazione locale e regionale, introducendo, nell'apparato della sanità pubblica, un elemento di *mediazione* che, se adeguatamente indirizzato, potrebbe utilmente intervenire nella deflazione della conflittualità quasi connaturale nei rapporti con l'utenza.

E' ovvio, peraltro, che questi effetti potrebbero essere conseguiti soltanto laddove fosse promosso un adeguato sostegno culturale sia nei cittadini sia negli operatori sanitari. Cosa che costituisce, al pari degli altri aspetti, un necessario presupposto per la proficua introduzione della figura in esame.



4.5. Perizia contrattuale

Merita un ulteriore cenno, in chiusura, l'istituto della perizia contrattuale. Esso viene comunemente ravvisato allorché le parti di un rapporto giuridico affidano ad un terzo, il perito, l'incarico di svolgere un dato accertamento in base ad una specifica capacità tecnica.

Diversamente dall'arbitrato, nel quale le parti di un contratto intendono definire una determinata controversia, con la perizia contrattuale i soggetti si impegnano ad accettare l'apprezzamento tecnico svolto dal perito come diretta espressione della loro volontà negoziale (Cass. Civ., sez. III, 24 maggio 2004, n. 9996). In tal senso si deve rilevare che con questo istituto si mira a definire la quantificazione dei danni relativi ad una determinata forma di responsabilità. Le parti conferiscono così al perito il compito di effettuare un accertamento tecnico, non discrezionale, in merito ad una determinata questione.

Le parti, pertanto, per il tramite di un mandato per una definizione negoziale, avente ad oggetto un apprezzamento tecnico (così Cass., sez. III, 23 ottobre 1998, n. 10554).

Il perito non si impegna tuttavia a risolvere una controversia insorta tra le parti (come nel caso dell'arbitrato), bensì a quantificare l'importo dei danni derivanti ad un soggetto.

Tale istituto potrebbe essere forse preso in considerazione nell'ambito sanitario, specie per la

sua utilizzabilità in riferimento alla conciliazione, e fors'anche nel quadro di procedure attinenti alla fase della mediazione.

PARTE SECONDA

L'analisi dei modelli affini e l'individuazione dei principi regolatori delle procedure di prevenzione e risoluzione dei conflitti

1. Analisi delle esperienze maturate. Elementi di criticità e prospettive di affermazione di sistemi stragiudiziali di definizione dei conflitti in relazione alle fattispecie analizzate e alla casistica esistente. 2. Arbitrato in ambito societario. Il valore della terzietà del giudice arbitrale. 3. Arbitrato in materia di lavoro. 4. Arbitrato in materia di opere pubbliche. 5. Arbitrato e contratti dei consumatori. 6. Arbitrato sportivo.

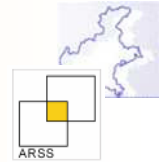
1. Analisi delle esperienze maturate. Elementi di criticità e prospettive di affermazione di sistemi stragiudiziali di definizione dei conflitti in relazione alle fattispecie analizzate e alla casistica esistente.

Si è riferito poc'anzi della demarcazione fra fattispecie compromettibili e fattispecie non compromettibili in arbitri. Si è detto, in particolare, di come la linea di delimitazione di queste due aree risulti segnata dal principio della disponibilità dei diritti. Solo le controversie aventi ad oggetto tale tipologia di diritti, infatti, sono suscettibili di essere attratte nella sfera delle questioni arbitrabili.

L'art. 806 c.p.c., infatti, prevede che *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò è previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”*.

Fra i conflitti compromettibili in arbitri, è possibile individuare, quindi, oltre alle controversie di lavoro, come previsto dal richiamato art. 806 c.p.c., anche le controversie attinenti alla materia societaria, agli appalti di opere pubbliche, al settore della tutela del consumatore e all'ambito turistico e sportivo. Né si può dimenticare, peraltro, la possibilità di introdurre forme di arbitrato all'estero o fra Stati esteri, con le relative problematiche in ordine alla validità delle decisioni assunte nel Territorio Nazionale.

In questo contesto, si ravvisa l'utilità di trattare di alcune di queste tipologie arbitrali, al fine di esaminarne le implicazioni pratiche e, soprattutto, di evidenziare i vantaggi derivanti dall'applicazione di tale strumento in relazione alle controversie sanitarie.



2. Arbitrato in ambito societario. Il valore della terzietà del giudice arbitrale.

Con l'entrata in vigore del D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 è stato introdotto, nell'ordinamento italiano, un nuovo modello di arbitrato societario, che si è andato quindi ad affiancare al modello di arbitrato generale delineato dal codice di procedura civile (artt. 804 e ss).

Non è forse necessario fermarsi sul contenuto delle singole disposizioni regolatrici della materia. Appare invece significativo porre in evidenza come dal contesto della disciplina dell'arbitrato in materia societaria emerga un principio generale inteso a garantire i valori della terzietà e della necessaria imparzialità del soggetto cui viene attribuito il compito di decidere la controversia.

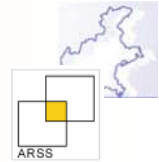
Il punto di partenza di tali considerazioni muove dall'osservazione di un dato ormai acquisito tra gli interpreti e gli operatori del diritto e, più in generale, del sistema economico interno ed internazionale. Negli ultimi anni, infatti, si è sempre più profilato il ricorso allo strumento arbitrale e agli altri sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, al fine di risolvere gli specifici conflitti radicatisi *nell'ambito societario*.

Né lo sviluppo e l'incremento di questo fenomeno è stato invero ostacolato da quella giurisprudenza che, sin dagli anni '80, ha tentato di delimitare l'ambito di operatività della clausola compromissoria nella materia in esame. Questo orientamento, infatti, nell'affermare l'inderogabilità del principio di imparzialità degli arbitri, ha sancito, in ogni modo,

l'incapacità dei sindaci della società e, in generale, degli organi sociali di assumere le funzioni di arbitri rituali nelle controversie insorte tra la società e i soci, nonché tra i soci stessi (Cass., Sez. I, 3.5.1984, n. 2680).

La medesima incapacità è stata peraltro riconosciuta anche in capo al collegio dei probiviri. In materia, occorre infatti avvertire che la giurisprudenza prevalente ha sancito la nullità della clausola compromissoria attributiva di tale funzione ai probiviri stessi, qualora le norme dello statuto abbiano riservato all'assemblea la nomina dei probiviri ad arbitri senza prevedere, contestualmente, l'unanimità dei consensi. E, d'altra parte, si è pure ritenuta l'inoperatività della suddetta clausola nei confronti di quei soci che non abbiano approvato la deliberazione assembleare di nomina (Cass. Civ., Sez. I, 7.6.1985, n. 3394).

Ebbene, parte della dottrina, in contrasto con questo insegnamento, evidenziava la "*persistenza di orientamenti giurisprudenziali assai poco inclini a favorire la diffusione nella prassi societaria dell'arbitrato come tecnica di risoluzione delle controversie dipendenti dal rapporto sociale*", nonché l'espropriazione del "*diritto dei soggetti di un rapporto societario di sottrarre ai giudici la competenza a risolvere le connesse controversie [...]. E ciò non più attraverso la delimitazione della sfera di operatività delle clausole compromissorie in riferimento al carattere disponibile o meno degli*



interessi in gioco, ovvero all'individuazione dei requisiti formali della stessa, e delle norme di funzionamento del diritto arbitrale; bensì attraverso la sottrazione agli organi societari statutariamente contemplati, delle funzioni arbitrali di cui essi erano stati deliberativamente investiti, con conseguente accertamento dell'impossibilità di costituire il collegio arbitrale secondo le modalità contrattualmente previste" (G. Silingardi, L'arbitrato in materia societaria e la "linea di maggior rigore", Giur. Comm., 1986, II, p. 26 s.).

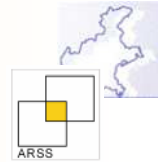
Il principio della terzietà dell'organo giudicante costituisce, quindi, un valore fondamentale più volte riaffermato anche dalla più recente giurisprudenza, la quale ha confermato l'incompatibilità della nomina ad arbitro di soggetti che ricoprano cariche sociali. Ne deriva che gli arbitri, ai fini della rituale instaurazione del giudizio, devono pur sempre possedere requisiti minimi di terzietà, ma anche di indipendenza rispetto alle parti. In altri termini, questi orientamenti giurisprudenziali consentono di mettere in luce il principio secondo cui gli arbitri - rispetto ai quali è ammissibile che possano essere individuati dalle parti e possano financo avere rapporti con esse - debbano pur sempre porsi in una posizione di necessaria estraneità rispetto alle situazioni controverse. Ed è per questa ragione che la giurisprudenza esclude sistematicamente la possibilità per i soggetti che rivestono incarichi sociali persino con funzioni di garanzia (sindaci, probiviri), di poter assumere le funzioni di arbitro data la loro inevitabile vicinanza con gli interessi e con le posizioni dell'una e dell'altra parte

rappresentata in giudizio.

Il punto centrale che emerge dall'analisi di un giudizio arbitrale ben strutturato nonché particolarmente approfondito nelle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali, come quello previsto in materia societaria, è dunque che l'assunzione di funzioni che implicano la risoluzione giurisdizionale delle controversie da parte di soggetti estranei all'ordinamento giudiziario impone l'adozione di garanzie forti che, nell'interesse di entrambe le parti, richiedono la soggezione dei giudici-arbitri ad inalienabili requisiti di terzietà e di indipendenza.

Questo elemento, che, nella sostanza, configura un vero principio generale, dovrà evidentemente essere tenuto in attenta considerazione al momento in cui si procederà ad elaborare i meccanismi di risoluzione del contenzioso da introdurre nella sfera sanitaria.

Il che, peraltro, impone un ulteriore rilievo, il quale sarà comunque sviluppato più avanti, specie quando si verrà a parlare dei modelli conciliativi nell'ambito del diritto del lavoro. Occorre invero avvertire sin d'ora che tali garanzie di terzietà e di indipendenza assumono un rilievo preponderante nel quadro di organi costituiti ai fini della risoluzione giurisdizionale delle controversie, nel cui quadro assumono, dunque, la funzione di giudice. Le stesse garanzie, peraltro, come si vedrà nel prosieguo, sembrano in parte attenuate con riferimento ad organi di diversa natura destinati alla risoluzione di situazioni precontenziose, aventi ad oggetto invece la conciliazione delle parti.



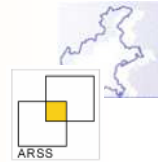
Di tali principi dovrà necessariamente tenersi conto allorché sarà valutata la possibilità di istituire strumenti di risoluzione dei conflitti in materia sanitaria. Rispetto ad essi, infatti, si potrebbe porre sia l'esigenza di distinguere tra giudici arbitrali propriamente detti ed organi di conciliazione. Con riferimento ai primi occorrerà in effetti prevedere opportuni meccanismi preordinati a garantire la terzietà e l'indipendenza degli arbitri, anche in considerazione della interessi in gioco (tutela della salute, giustizia). Tutto ciò sembrerebbe suggerire particolari cautele, specie ove si ritenesse di poter inserire nei collegi soggetti provenienti da aziende sanitarie o legati ad esse da rapporti professionali o, più in generale, di cointeressenza. Analoga questione potrebbe porsi nei confronti di categorie specifiche legate, in un qualche modo, all'esercizio delle professioni sanitarie e per loro stesse titolari di posizioni soggettive o di interessi suscettibili di divenire oggetto del giudizio o comunque di esercitarvi una possibile influenza.

Questo insieme di considerazioni suggerisce di individuare, in via preventiva, precise regole finalizzate alla migliore selezione dei soggetti ai quali affidare le funzioni di arbitro.

Ma tornando all'esame dei temi che emergono in seno all'istituto dell'arbitrato nel diritto societario, si devono prendere in considerazione ulteriori questioni che, per il loro possibile rilievo generale, richiedono di essere evidenziati in questa sede.

Il primo tema che si pone attiene alla sufficienza o meno dell'adesione al contratto sociale al fine di

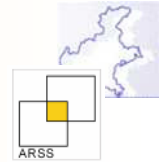
ritenere efficace, in quanto accettata, la clausola compromissoria ivi prevista. Tale questione, infatti, ancora di interesse dottrinario e giurisprudenziale, potrebbe assumere rilevanza anche in un eventuale arbitrato in materia sanitaria quando si ritenesse che la richiesta o, in ogni caso, la automatica accettazione dei trattamenti terapeutici possa implicare la contestuale accettazione di forme non giurisdizionali, ove previste, di risoluzione dei conflitti. Direttamente collegata alla questione precedente, è quella che riguarda la necessità o meno di accettazione specifica. Osserva sul punto la giurisprudenza che *“la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie: cooperativa) vincola, senza necessità della specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 c.c., il nuovo socio aderente che si sia limitato ad una generica accettazione scritta delle norme statutarie (nella specie: per relationem, mediante la sottoscrizione della domanda di ammissione, nella quale dichiarava “di aver preso visione dello statuto e di impegnarsi a rispettarlo)”* (Cass. 3 febbraio 1968, n. 353, in Foro it., 1968, 1, 3057; in terminis, Cass. 7 ottobre 1991 n. 10444, in Foro it., 1991, I, 1072 e Cass. 9 aprile 1993, n. 4351, Mass. Foro it., 1993, 413). Tale posizione si fonda sulla considerazione che l'art. 1341 c.c. è norma applicabile ad accordi stipulati fra parti contrapposte, ovvero titolari di interessi antitetici. Nel caso di società, invero, manca questa contrapposizione fra soci al momento della adesione alla società da parte del socio stesso. In materia sanitaria, tuttavia, sembra possibile



addivenire ad una soluzione opposta, laddove si consideri che le parti dei conflitti sono, in quanto tali, potenzialmente collocate in una posizione conflittuale originaria.

Altra questione che si pone in tema di controversie societarie è quella relativa alla compromettibilità di tali conflitti. Sul punto si deve osservare che sono ritenute compromettibili le controversie inerenti ai diritti del singolo socio (conferimenti del socio, liquidazione quota sociale, esclusione del socio, etc.), laddove, al contrario, si esclude tale forma di risoluzione dei conflitti relativi a interessi collettivi (impugnazione di delibere assembleari, revoca per giusta causa e, in generale, ogni atto o provvedimento attinente a interessi della società. Sul punto cfr. Cass. 19 settembre 2000, n. 12412).

Il rilievo suggerisce di porre particolare attenzione a circoscrivere le controversie insorte in materia sanitaria suscettibili di risoluzione arbitrale. A tal fine, infatti, questi conflitti dovrebbero essere limitati a quelli riguardanti le posizioni di soggetti singoli, escludendo la possibilità di azioni instaurate da organizzazioni rappresentative di interessi collettivi e, più in generale, indirizzati a censurare l'azione delle strutture sanitarie senza uno specifico riferimento a casi individuali.



3. Arbitrato in materia di lavoro.

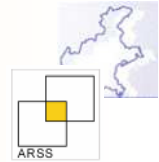
Fra le controversie compromettibili in arbitri, è possibile inoltre individuare quelle attinenti al ramo del diritto del lavoro.

In particolare, l'art. 806 c.p.c., dopo aver affermato il principio della generale arbitrabilità dei diritti disponibili (primo comma), prevede che *“le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”* (secondo comma).

Si deve innanzitutto osservare come la norma non lasci margini ad incertezze in ordine all'oggetto del giudizio arbitrale, in relazione a controversie di lavoro. Tuttavia, come osserva autorevole dottrina, *“per poter decidere di fronte all'arbitro una lite di lavoro, non è sufficiente la scelta individuale espressa in tal senso dalle singole parti interessate, ma è necessario che vi sia, a monte, una manifestazione di volontà generale, espressa o dal legislatore o dalle rappresentanze sindacali”* (M. Bove, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p.880). E' possibile peraltro osservare come la presenza, nell'ambito delle controversie di lavoro, di parti che, *per loro natura*, risultano contrapposte (datore di lavoro, da un lato, e prestatore, dall'altro), ha determinato, nel nostro ordinamento, una tenue affermazione del fenomeno arbitrale.

Non si è avuta, pertanto, una complessiva affermazione dei sistemi alternativi di risoluzione

delle controversie di lavoro come, da più parti, veniva auspicato. E ciò anche in considerazione del fatto che *“la ragione per cui il legislatore ha visto sempre con sospetto l'arbitrato nelle controversie di lavoro non sta nel fatto che esse abbiano ad oggetto, normalmente, diritti indisponibili, quanto nel fatto che in esse si debbano spesso applicare norme inderogabili, norme, cioè, che i privati non possono mettere fuori gioco con un accordo privato, norme a cui il legislatore ha voluto dare una particolare forza a causa della (usuale) disparità di partenza delle posizioni sociali delle parti coinvolte”* (M. Bove, *op.cit.*, p. 881 s.). Da questi rilievi emerge, in analogia a quanto già evidenziato per le controversie in materia societaria, come la posizione e gli interessi dei soggetti coinvolti nelle controversie arbitrabili si configurino quali elementi idonei ad ampliare ovvero a limitare lo sviluppo e la diffusione di siffatti sistemi alternativi. In effetti, solo quando viene garantita la reale parità delle parti, l'imparzialità e la terzietà degli organi giudicanti e, nel contempo, l'uniformità delle procedure e la garanzia di buon funzionamento del sistema arbitrale, tale mezzo è suscettibile di spontanea diffusione ed operatività. Di tali rilievi, pertanto, si dovrà tenere conto anche quando si considererà la possibilità di utilizzare questi stessi sistemi in relazione a controversie sanitarie, attesa la diversità delle posizioni delle singole parti interessate: il medico, per l'appunto, ed il paziente.



D'altra parte, l'importanza di assicurare la parità delle parti nel giudizio arbitrale è stata affermata dalla Corte costituzionale, la quale ha ritenuto "costituzionalmente illegittima la norma che non assicura a ciascuna delle parti la libertà di sottrarsi all'arbitrato o che non rispetta il principio di eguaglianza delle parti nella composizione del collegio, là dove è costituzionalmente legittima la norma che prescrive peculiari modalità di svolgimento dell'arbitrato" (Corte Cost., sent. 8.6.2005, n. 221).

In tal senso, la dottrina ha osservato come, con la delibazione in argomento, la Corte intenda affermare che "per essere costituzionalmente legittima una norma in tema di arbitrato, deve essere assicurata 'a ciascuna delle parti' la libertà di sottrarsi all'arbitrato previsto dalla legge o da una fonte eteronoma e che deve essere assicurato il principio di eguaglianza delle parti quanto alla nomina e alla composizione del giudice arbitrale" (E. Occhipinti, *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 515 s.).

Se ne deduce che, anche nell'ambito della disciplina dell'arbitrato in materia di lavoro, riemergono e acquistano un ulteriore significato i principi che si sono osservati in altri settori dell'ordinamento. Così, accanto ai valori tradizionali dell'indipendenza e della terzietà degli arbitri, su un diverso piano, emerge con particolare vigore il tema della *necessaria parità* delle parti. Tema che dovrà essere considerato e opportunamente risolto nel momento in cui si procederà ad elaborare strumenti

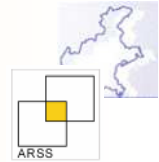
di risoluzione dei conflitti nello specifico ambito sanitario. E' in questo settore, infatti, che, analogamente alla materia giuslavoristica, si potrebbero manifestare evidenti e pericolose sproporzioni tra le posizioni delle parti delle controversie. Si pensi infatti a situazioni nelle quali i singoli utenti risulterebbero contrapposti a strutture pubbliche, ovvero a professionisti che, il più delle volte, potrebbero avere alle loro spalle le organizzazioni o gli ordini di appartenenza.

Tutto ciò impone l'adozione di particolari cautele, individuando mezzi di risoluzione extragiudiziale dei conflitti, tali da garantire una reale parità delle parti, e ad attribuire ad esse uguali opportunità per esprimere e tutelare i propri diritti in sede contenziosa.

Ma nell'ambito delle controversie del lavoro, merita ancora di essere preso in considerazione l'istituto della conciliazione, previsto e regolato a partire dagli artt. 410 e 411 c.p.c.

A differenza dell'arbitrato, la conciliazione non opera quale strumento *alternativo* di risoluzione di conflitti. Essa, in effetti, interviene in una fase precontenziosa, come mezzo preordinato alla definizione anticipata delle controversie tramite la stipulazione di un accordo di natura essenzialmente transattiva.

Si tratta di uno strumento dalle evidenti potenzialità, il cui impiego su larga scala ha consentito di ridurre, almeno in parte, il numero delle controversie approdate alla sede giurisdizionale, con significative ricadute in termini di riduzione dei tempi e dei costi



per la definizione del contenzioso.

Peraltro, è ancora utile considerare come, nella sfera del diritto del lavoro, tale effetto deflattivo sia da ricondurre principalmente all'innovazione prevista dall'art. 36, d.lgs. 31.3.98, n. 80; quest'ultima norma, attraverso la novellazione dell'art. 410 e l'introduzione dell'art. 412 bis c.p.c., ha infatti individuato nella preventiva instaurazione della procedura conciliativa una vera e propria condizione per il successivo esercizio dell'azione giurisdizionale, imponendo così alle parti di darvi corso.

Il punto merita di essere sottolineato sin d'ora.

Occorre infatti porre in luce come l'eventuale previsione di un momento conciliativo, finalizzato alla definizione precontenziosa dei conflitti in area sanitaria, ben difficilmente potrebbe essere previsto come obbligatorio dalla legge regionale, sino a divenire condizione di procedibilità della successiva azione, in analogia a quanto previsto nel diritto del lavoro.

Ed infatti, mentre in quest'ultima materia la conciliazione risulta prevista e regolata dalle disposizioni del codice di procedura civile, si deve invece ritenere che, in mancanza di uno specifico intervento del legislatore statale, la legge regionale non potrebbe introdurre autonomamente disposizioni finalizzate a rendere obbligatorio l'esperimento della procedura conciliativa in relazione a controversie sanitarie. In altri termini, in difetto di una specifica normativa di matrice statale, il legislatore regionale non risulterebbe abilitato a

configurare la conciliazione come antecedente necessario per l'introduzione del giudizio vero e proprio.

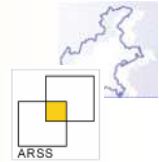
E questo, quantomeno in virtù del limite introdotto dall'art 117, secondo comma, lett. l), Cost. (come novellato dalla L. Cost. n. 3 del 2001), nella parte in cui attribuisce alla competenza del *solo* legislatore statale le materie attinenti alla "giurisdizione" e alle "norme processuali", nonchè all' "ordinamento civile".

Sul tema si tornerà nel prosieguo, allorchè saranno tratteggiati i principi che dovranno in una qualche misura interferire con il possibile intervento legislativo regionale dettato in materia di risoluzione dei conflitti e dei contenziosi derivanti da responsabilità medica ovvero delle strutture sanitarie.

Qui basti ancora osservare che lo strumento della conciliazione, dimostratosi particolarmente efficace nella sfera giuslavoristica (ed, in special modo, nell'ambito delle controversie attinenti al lavoro pubblico), nella materia in esame potrebbe essere esclusivamente configurato come mero rimedio facoltativo, la cui attivazione resterebbe pur sempre consegnata alla scelta comune delle parti.

Svolta questa necessaria premessa, sempre nell'ottica della risoluzione dei conflitti insorti in materia sanitaria, si possono ora prendere in considerazione alcuni ulteriori aspetti particolarmente significativi nel quadro della fase conciliativa.

Venendo dunque alla costituzione dell'organo avanti



al quale si svolge la procedura, si può osservare come, rispetto ad esso, si attenuino fortemente i principi di terzietà e di indipendenza già posti in luce per i collegi arbitrali. Ed infatti, ferma la presenza di un presidente istituzionalmente terzo, rispetto ai soggetti coinvolti e al tema del contenzioso, nessun vincolo condiziona la scelta dei componenti fatta dalle parti. Sicché non è infrequente che siano chiamati in seno all'organo investito della conciliazione persino altri dipendenti del datore di lavoro (si pensi ai dirigenti della Pubblica Amministrazione), rappresentanti di associazioni di categoria, sindacalisti, etc..

Tutto ciò, calato nella prospettiva delle controversie in materia sanitaria, sembrerebbe quindi profilare la possibilità che le funzioni di "conciliatore", a differenza di quelle di arbitro, possano essere attribuite anche a soggetti legati da rapporto di servizio, ovvero di cointeressenza o comunque di vicinanza con le parti, senza in tal modo minare la validità e l'efficacia della procedura.

Questa attenuazione del principio di indipendenza appare quasi connaturale alla finalità propria della fase conciliativa, la quale appare tutt'al più indirizzata a provocare un accordo transattivo tra le parti, componendone bonariamente le rispettive posizioni. Con la conseguenza che, in questa logica, appare persino preferibile la presenza di soggetti in senso lato cointeressati, le cui vicinanze con le parti (analogamente a questo avviene nelle controversie di lavoro) potrebbe persino favorire la stipulazione di accordi conciliativi.

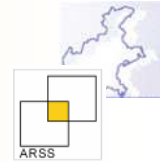
Il che lascia presagire come l'eventuale previsione di fasi conciliative, in seno al contenzioso in materia sanitaria, potrebbe essere in qualche modo favorita dall'attribuzione di funzioni di conciliatori-mediatori a soggetti coinvolti nella materia, per la loro appartenenza alle strutture pubbliche, ovvero per l'esperienza professionale maturata o ancora perché provenienti da organismi o associazioni di categoria (quali, ad esempio, i rispettivi ordini professionali, ovvero enti esponenziali dei diritti degli utenti).

Il che, tuttavia, non potrebbe vanificare i canni di eguaglianza, parità delle parti e lealtà, presupposto indefettibile anche nelle procedure in commento.

Ma tornando ancora al modello di conciliazione vigente nell'ambito gius-lavoristico, si possono ancora osservare elementi significativi, quali potrebbero essere utilmente traslati nel quadro della risoluzione anticipata della controversia sanitaria.

Senza volere entrare nel dettaglio della disciplina in esame, si può comunque evidenziare, in questa sede, il contesto assolutamente informale delle procedure che non prevedono né particolari mezzi per l'instaurazione della fase conciliativa (è sufficiente una mera istanza scritta), né obblighi di patrocinio, né ancora regole particolari per il procedimento che può quindi svolgersi senza schemi preordinati.

Altro elemento saliente, che si aggiunge a quelli descritti, va ravvisato nella estrema rapidità della procedura, la quale consente di pervenire ad una decisione (o meglio, ad un accordo) in tempi



particolarmente solleciti (su tale procedura si veda diffusamente: R. Scognamiglio, *Manuale di Diritto del Lavoro*, Napoli, 2005, p. 366 e s.).

Alla stregua di tali rilievi sembra quindi di potersi concludere che i modelli di arbitrato e di conciliazione, delineati nel quadro del diritto del lavoro, presentano caratteristiche particolarmente significative, di cui sembra opportuno tenere conto in sede di possibile adozione di procedure consimili, nel diverso contesto delle controversie maturate in ambito sanitario.

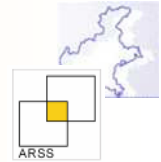
Sintetizzando, quindi, i dati salienti sin qui raccolti, si può allora osservare quanto segue:

a) nella sfera della risoluzione arbitrale dei conflitti, peraltro di scarsa applicazione, risultino evidenziati e riaffermati quei principi di indipendenza e terzietà dei giudici nonché di parità delle parti, già osservati, peraltro, nel quadro del diritto societario. Risulta così confermato che l'eventuale introduzione di strumenti di decisione delle controversie (alternativi rispetto all'azione giudiziaria) dovrebbero essere pur sempre condizionate dalla necessità di garantire tali valori preminenti, imponendo, da un lato, di valutare con particolare cautela la possibilità per talune categorie di soggetti di entrare a far parte degli organi arbitrali; dall'altro lato, di assicurare le effettive parità delle parti agevolandone l'esercizio dei rispettivi diritti;

b) nell'ambito delle procedure conciliative (distinte dalle prime perché non finalizzate alla decisione dei conflitti, ma tese semmai a promuovere l'accordo tra

le parti), si profila, all'opposto, un quadro di garanzie assai meno intenso, il quale, mantenendo ben fermo il solo principio di parità e uguaglianza delle parti, consente di sviluppare forme più libere, tese ad agevolare la preventiva risoluzione delle possibili, future controversie. Appare così compatibile con l'istituto conciliativo (e con la sua eventuale estensione all'ambito sanitario) la partecipazione alle procedure di soggetti posti in posizione di cointeressato o di vicinanza con le parti, salve la presenza di un soggetto terzo, cui affidare il ruolo di presidente del collegio, con compiti di garanzia e di impulso. Vi è peraltro da sottolineare come la giuridica difficoltà di stabilire (come nel diritto del lavoro) forme obbligatorie di conciliazione in materia sanitaria (ex art. 117 Cost.), potrebbe menomare fortemente lo sviluppo di tale pratica.

Per questo, il possibile intervento legislativo regionale in tale ambito, potrebbe prevedere opportuni incentivi atti a favorire l'accesso a tali procedure, quali, ad esempio, la sollecitudine nella evasione dei procedimenti e il contenimento delle spese; ma anche il coinvolgimento di categorie istituzionali, la partecipazione ai collegi da parte di soggetti qualificati e la diffusione sul territorio degli organi di conciliazione (laddove, per gli organi arbitrali, sembrerebbe invece preferibile un modello accentrato).



4. Arbitrato in materia di opere pubbliche.

Un ulteriore settore nel quale, quasi tradizionalmente, viene prevista la possibilità di esperire mezzi alternativi di risoluzione delle controversie attiene alla disciplina dei lavori pubblici.

In merito è utile ricordare come, già a partire dall'ormai abrogato art. 349 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, si prevedeva che " nei capitolati d'appalto potrà stabilirsi che le questioni tra l'amministrazione e gli appaltatori siano decise da arbitri".

Il significato e l'intenzione della norma emergono dal confronto tra l'All. F (riguardante i lavori pubblici) e l'All. E della medesima legge (attinente all'abolizione del contenzioso amministrativo).

Ed è significativo osservare come quest'ultimo avesse sottoposto alla cognizione del giudice ordinario tutte le controversie in materia di diritti, instaurate nei confronti della pubblica amministrazione (artt. 4 e 5, l. n. 2248 del 1865, All. E).

Ebbene, tra tali controversie avrebbero dovuto essere necessariamente ricomprese anche quelle insorte tra amministrazioni ed appaltatori, in sede di esecuzione di lavori pubblici.

Senonchè, il già citato art. 349 dell'All. F veniva così ad introdurre una sorta di regime derogatorio rispetto alla riserva stabilita a favore dell'autorità giudiziaria ordinaria; regime che le pubbliche amministrazioni avrebbero potuto attivare attraverso

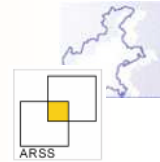
la semplice previsione dell'arbitrato all'interno dei propri capitolati d'appalto.

Vi è subito da evidenziare come il procedimento arbitrale in tali casi, specie a seguito della sua previsione generalizzata all'interno del Capitolato del Ministero dei Lavori Pubblici, venisse a configurarsi come un rimedio obbligatorio, con la conseguente impossibilità per ciascuna delle parti di sottrarsi ad esso ogni qual volta fosse insorta una lite.

La tendenziale preferenza per l'arbitrato, invero, "trovava giustificazione nella stretta connessione che il profilo tecnico ha con quello giuridico nelle relative controversie che più rapidamente possono essere definite da parte di un collegio di giudici [così si riteneva] particolarmente esperti nella materia" (A. Cianflone – G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, p. 1312).

Del resto, come meglio sarà visto nel paragrafo seguente, la connessione delle controversie ad aspetti squisitamente tecnici assume una certa rilevanza nel giustificare il ricorso alle procedure arbitrali in altri settori e, in particolare, in quello specifico dei contratti dei consumatori.

Ma tornando al tema dei lavori pubblici, va ancora rilevato come l'aspetto di maggiore rilievo e, nel contempo, il punto critico della disciplina in esame si situasse, essenzialmente, nel carattere pressoché obbligatorio impresso all'arbitrato come mezzo di



risoluzione di tutti i conflitti insorti tra appaltatore ed amministrazione.

Ed è proprio sulla rilevata obbligatorietà della procedura arbitrale che si sono concentrate le censure della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla materia nella sentenza 9 maggio 1996, n. 152, con la quale veniva sancita in particolare l'illegittimità dell'art. 16, L. 10 dicembre 1981, n. 741: norma che aveva in effetti stabilito che la competenza arbitrale (ancora prevista dal capitolato generale) potesse essere derogata *dalla sola amministrazione appaltante*, mediante una clausola contenuta nel bando o nella lettera d'invito, e che veniva ritenuta costituzionalmente illegittima nella parte in cui non aveva previsto che un analogo effetto potesse essere conseguito mediante un *semplice atto unilaterale* da parte di *ciascuno* dei contraenti.

La pronuncia della Corte costituzionale mette in luce alcuni dei principi cardine elaborati in tema di arbitrato in materia di opere pubbliche.

Emerge, innanzitutto, la regola di *non obbligatorietà del giudizio arbitrale*, secondo cui la scelta di adire tale forma di risoluzione delle controversie, insorta tra appaltatore (soggetto privato) ed amministrazione (soggetto pubblico) riveste pur sempre carattere facoltativo.

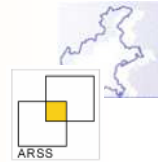
In secondo luogo, si evidenzia una *ulteriore e più specifica declinazione del principio di parità delle parti*: ad entrambe, infatti, e non alla sola amministrazione, è così consentito di disporre della forma da imprimere al successivo giudizio, e di

accettare ovvero respingere con eguali poteri, l'instaurazione della procedura arbitrale.

Si incontrano nuovamente, in questa sede, alcuni tra i principi già osservati in relazione ai modelli di arbitrato elaborati negli altri settori dell'ordinamento e che qui ricevono oltre ad una rinnovata consacrazione, una maggiore e più approfondita analisi:

a) il principio di facoltatività (ovvero di non obbligatorietà), che va inteso nel senso che il giudizio arbitrale deve necessariamente costituire l'esito di una autonoma scelta delle parti; con la conseguenza che il legislatore statale (e maggior ragione quello regionale) non potrebbe comunque introdurre forme alternative di risoluzione del contenzioso così da escludere contestualmente la giurisdizione ordinaria;

b) il principio di parità e eguaglianza delle parti, il quale, in questa occasione particolare, si manifesta anche nelle fasi antecedenti il giudizio: per cui non si richiede soltanto che le parti possano operare nella procedura con eguali strumenti difensivi (sul punto si rimanda alle precedenti considerazioni svolte, in particolare, riguardo all'arbitrato societario e alle procedure attivabili nella sfera del diritto del lavoro). Si esige ancora che entrambe le parti possano influire con identici poteri sulla scelta di adire forme alternative di risoluzione del conflitto, con una parificazione tra la posizione del soggetto privato (appaltatore) e del soggetto pubblico (amministrazione) che deve riguardare anche la fase di introduzione del giudizio e di individuazione



della procedura adottata.

Quest'ultima eccezione del principio di parità delle parti, riletta in un'ottica più generale, consente allora di sottolineare che la scelta di adire l'arbitrato non potrebbe essere esclusivamente rimessa ad una mera dichiarazione di volontà della Pubblica Amministrazione, specie se non accompagnata da una uguale manifestazione di consenso del soggetto privato coinvolto nella vertenza.

Rilievo, quello appena riferito, che una volta riportato al tema dei conflitti in materia sanitaria, impone di concludere come l'eventuale previsione normativa di strumenti istituzionali di risoluzione delle controversie, quali, ad esempio, la costituzione di un organo arbitrale, potrebbe far venire meno l'esigenza di acquisire pur sempre il consenso di entrambe le parti, quale necessaria condizione per l'instaurazione di tale forma di giudizio.

Ciò non significa che, attraverso opportuni atti di indirizzo, i vincoli contrattuali imposti al personale sanitario e soprattutto un'opera di ampia divulgazione e sensibilizzazione presso l'utenza, non possa essere introdotta ed instaurata nel sistema una linea di *sostanziale preferenza* per la procedura arbitrale.

Procedura che tuttavia apparirebbe comunque connotata del carattere facoltativo, e richiederebbe, pertanto, la prestazione del consenso ad essa da parte di tutti i soggetti del contenzioso.

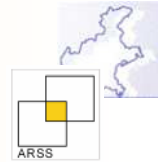
E' in questa logica che si comprende così la successiva evoluzione delle problematiche connesse all'arbitrato, in materia di lavori pubblici,

su cui si devono ancora fornire in questa sede alcuni ulteriori cenni.

Va quindi ricordato che con l'art. 32, comma I, L. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni), veniva riaffermata in materia la possibilità di definire le controversie insorte tra l'appaltatore e la stazione appaltante, mediante una procedura arbitrale, attivata presso la apposita Camera Arbitrale, di cui all'art. 242, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Senonché, nemmeno tale norma, secondo l'interpretazione della giurisprudenza più accreditata e prevalente, non ha comunque *“introdotta una forma di arbitrato obbligatorio, o declinabile solo per iniziativa dell'Amministrazione, bensì ha rimesso alla concorde volontà delle parti del rapporto di appalto la possibilità di derogare alla giurisdizione ordinaria o (nel caso di contrasto all'an della revisione prezzi) amministrativa”* (T.A.R. Puglia, Sez. I, 23 gennaio 2002, n. 461 – in Riv. Arbitrato 2004, 97, con nota di Occhianti).

Così si esprime, del resto, la dottrina prevalente: *“(...) la C. Cost. 9 maggio 1996 n. 152 (in Foro.it, 1996, I, 1905) ha dichiarato incostituzionale l'art. 16 L. 10 dicembre 1981 n. 741, sostitutiva dell'art. 47 d.p.r. 1063/1962, in materia di appalti di opere pubbliche, là dove stabiliva che la competenza arbitrale non poteva essere derogata con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti (situazione, questa, poi modificata dal D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 che, ferma l'opzione per il giudizio ordinario, ha previsto, come unica alternativa arbitrale, un arbitrato rituale c.d. “assistito”, ossia disciplinato da*



regole che, nella specie, sono dettate dal D.M. 2 dicembre 2000 n. 398: v. anche, sul punto, i cenni alla nota 76 del 65)". Ed ancora: "la Cassazione si è sostanzialmente adeguata al suddetto principio. V. ad es. Cass. 10 febbraio 1992 n. 1458 (in Foro.it., 1992, I. 673) peraltro precisando che quando il capitolato in materia di appalti per le opere pubbliche è richiamato in una convenzione con enti pubblici diversi dallo Stato, la clausola arbitrale ha portata vincolante (Cass. 28 agosto 2000 n. 11218, in Giur.it., 2000, Recentissime, p. 179)" (C. Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, Torino, 2006, Vol. IV pp. 1 e ss.).

Ma le affermazioni della giurisprudenza riguardo al tema in esame si spingono ancora oltre, fino a ricordare come l'arbitrato in materia di lavori pubblici resti pur sempre disciplinato dalle norme del codice di procedura, mutuando da questo le regole e i principi necessari per assicurare l'osservanza di tutti i canoni per la qualificazione del processo come giusto.

Si legge quindi che "l'arbitrato rituale costituisce un procedimento disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile.

Pertanto il giudizio arbitrale è omogeneo a quello che si svolge davanti agli organi statali di giurisdizione" (C. Cost., 28 novembre 2001, n. 376, in Foro.it., 2002, I, 1648).

L'insegnamento della Corte Costituzionale, appena

ricordato, consente così di evidenziare nuovamente principi generali, che, ormai, si possono ritenere comuni a tutti i modelli di definizione delle controversie, alternativi alla giustizia statale.

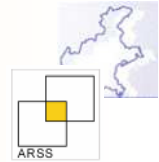
Così, in analogia a quanto si è rilevato in materia di società e di controversie del lavoro, il procedimento arbitrale deve pur sempre rispondere ai seguenti canoni:

- a) la garanzia dell'indipendenza e della terzietà del giudice;
- b) il perseguimento delle regole del contraddittorio e dei principi intesi ad assicurare l'uguaglianza e la parità delle parti.

Canoni, quelli richiamati, la cui attinenza a principi generali dell'ordinamento ne imporrebbe una attenta ponderazione anche qualora si procedesse all'istituzione di un organismo arbitrale nello specifico ambito sanitario.

Assecondando, del resto, questa impostazione, le recenti disposizioni, introdotte dal D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti pubblici), hanno confermato nella sostanza la piena applicabilità dei principi desunti dal codice di procedura civile (art. 241), riaffermando in tal modo, i canoni di uguaglianza delle parti e di indipendenza, della giurisprudenza.

Ed anzi, proprio in merito al principio di indipendenza vale la pena di segnalare l'introduzione di requisiti di qualificazione e di garanzie addirittura ulteriori, rispetto all'impianto mutuato della procedura civile.



Così, l'art. 241 del citato Codice, nei commi 4 e 5, chiama a ricoprire l'ufficio di arbitro soggetti "di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce" (4° c.).

Lo stesso "presidente del collegio arbitrale è scelto dalle parti ...tra soggetti" provvisti della medesima qualificazione (5° c.).

Tutto ciò consente di richiamare uno degli aspetti più significativi della procedura in esame, il cui elevato tecnicismo impone infatti un pari grado di competenza professionale in capo ai componenti del collegio arbitrale.

D'altro canto (come già si è visto in precedenza nel corso della disamina introduttiva), è proprio l'elevato grado di specializzazione degli arbitri a garantire l'efficacia di tale forma di risoluzione dei conflitti, e a sollecitarne pertanto l'accesso da parte degli utenti, per così dire attirati dalla particolare competenza e qualità dei collegi giudicanti.

Temi, quelli appena ricordati, che ben potrebbero essere ripresi in sede di creazione di procedure arbitrali in materia sanitaria, connotate anch'esse da profili tecnici di rilievo tale da richiedere specifiche conoscenze e rilevanti esperienze professionali in capo ai singoli arbitri.

Senonché, quasi a costituire un necessario contrappeso rispetto all'istanza di conseguire la maggiore qualificazione dei collegi, si pone un indubbio rafforzamento del principio di indipendenza e terzietà dei giudici cosicché, l'art. 241, 6° comma, prevede espressamente che "non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il

progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o un parere sull'oggetto delle controversie stesse".

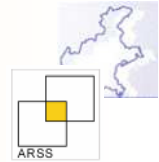
Tale norma, che rappresenta uno degli snodi centrali del sistema della risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici, amplifica e chiarisce la portata del principio di indipendenza.

E se, infatti, l'elevato tecnicismo delle controversie rende preferibile affidare la decisione a soggetti provvisti di adeguate competenze, nel contempo il legislatore si preoccupa di evitare che i medesimi soggetti possano essere in "qualsiasi modo" coinvolti con l'oggetto del giudizio, così da escluderli, in tal caso, dall'ufficio di arbitri.

Si tratta di una naturale evoluzione dei modelli non giurisdizionali di risoluzione delle controversie (e peraltro rilevabile anche all'interno dei procedimenti giurisdizionali speciali, connotati da forti elementi di tecnicismo, come avviene per i procedimenti previsti nei Decreti Legislativi nn. 545 e 546 del 1992, nonché nei giudizi incardinati avanti il Tribunale per i minori).

Essi (e l'arbitrato in materia di contratti pubblici, in questo senso, ne costituisce l'esempio più evidente) richiedono la presenza di soggetti sempre più dotati di adeguate competenze tecniche, con i quali costituire collegi affidabili pronti a rispondere alle diverse istanze proposte dalle parti.

E tuttavia, quasi inevitabilmente le ragioni dell'efficienza possono entrare in contraddizione con



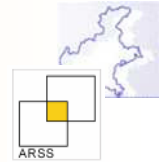
il principio di neutralità del giudice, poiché maggiore l'esperienza professionale dell'arbitro tanto più probabile è che egli, nella propria attività, possa essere entrato in contatto con le parti o con i temi delle controversie.

In simili situazioni *prevalgono* così i canoni di terzietà e di indipendenza, con definitiva preclusione all'esercizio della funzione di arbitro.

In questo quadro, si evidenziano ulteriori elementi di cui tenere conto in sede di definizione delle controversie in materia sanitaria.

Rispetto ad esse sembrerebbe in effetti preferibile se non addirittura necessario delimitare l'accesso alle funzioni di arbitro (o di conciliatore) a quei soggetti che si dimostrano in grado di esprimere sufficienti cognizioni tecnico-giuridiche.

Del pari (in analogia a quanto osservato nei contratti pubblici) sembra tuttavia indispensabile chiarire con estrema accuratezza i casi di incompatibilità, escludendo a priori quantomeno dell'ufficio di arbitro (rispetto al conciliatore l'esigenza di indipendenza appare meno rilevante) soggetti potenzialmente coinvolti con i conflitti insorti tra le parti.



5. Arbitrato e contratti dei consumatori.

La disciplina dei contratti dei consumatori ha costituito, in ambito europeo, il punto di partenza al fine di promuovere una generalizzata applicazione dei sistemi arbitrali e conciliativi di risoluzione delle controversie.

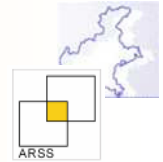
In ambito comunitario, infatti, *“il ricorso a forme di giustizia stragiudiziale è non solo approvato, ma anche promosso e sostenuto”*, posto che la Comunità europea, *“fin dagli anni Ottanta ha cercato di promuovere la diffusione di forme di risoluzione dei conflitti alternative alla giurisdizione ordinaria, partendo appunto dalla disciplina dei contratti dei consumatori con lo scopo di estenderle anche ad altri settori”* (Arbitrato e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, ne I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Torino, UTET, 2004, p.123).

La preferenza accordata, in relazione a questa tipologia di contratti, per sistemi extragiudiziali di risoluzione dei conflitti, è derivata da una precisa scelta, volta a soddisfare, da un lato, l'esigenza di celerità e contenimento dei costi del procedimento, e, dall'altro, ad assecondare la specificità della materia trattata che, a ben vedere, necessita di specifiche competenze tecniche.

Ne emerge quindi come l'arbitrato, ovvero la conciliazione, configurino strumenti coerentemente funzionali a garantire posizioni di soggetti relative a rapporti connotati da specifici ed elevati profili

tecnici. Elementi che, infatti, impongono di rilevare come, al fine della risoluzione di tali conflitti, risulti necessaria una competenza tecnica specifica e determinata nell'organo giudicante.

Analoghe considerazioni inducono ad osservare come eventuali sistemi extragiudiziali di risoluzione delle controversie sanitarie sarebbero idonei a trovare un maggior accoglimento ed una crescente diffusione, laddove si ponesse attenzione alla specificità della materia trattata e alla professionalità tecnica richiesta per la comprensione e la definizione della stessa, salvo il rispetto dei principi di terzietà ed indipendenza di cui si è già riferito.



6. Arbitrato sportivo.

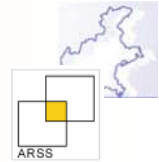
Proseguendo nella disamina, appare opportuno soffermarsi su una forma di arbitrato che, per la sua natura prevalentemente pattizia, per la sua regolamentazione e per la sua rigorosa delimitazione ad oggetti circoscritti, rappresenta un valido strumento di analisi e confronto per la comprensione del fenomeno in esame.

Innanzitutto è necessario premettere che per controversie sportive si intendono i conflitti che insorgono tra i soggetti dell'ordinamento sportivo: atleti, Federazioni e associazioni di categoria. Tali conflitti tendono, in questo sistema a rimanere una questione interna e riservata alla giurisdizione sportiva. Osserva la dottrina, infatti, che *“in ambito sportivo si tende a mantenere al proprio interno tutte le controversie poiché è operativo il c.d. vincolo di giustizia, cioè la clausola presente nei diversi statuti federali che obbliga società e tesserati a risolvere le controversie derivanti dall'attività sportiva unicamente mediante l'utilizzo degli organi federali preposti, con esplicita esclusione, a meno di specifiche e particolari autorizzazioni, dell'autorità giudiziaria statale”* (L. Colantuoni, E. Gervasio, con la collaborazione di M. Perfetto, *Arbitrato sportivo*, in *Arbitrato e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Torino, UTET, 2004, p. 100). Ora, questo regime, che preclude agli associati, seppur in via negoziale, di adire la via giudiziaria ordinaria nelle controversie sportive, difficilmente potrebbe

essere riprodotto in termini generalizzati nell'ambito della materia sanitaria. In questo ambito, infatti, la deroga alla giurisdizione ordinaria potrebbe semmai derivare da accordi singoli stipulati dalle parti contendenti, senza possibilità di imporre, a priori, un qualsivoglia vincolo in tal senso. Prevalente appare quindi essere, in questa materia, l'importanza che deve essere attribuita alla volontà negoziale delle parti, anche in considerazione della diversità di posizione ed interessi di cui sono titolari i protagonisti della controversia sanitaria. Diversità che emerge quindi con forza rispetto al rapporto sportivo, nel quale, come è stato osservato dalla dottrina, le parti si pongono piuttosto in una posizione di collaborazione.

Questo modello appare particolarmente significativo in quanto, nell'ordinamento sportivo, gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie si configurano a tal punto prevalenti sui rimedi ordinari da far sì che, laddove non sia prevista la competenza della giustizia sportiva, il contenzioso viene in ogni caso devoluto ad arbitri nominati per i singoli casi.

Ma, si deve ancora avvertire, questa sostanziale sottrazione delle controversie alla giustizia e ai principi ordinari in realtà non potrebbe comunque far venir meno l'esigenza di garantire l'osservanza dei principi di indipendenza, terzietà e parità delle parti che, come si è già osservato, rappresentano il necessario presupposto di tutte le forme di



risoluzione arbitrale delle controversie giuridiche. Così, proprio l'esigenza di assicurare il rispetto di tali principi, e, con ciò, rendere l'ordinamento sportivo quanto più possibile coerente con l'ordinamento generale, ha indotto l'istituzione di una Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport presso il CONI (art. 12 Statuto CONI, come riformato ai sensi del d.lgs. 242/99).

Tale autorità, come osserva la dottrina, *“oltre a svolgere funzioni consultive e di conciliazione, ha competenza a risolvere, con pronuncia definitiva, nell'ambito di procedure di tipo arbitrale, le controversie che contrappongono una federazione Sportiva nazionale, ovvero una Disciplina sportiva associata, o un Ente di promozione sportiva a soggetti affiliati, tesserati o licenziati”* (Salvatore Battaglia, *La camera di conciliazione e arbitrato istituita presso il CONI*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 615 s.).

Con riferimento alle procedure adottate dalla Camera Conciliativa e all'efficacia di tale strumento, si è tuttavia manifestata *“perplexità nei confronti di un sistema(...)che, per struttura, attribuzioni e regole di funzionamento”*, non sembra essere *“funzionale al raggiungimento dei fini che con la sua creazione ci si proponeva di soddisfare”*. Ed ancora che tale organismo *“difficilmente potrà costituire quel meccanismo di ‘collegamento e armonizzazione’ tra ordinamento sportivo e ordinamento statale, che aspirava ad essere”*, e, quindi, *“sebbene la camera si configuri indubbiamente come un giudice sportivo(di ultima istanza) dotato di particolare*

autorevolezza e competenza, non ci sembra che con essa si sia riusciti a creare un meccanismo che fosse in grado di scongiurare e/o porre rimedio a quei conflitti che sempre più spesso vengono a determinarsi tra la giustizia sportiva e quella dello Stato” (S. Battaglia, *op.cit.*, p. 627)

Anche di tali considerazioni dovrà tenersi conto, nel momento in cui si andranno a valutare i presupposti e le possibilità di costituzione di istituti conciliativi e arbitrali in relazione a controversie sanitarie, al fine di evitare che eventuali alterazioni, carenze o inefficienze delle procedure e dei regolamenti ad essi pertinenti possa rappresentare un limite o una preclusione all'affermazione ed al funzionamento di tali sistemi.

PARTE TERZA

L'evoluzione del sistema e l'affermazione delle procedure di risoluzione dei conflitti nell'ambito dell'Unione Europea e dell'ordinamento italiano.

1. La deflazione delle controversie in ambito europeo. Gli orientamenti comunitari in relazione ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie. 2. La deflazione delle controversie in ambito nazionale. Acquisito di un ruolo maggiormente significativo dei sistemi alternativi nell'ordinamento italiano.

1. La deflazione delle controversie in ambito europeo. Gli orientamenti comunitari in relazione ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

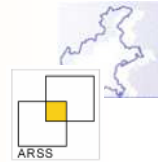
L'esigenza di assicurare un accesso agevole alla giustizia, superandone, nel contempo, i limiti e le criticità, è stata più volte riaffermata in ambito comunitario, con la proposizione di modelli volti a definire in via stragiudiziale o, quanto meno, al di fuori delle sedi giudiziarie ordinarie, i conflitti tra le parti.

E' bene avvertire sin d'ora come tale necessità sia stata sempre accompagnata dalla contestuale affermazione del carattere volontario e negoziale della opzione di valersi di questi rimedi in luogo delle procedure ordinarie. E in tale affermazione si può cogliere nuovamente la riproposizione del principio, già sottolineato dalla Corte costituzionale, secondo cui l'attivazione di procedure non strettamente giurisdizionali per la composizione delle controversie deve essere sempre sorretta dalla

libera scelta di ciascuna delle parti.

Senonché, al di là del primato, a dire il vero scontato, della giurisdizione ordinaria, le prospettive che emergono dagli atti della Comunità tendono semmai a sottolineare i vantaggi insiti nel ricorso a strumenti alternativi, suggerendone l'introduzione e la divulgazione negli ordinamenti nazionali con lo scopo di diminuire l'impatto dei costi delle controversie, garantire la celerità dei giudizi, e assicurare alle decisioni un necessario apporto di competenze tecniche, oltre che, ovviamente, giuridiche.

Questa esigenza è stata avvertita, in modo particolare, in relazione alle controversie attinenti ai contratti dei consumatori e a quelle commerciali e societarie. Per quanto riguarda, invece, le controversie sanitarie, è possibile rilevare come,



nelle esperienze degli Stati membri, si sia avuta l'affermazione di una generale linea di favore nei confronti del paziente, fondata su una valorizzazione del diritto alla salute inteso nel senso più ampio. Linea di favore che, a ben vedere, si è sostanziata nella ridefinizione del riparto degli oneri probatori, con una attenuazione di dimostrazione dell'errore medico incombenti sul paziente in ragione della gravità o della grossolanità della condotta censurata.

E così, *“all’origine di tale trend, che accomuna le diverse esperienze dell’Europa continentale, vi è certamente un’accentuata attenzione per la tutela della persona che in campo sanitario viene espressa offrendo maggiori garanzie di protezione ai diritti dei pazienti; in taluni sistemi, già nella fase che precede il contenzioso giudiziario, mediante interventi legislativi ad hoc destinati ad incidere sulle tecniche di ripartizione dei rischi sanitari; in altri, nella fase di tutela giudiziale dei diritti, tramite interventi dei giudici sul regime probatorio diretti a bilanciare il ‘peso’ della prova in modo che il ‘rischio’ dell’incertezza probatoria non debba sempre ricadere su chi reclama tutela per la sua salute”* (La responsabilità civile, Aggiornamento 2006, UTET, p. 3).

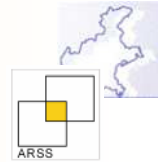
Questi indirizzi danno conto dei principi che sono stati posti alla base della introduzione di forme di arbitrato e conciliazione recentemente registratesi altresì nel nostro ordinamento. Senza poi contare che questa tendenziale espansione dei rimedi alternativi trova la propria ragion d'essere, tra l'altro, nelle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento

comunitario. Sollecitazioni, dunque, di cui potrebbe tenersi conto anche in ambito regionale, considerato che, nell'attuale formulazione, l'art. 117 cost. conferisce alle regioni il compito di adeguarsi ai principi comunitari nei settori di propria attribuzione.

Va ancora segnalato come la riflessione sullo sviluppo dei vari metodi di accesso alla giustizia e la promozione di strumenti alternativi di composizione delle controversie (noti anche come *alternative dispute resolution*) sia proseguita ulteriormente in quelle considerazioni che è possibile rinvenire nel testo definitivo del Libro Verde della Commissione europea “relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale” (Com 2002 196, 19.4.02); nella raccomandazione, sempre della commissione, del 4 aprile 2001, “sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo” (2001/310/CE); nella racc. 98/257/CE; nella decisione della Commissione 283/99.

Ne emerge, quindi, come i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie si stiano sempre più affermando e diffondendo a livello europeo, con una sempre più marcata attenzione da parte degli operatori nei confronti di tali strumenti.

Con particolare riferimento all'istituto dell'arbitrato, osserva infatti autorevole dottrina che esso si configura oggi “a livello internazionale” come “una scelta irreversibile. Non esiste contratto, di pur modesta importanza, che non contenga una clausola compromissoria. L'istituto arbitrale



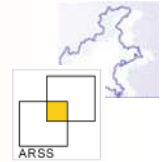
costituisce, in realtà, la punta emersa di un più ampio movimento di opinione cui si deve la presa di coscienza di un importante fenomeno, inestricabilmente connesso alla complessità e frequenza dei rapporti commerciali e di collaborazione economica: la molteplicità delle giurisdizioni potenzialmente competenti; la torre di Babele costituita dalle diversità linguistiche, culturali e socio-politiche; l'inesistenza, nelle dispute tra soggetti di diversa nazionalità, di una assise neutrale e super partes; l'insorgere di controversie di contenuto prevalentemente tecnico-economico, ove la contrapposizione a livello giuridico perde, comparativamente, di importanza a fronte della soluzione, tout court, di un problema; la necessità di conferire il potere di giudicare a soggetti particolarmente competenti in settori anche specializzati; la formazione di un corpo di regole, talvolta individuate con l'espressione 'Lex Mercatoria', applicabili, nella veste di diritto allo stato diffuso, al ceto degli operatori economici internazionali; l'impossibilità per uno Stato, parte di rapporti contrattuali assieme a soggetti privati, di sottoporre eventuali controversie ad altra giurisdizione statale" (Bernini, L'arbitrato, diritto interno convenzioni internazionali, Editrice Bologna, 1993, p.34).

Alla luce di queste osservazioni, si può in definitiva concludere che l'instaurazione di modelli alternativi di risoluzione delle controversie, corrisponda ad una naturale tendenza dell'ordinamento comunitario.

Esso, attraverso tali rimedi, viene nella sostanza a configurare una espansione delle garanzie del

cittadino, amplificando, per questa via, gli strumenti difensivi che costituiscono il necessario e ineludibile contenuto della posizione soggettiva di ciascun cittadino della Comunità.

Con la conseguenza che questo potenziamento delle posizioni del singolo, manifestatosi nell'ordinamento dell'unione europea, si riflette inevitabilmente sull'ordinamento interno, sollecitando, in ciascuno dei suoi livelli, segnatamente statale e regionale, un corrispondente adeguamento dei diritti dei singoli, imponendo così l'individuazione e la diffusione di adeguate procedure di composizione delle controversie alternative rispetto ai sistemi tradizionali.



2. La deflazione delle controversie in ambito nazionale. Acquisto di un ruolo maggiormente significativo dei sistemi alternativi nell'ordinamento italiano.

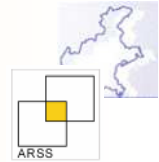
A questo punto, in analogia all'evoluzione ed alla diffusione dei sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti in ambito europeo, si profila pertanto una crescente affermazione di tali strumenti anche nel contesto nazionale, capaci di offrire, ove possibile, soluzioni più spedite, agevoli ed economiche alle liti, e idonei, d'altra parte, a ridurre il contenzioso giurisdizionale, senza naturalmente rinunciare al carattere universale della relativa tutela, in conformità ai precetti costituzionali.

Strumenti spesso mutuati dalla 'tradizione' giuridica del nostro ordinamento, quali l'arbitrato e la transazione (conciliazione), ma che, nella prospettiva attuale, si arricchiscono di nuovi contenuti, ed iniziano ad essere calati nel contesto di materie specifiche, rispetto alle quali obbediscono all'esigenza di assicurare celerità e competenza delle decisioni.

E' così maturata una vera e propria caratterizzazione settoriale e autonoma della materia arbitrale nei singoli settori di pertinenza, con una progressiva affermazione e diffusione del fenomeno in numerose ma circoscritte aree dell'ordinamento. Per cui si parla, ad esempio, di arbitrato societario, piuttosto che di arbitrato in materia di contratti pubblici; di conciliazione in ambito giuslavoristico; di arbitrato sportivo, etc. Tutte fattispecie, quelle descritte, che, pur obbedendo a principi e modelli generali, possiedono

specificità e caratteristiche tali da far loro assumere una connotazione peculiare direttamente connessa alla materia trattata.

Ecco che l'ambito sanitario, in questa logica, potrebbe possedere le peculiarità idonee a definire un settore separato, nel quale tali sistemi potrebbero essere evoluti ed opportunamente trattati, sì da svilupparsi secondo modelli analoghi a quelli osservati sin'ora. Si pensi, in tale ottica, ai possibili sviluppi che potrebbero conseguire in relazione all'approvazione delle previsioni in materia di definizione stragiudiziale delle controversie contenute nel disegno di legge, recentemente approvato dal Consiglio dei Ministri, sulla sicurezza delle strutture sanitarie e gestione del rischio clinico. Si legga in particolare l'art. 3, primo comma, del ddl citato, il quale stabilisce che "le regioni e le province autonome adottano, presso le aziende sanitarie, nei limiti delle risorse umane e strumentali complessivamente disponibili, misure organizzative 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 delle spese connesse al contenzioso (...)". Il secondo comma, peraltro, indica, a sua volta, i principi ed i criteri direttivi che devono presiedere alla costituzione ed al funzionamento dei servizi di conciliazione: tale procedura non deve essere



obbligatoria, e deve garantire l'imparzialità, la professionalità e la celerità dei procedimenti, assicurando, in seno ad essi, la "adeguata rappresentatività delle categorie interessate".

E' interessante osservare come tale progetto, nel quale vengono definite le linee guida di un meccanismo conciliativo e non già di un vero e proprio giudizio arbitrale, si ispiri a principi già evidenziati in precedenza, ed, in particolare, a canoni di imparzialità e di rappresentatività che consentono di porre l'accento sulla primaria esigenza di garantire, anche in questa sede, la reale parità delle parti. Principi che, peraltro, sottendono anche alla scelta di prevedere, in linea con le indicazioni comunitarie, la partecipazione, nella veste di conciliatori, di soggetti dotati di adeguate competenze tecniche e di appropriate professionalità.

Vale ancora la pena di ricordare come questo tendenziale sviluppo dei metodi alternativi delle controversie possa ancora essere rinvenuto in ulteriori disegni di legge presentati nel corso dell'attuale legislatura. Si consideri, sotto questo aspetto, la proposta di legge n. 2355 (Camera dei Deputati - iniziativa del deputato A. Giorgetti) avente il seguente oggetto "Disciplina della conciliazione nelle cause concernenti illeciti lesivi di una pluralità di soggetti". Tale proposta intende disciplinare lo strumento della conciliazione in ogni controversie riguardante la tutela dei diritti dei cittadini vittime di illeciti multioffensivi al fine di disincentivare la progettazione e il compimento degli stessi illeciti

(art. 1). Si consideri ancora la proposta di legge n. 1286 (Camera dei Deputati - iniziativa del deputato Maran), riguardante "Disposizioni per l'istituzione di camere di conciliazione e per la promozione della risoluzione consensuale delle controversie". Nella relazione di accompagnamento alla presente proposta di legge, si sottolinea la necessità di perseguire la "urgente integrazione e armonizzazione degli strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie civili", nell'ambito di un quadro di una "coesistenzialità tra giustizia ordinaria e risoluzione negoziale delle controversie". E ciò avendo di mira i seguenti obiettivi: indipendenza e imparzialità dei conciliatori; uniformità e omogeneità delle procedure sul territorio nazionale, qualificazione delle camere di conciliazione; incentivi fiscali e finanziari per facilitare e promuovere l'accesso a tali strumenti.

A conclusione di tale disamina, si può sottolineare come i principi e le proposizioni contenute nei progetti sin qui osservati possano senz'altro influenzare, se non anche guidare, la possibile introduzione, in ambito regionale, di modelli alternativi di risoluzione dei conflitti attinenti alla sfera sanitaria. Resterà tuttavia da valutare quali relazioni si pongano, in tale specifico settore, tra la normazione di livello statale e quella attribuita alla fonte regionale, quantomeno nella prospettiva dell'assetto delineato dall'art. 117, Cost., come modificato dalla L. Cost. n. 3 del 2001.

Nelle sue linee guida, il tema sarà così affrontato nel prosieguo.

PARTE QUARTA

I rapporti tra le fonti: linee guida e prospettive generali delle interferenze fra legislatore statale e competenze regionali in tema di modelli alternativi di risoluzione dei conflitti in materia sanitaria

1. Il rapporto fra la legislazione regionale e la legislazione statale in materia di strumenti alternativi di composizione dei conflitti nella prospettiva dell'art. 117 Cost. e dei principi immanenti all'organizzazione amministrativa.

1. Il rapporto fra la legislazione regionale e la legislazione statale in materia di strumenti alternativi di composizione dei conflitti nella prospettiva dell'art. 117 Cost. e dei principi immanenti all'organizzazione amministrativa.

Ulteriori problematiche sono offerte sotto un profilo completamente diverso rispetto a quello sin qui trattato.

In particolare, ci si deve infatti interrogare su quali siano i concreti spazi operativi lasciati alla Regione nella materia in esame, specie alla luce delle numerose riserve che la Carta costituzionale ha previsto a favore dello Stato, negli ambiti della giustizia e dell'ordinamento civile, nonché penale.

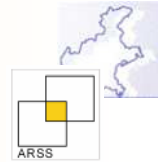
Si tratta così di cogliere gli aspetti salienti di una naturale interferenza che coinvolgere questi due ambiti dell'ordinamento; interferenza che si realizza ancorché la competenza in materia sanitaria, ascritta alle Regioni ai sensi dell'art. 117 Cost., si espande fino a contemplare i temi del contenzioso, i

quali, a loro volta, appartengono alla sfera più propriamente giustiziale, riservata, per l'appunto, allo Stato.

La premessa di fondo rispetto a questo ordine di considerazioni è che, con la modificazione dell'art. 117 Cost., i temi dell'organizzazione della giustizia e la competenza in materia di ordinamento civile e penale, sono stati attribuiti alla competenza esclusiva del legislatore statale.

In altri termini, la giustizia e l'ordinamento civile e penale, non costituiscono oggi un mero limite alla potestà normativa regionale. Essi sono una materia, ovvero un insieme di materie direttamente riservate allo Stato.

Ed in questo senso non vi è così dubbio che



apparirebbe del tutto estraneo alla competenza regionale qualsiasi intervento normativo, inteso a influire sulle norme attinenti alla responsabilità sanitaria ovvero sulla disciplina processuale applicabile in tale materia.

In altri termini, la legislazione regionale non può, alla luce dell'art. 117, secondo comma, lett. l), modificare o comunque intaccare la regolamentazione di matrice statale attinente a qualsiasi istituto del diritto civile, ivi compresa la responsabilità, così come al processo e alla giurisdizione.

Non a caso, la Corte Costituzionale ha avuto cura di precisare che "ogni disciplina, la quale tenda a regolare e vincolare l'opera dei sanitari, e, in quanto tale, sia suscettibile di produrre conseguenze in sede di accertamento delle loro responsabilità, rientri per ciò stesso nell'area dell'ordinamento civile, riservata al legislatore statale" (C.Cost. n. 282/2002).

Il significato di tale indirizzo sembra sufficientemente chiaro.

La Corte esclude la possibilità di interventi sulla sfera dell'ordinamento civile (e del processo); e tanto basta ad evidenziare come l'eventuale introduzione di modelli alternativi di risoluzione delle controversie in ambito regionale, non potrebbe consistere nella instaurazione di ulteriori rimedi giustiziali, in aggiunta a quelli previsti nell'ordinamento statale.

Si tratterebbe, semmai, di istituire organismi che, nella materia sanitaria, amministrino i giudizi arbitrali

nella rigorosa osservanza delle norme processuali presenti nell'ordinamento.

Ne consegue che lo spazio riservato alla legislazione regionale dovrebbe essere rigorosamente circoscritto alla sfera sanitaria e a quella attinente alla organizzazione delle strutture pubbliche dipendenti dall'ente Regione, entrambe riservate alla competenza esclusiva di quest'ultima, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost., come sostituito dalla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

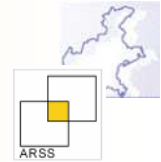
Il quadro delle fonti in materia sembrerebbe allora organizzarsi secondo i seguenti criteri.

Da un lato, l'istituzione e l'organizzazione degli organi arbitrali si collocherebbe nella competenza regionale. Quest'ultima dovrebbe abbracciare anche le norme che disciplinerebbero il funzionamento degli uffici di supporto, nonché gli aspetti di dettaglio attinenti ai requisiti per la nomina ad arbitro, alle spese ripartite fra le parti, ai compensi, etc.

Dall'altro lato, ogni ulteriore profilo riguardante le regole procedurali, le norme di diritto sostanziale applicato nonché il successivo regime delle decisioni, dovrebbe restare, secondo questa schematizzazione, nell'alveo della legislazione statale (nel quale, ovviamente, rimarrebbe anche ogni competenza in materia penale).

In tal modo, la competenza dello Stato in materia di ordinamento civile e di processo, verrebbe in qualche modo a sovrapporsi a quella della Regione, attinente alla sfera propriamente detta della Sanità.

Senonché, una siffatta sovrapposizione, specie se



assecondata da una rigorosa ripartizione delle sfere di influenza dei due ambiti legislativi, dovrebbe pur sempre risultare in accordo con gli attuali principi costituzionali, e con la caratterizzazione dell' 'ordinamento civile e penale' quale materia trasversale (sul punto, si veda B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2006, pp. 147 e ss). Con il che si allude alla attitudine di talune competenze statali, e tale è quella in materia di giustizia nonché di ordinamento civile e penale, di sovrapporsi alle materie di pertinenza regionale, determinando un'influenza su di esse quasi necessitata dalla loro rilevanza e dalla loro forza espansiva.

A ciò aggiungasi come, in ogni caso, le stesse norme regionali eventualmente introdotte al fine di istituire ed organizzare gli organi arbitrali, dovranno rigorosamente attenersi al principio, insito nell'ordinamento, secondo cui, anche gli apparati di supporto e strumentali all'esercizio della giustizia, devono essere organizzati in modo tale da garantire la parità delle parti, l'indipendenza nonché la competenza e la neutralità dei giudici.

Con la conseguenza che la stessa disciplina regionale, pur appartenendo formalmente all'ambito sanitario, dovrà essere rigorosamente in aderenza con i principi cardine che reggono l'organizzazione dell'intero sistema giudiziario, assicurandone imparzialità e buon andamento. Sul punto, si ricordi del resto quanto osservato da autorevole dottrina in merito agli aspetti organizzatori nella Pubblica Amministrazione, aspetti generalizzabili a quell'ambito specifico rappresentato dall'

amministrazione della giustizia, secondo cui l'organizzazione *"in quanto fornisce la misura della realtà sostanziale che, attraverso di essa, si è inteso assicurare e far vivere, incanala l'attività, la costringe a quella misura, ne costituisce la guida immanente. Appunto perché modellata sugli interessi che deve curare, l'organizzazione reagisce su tali interessi, e ne influenza la realizzazione, assumendo una funzione attiva e direttiva dell'intero processo di soddisfazione di essi"* (Mario Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, p. 119).

Queste considerazioni pesano, inoltre, sulla eventuale regolamentazione attinente alle fasi della conciliazione e della mediazione, sia pure con le dovute distinzioni.

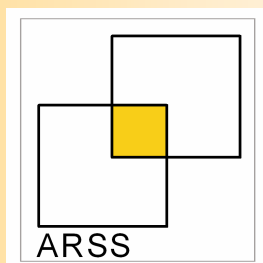
Rispetto alla conciliazione, si deve ricordare come essa miri più propriamente alla stipulazione di un accordo transattivo che precede la controversia, accordo che ricade essenzialmente nella sfera del diritto civile.

Si può allora osservare come, rispetto a tale forma di definizione, il limite più significativo alla potestà legislativa regionale, vada nella sostanza ravvisato nelle norme civilistiche che attengono al regime dell'accordo fra le parti. Diversamente, si ravvisa maggiore libertà ed autonomia nella elaborazione di appropriate procedure atte a stimolare e promuovere la definizione della controversia, salva la necessità che esse siano ancora improntate al rispetto degli usuali canoni di eguaglianza (qui da intendersi anche nel senso della parità delle parti

nello svolgimento della propria autonomia negoziale), di imparzialità, neutralità e buon andamento (che allude anche all'esigenza di assicurare, all'interno degli organi di conciliazione, la necessaria competenza tecnica, come presupposto per una risoluzione efficace del conflitto).

Venendo, infine, alla mediazione istituzionale, si può concludere come essa possa essere realizzata attraverso l'intervento normativo, forse anche di carattere non strettamente legislativo, rimesso alla sfera di competenza esclusiva di competenza della regione (art. 117, quarto comma, Cost.), assicurando, peraltro, come nel caso precedente, il doveroso rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento amministrativo (quali partecipazione e trasparenza).

Non si ravvisa invece alcuna interferenza con l'ordinamento civile, o con eventuali norme processuali, sicché, in questo specifico ambito, la competenza della regione in materia di sanità e di organizzazione non dovrebbe ricevere condizionamenti che derivino dall'attitudine espansiva di materie trasversali annesse alla potestà legislativa statale.



AGENZIA REGIONALE SOCIO SANITARIA del VENETO
A.R.S.S.

(L.R. n. 32, 29 novembre 2001)

Ca' Zen ai Frari - S. Polo, 2580 - 30125 Venezia

www.arssveneto.it

arss@regione.veneto.it