

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA NELLE AZIONI  
DI RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DA  
RESPONSABILITÀ MEDICA E SANITARIA.

*Riflessioni a margine della disciplina introdotta dal  
D.Lgs. 28/2010*

di ILENIA TORRE

SOMMARIO: 1. Responsabilità medica e mediazione delle controversie ai sensi dell'originaria formulazione dell'articolo 5, comma I, del D.Lgs. 28/2010 – 1.1 (Segue): e dopo Corte Costituzionale n. 272 del 2012 – 2. Le novità introdotte dal decreto del Fare in materia di mediazione in ambito *medico e sanitario* – 3. Il procedimento di mediazione come «condizione di procedibilità»: la disciplina dettata dal D.Lgs. 28/2010 – 4. La responsabilità penale dei medici alla luce delle novità introdotte dal decreto Balduzzi. Cenni.

1. L'articolo 5, comma I, del D. Lgs. n. 28/2010 nella sua formulazione originaria faceva espressamente riferimento al risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, ed inseriva tale materia tra quelle per le quali il tentativo di mediazione costituiva una condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale<sup>1</sup>.

Invero, l'originaria formulazione della norma aveva posto rilevanti questioni interpretative relative al mancato riferimento alle ipotesi di c.d. «responsabilità sanitaria»<sup>2</sup>, ovvero la

---

<sup>1</sup> Per un'analisi dei più importanti profili relativi al procedimento di mediazione in ambito medico-sanitario si fa rinvio, *ex multis*, a C. CARRESE – A. CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria*, *Quaderni del Diritto 2014*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); F. ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, in *Resp. civ.*, 11, 2012, 739 ss.; M.R. FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in *I contratti* 4, 2011, 425 ss.

<sup>2</sup> Cfr. S. SPEDICATI, *Atti sanitari e clausola di mediazione*, in *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario*, AA.VV., Santarcangelo di Romagna, 2012, 137 ss.; M. MARINARO, *La mediazione delle controversie risarcitorie: i danni da responsabilità medico-sanitaria*, in AA.VV., *Responsabilità medico-sanitaria e*

responsabilità della struttura presso la quale il medico avesse eventualmente operato. Una responsabilità, quest'ultima, che sorge a seguito del ricovero del paziente e che si fonda sul contratto atipico di ospitalità, dal quale deriva in capo alla struttura sanitaria, per un verso, l'obbligo di garantire l'erogazione della prestazione medica attraverso i sanitari della cui opera la struttura stessa si avvale e, per altro verso, l'obbligo di adempiere a tutte le prestazioni accessorie connesse con l'obbligazione principale<sup>3</sup>.

Sicché, sotto il vigore dell'originario articolo 5, comma I, il tentativo obbligatorio di conciliazione doveva essere esperito soltanto quando il paziente avesse subito dei danni a seguito di una prestazione *strictu sensu* medica e riconducibile al c.d. "contatto sociale" instauratosi tra medico e paziente<sup>4</sup>. Diversamente, non era necessario esperire il tentativo di mediazione in tutti i casi in cui il paziente avesse subito danni a seguito di una prestazione *latu sensu* medica, riconducibile al contratto di ospitalità; in tali ultime ipotesi, infatti, il danneggiato avrebbe potuto agire direttamente in giudizio<sup>5</sup>.

---

*mediazione delle controversie. Dal diritto alla salute al diritto alla giustizia*, a cura di Marinaro, Roma, 2012, 45 ss.

<sup>3</sup> Si tratta di obbligazioni che fanno capo esclusivamente alla struttura sanitaria e non anche al medico che opera all'interno della stessa, ad esempio: obbligo di fornire idoneo personale ausiliario, di predisporre locali idonei per la degenza, di organizzare e coordinare i vari reparti, di predisporre macchinari adeguati e funzionanti, ecc. Sul punto, in giurisprudenza si fa rinvio, fra tanti, a Cass. civ., sez. III, 08 ottobre 2008, n. 24791, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 10, 1448.; Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953, in *Foro it.*, 2008, 6, I, 1990.; in *Giust. civ.*, 2008, 11, 2519; in *Giust. civ. mass.*, 2007, 6.; ed in *Assicurazioni*, 2007, 4, II, 402.; Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 7-8 ed in *Resp. civ. e previdenza*, 2007, 9, 1824 con nota di Gorgoni; Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 1.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 04 gennaio 2010, n. 13 in *Giust. civ.*, 2011, 10, I, 2443 con nota di Rossetti; Cass. civ. sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 5; Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085 in *Giust. civ. mass.*, 2006, 4; Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297 in *Foro it.*, 2005, I, 2479; in *Danno e resp.*, 2005, 26 con nota di De Matteis ed in *Giust. civ. mass.*, 2004, 5.

<sup>5</sup> Sul punto, tuttavia, taluna dottrina si era mostrata in disappunto, ritenendo che una siffatta applicazione dell'articolo 5, comma I, fosse contraria al principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione e, pertanto, la stessa dottrina aveva proposto un'interpretazione estensiva della nozione di responsabilità medica. In tal senso, C. TROISI, *La mediazione obbligatoria alla luce del D. Lgs. 28/2010*, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it). Per un'attenta disamina delle questioni interpretative poste dall'art. 5, comma I, nella sua formulazione originaria, si rinvia a F. ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle*

**1.1** Com'è noto, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 272 del 2012<sup>6</sup>, ha dichiarato incostituzionale per eccesso di delega il D. Lgs. 28/2010 nella parte in cui aveva introdotto la mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità dell'eventuale giudizio instaurato dinanzi ai Tribunali civili in relazione alle materie indicate nello stesso D. Lgs., quindi anche con riferimento alla responsabilità medica.

Tralasciando i numerosi ed interessanti dibattiti che da tale pronuncia sono scaturiti in dottrina – determinando una scissione tra coloro che con entusiasmo hanno condiviso la decisione della Corte, ritenendo che «*la lacuna della legge delega era evidente, sicchè la Corte non avrebbe potuto fare altrimenti e pertanto la sentenza è pienamente condivisibile sotto ogni aspetto*»<sup>7</sup> e coloro che, di contro, con atteggiamento scettico hanno ritenuto che le motivazioni utilizzate dalla Corte siano state «*sfumate e non sempre omogenee*»<sup>8</sup> – ciò che in questa sede rileva è prendere atto di come la sentenza *de qua* abbia influito sul tema della mediazione in materia di responsabilità medica.

Ed infatti, a seguito della pronuncia della Suprema Corte la mediazione in ambito medico diventava facoltativa e, pertanto,

---

*controversie*, in *La Responsabilità civile*, 2012, 11, 739 ss.; C. CARRESE – A. CIMMINO, cit., 43-46.

<sup>6</sup> La sentenza è stata oggetto di molteplici commenti, tra tanti si fa rinvio a A. BUSACCA, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la mediazione obbligatoria*, in *I contratti*, 2013, 231 ss.; G. FINOCCHIARO, *Osservazioni minime a margine della declaratoria di illegittimità costituzionale della c.d. «mediazione obbligatoria»*, in *Giust. civ.*, 2013, I, 23 ss.; E. MINERVINI, *La “storia infinita della mediazione obbligatoria”*, in *I contratti*, 12, 2013, 1153 ss.; I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. Giur.*, 2013, 262 ss.; G. PISTORIO, *Uso o abuso dell'assorbimento. Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 2012, 4333 ss.

<sup>7</sup> In questi termini M. MARINARO, *Un'illegittimità costituzionale che nasconde la sconfitta del sistema giustizia*, in *Guida dir.*, 2012, 44, 11; A. SIROTTI GAUDENZI, *Mediazione ed eccesso di delega: il vizio formale non deve affossare l'istituto*, in *www.altalex.com*; G. FINOCCHIARO, *Osservazioni minime*, cit., 24.

<sup>8</sup> Così F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Società*, 2013, 76. Nello stesso senso anche I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione*, cit. 262 ss.

esperibile ai sensi dell'articolo 2, comma I, del D.Lgs. 28/2010<sup>9</sup>.

Ciò nonostante restava ferma, per un verso, la possibilità per le parti di assoggettarsi autonomamente all'obbligo di mediazione concordando un'apposita clausola, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 5, comma V, e per altro verso, la possibilità, qualora fosse stata adita dalle parti la via giudiziale, che fosse il giudice – a seguito di valutazione della natura della causa, dello stato di istruzione e del comportamento delle parti – ad *invitare* le stesse a procedere alla c.d. mediazione delegata<sup>10</sup>.

Infine, in relazione ai procedimenti incardinati ai sensi dell'articolo 5, comma I, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, il Ministero della Giustizia aveva precisato che sia per i procedimenti di mediazione incardinati prima della caduta del regime dell'obbligatorietà, che per le nuove istanze che sarebbero state presentate con riferimento alle materie di cui all'articolo 5, comma I, prima della pubblicazione della sentenza della Corte, l'organismo di mediazione avrebbe dovuto informare i soggetti interessati del venir meno, dal momento della pubblicazione della sentenza, dell'obbligatorietà della mediazione.

Pertanto, dal giorno successivo alla pubblicazione del provvedimento giudiziale le parti avrebbero avuto facoltà, con riferimento alle materie richiamate dall'articolo 5, comma I, sia di abbandonare i procedimenti di mediazione in corso, sia di decidere di adire direttamente le vie legali.

**2.** Con il D.L. n. 69 del 2013<sup>11</sup>, convertito in L. n. 98 del 2013, il Governo è intervenuto per neutralizzare gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012 ed ha ripristinato l'obbligatorietà della mediazione nelle materie già contemplate dall'articolo 5<sup>12</sup> e, quindi, anche con riferimento all'ambito della responsabilità medica.

---

<sup>9</sup> Così fino all'emanazione del Decreto del Fare, convertito in L. n. 98/2013, che ha reintrodotto la mediazione quale condizione di procedibilità in materia di «responsabilità medica e sanitaria».

<sup>10</sup> Cfr. C. CARRESE – A. CIMMININO, cit., 47.

<sup>11</sup> Il c.d. Decreto del Fare.

<sup>12</sup> Con esclusione delle cause per risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

Ciò che subito rileva mettere in evidenza è come il legislatore, in sede di conversione del D.L. n. 69 del 2013, si sia preoccupato di colmare quella “incongruenza normativa” che in passato aveva suscitato animati dibattiti dottrinari tra coloro che, partendo da una interpretazione restrittiva dell’articolo 5, ritenevano che la disposizione non potesse essere applicata anche ai casi di responsabilità sanitaria, e coloro che, interpretando estensivamente la medesima disposizione, giungevano alla conclusione opposta.

Non v’è dubbio che il legislatore del 2013 abbia inteso rendere obbligatoria la mediazione in entrambi i casi di responsabilità, ed infatti l’attuale formulazione del comma I *bis* dell’articolo 5 lo dimostra.

Pertanto, sia le ipotesi classiche di responsabilità del medico quale prestatore di opera intellettuale nei confronti del paziente, sia le fattispecie di responsabilità riconducibili più in generale alla struttura sanitaria, o in virtù o del c.d. contatto sociale tra medico e paziente, oppure in relazione al contratto atipico di ospedalità che si instaura tra le parti, vengono oggi ricondotte nel novero delle materie per le quali è obbligatorio esperire il procedimento di mediazione.

Ed infatti, la struttura sanitaria sarà chiamata a rispondere dei danni subiti dal paziente anche laddove, pur in assenza di un contratto tipico, sia maturato in capo al paziente un affidamento rispetto alla professionalità del medico, affidamento la cui natura contrattuale viene individuata nel contenuto del rapporto. Allo stesso modo, la struttura sanitaria sarà responsabile per tutti quei danni riconducibili alle modalità di organizzazione e gestione delle cure mediche, nonché per tutti i servizi erogati dall’Ente e non direttamente riconducibili all’operato dei professionisti.

A tale ultimo proposito, peraltro, dalla documentazione dei lavori che hanno determinato la conversione in legge del Decreto del Fare<sup>13</sup> si evince che la *responsabilità sanitaria* a cui si fa riferimento riguarda non soltanto la responsabilità delle strutture sanitarie, ma anche e più in generale quella di coloro che, pur non essendo medici, esercitano comunque le loro prestazioni professionali in ambito sanitario.

Dal punto di vista pratico ne consegue che, nei casi di responsabilità direttamente riconducibile all'operato del medico o del professionista non medico che opera in ambito sanitario il danneggiato è tenuto ad esperire la procedura di mediazione alternativamente o nei confronti del responsabile o nei confronti della struttura sanitaria, oppure cumulativamente nei confronti di entrambi.

Diversamente, nelle ipotesi di responsabilità riconducibile direttamente alla struttura sanitaria per obbligazioni sue proprie – connesse o accessorie alla prestazione principale offerta da professionisti (sia medici che non) che operano all'interno della struttura – la parte interessata avrà l'obbligo di instaurare il procedimento di mediazione sia nei confronti della struttura sanitaria, che del professionista che ha materialmente prestato la sua opera all'interno della stessa.

Nel contempo, viene fatta salva per il danneggiato la possibilità di coinvolgere anche altri soggetti la cui presenza può essere utile per la risoluzione della controversia, per esempio le compagnie assicurative che tutelano i professionisti, la cui presenza – pur non essendo necessaria – spesso può rivelarsi utile, quantomeno per rendere opponibile un eventuale accordo raggiunto<sup>14</sup>.

Per completezza, va richiamata in questa sede la novità introdotta dal legislatore anche in materia di competenza territoriale dell'Organismo di mediazione<sup>15</sup>, una competenza che si estende, com'è ovvio, anche alle controversie aventi ad oggetto la responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Pertanto, le istanze per la mediazione nelle materie *de quibus* dovranno essere depositate presso un Organismo sito nel luogo in cui si trova il Giudice territorialmente competente dinanzi al quale dovrà essere incardinata l'eventuale successiva controversia.

All'uopo, appare opportuno rilevare come la giurisprudenza si sia più volte pronunciata, con riferimento al foro di competenza per le controversie che vedono coinvolte strutture sanitarie, facendo una distinzione tra le strutture pubbliche, convenzionate e private. Nella prime due ipotesi il foro

<sup>14</sup> In dottrina, v. M. HAZAN – D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Milano, 2012, 447 ss.; L. BOGGIO, *Mediazione con le organizzazioni*, Milano, 2011, 66.

<sup>15</sup> Il riferimento è all'articolo 4, comma I, del D.Lgs. 28/2010.

competente sarà quello del luogo ove ha sede la struttura; diversamente, per le strutture private, il giudice competente sarà quello del luogo ove ha la residenza o il domicilio eletto il paziente<sup>16</sup>

3. In entrambi i casi di responsabilità, sia medica che sanitaria, il procedimento di mediazione è previsto, ai sensi dell'articolo 5, comma I *bis*, del D. Lgs. 28/2010 quale «condizione di procedibilità» della domanda giudiziale.

Tuttavia, il legislatore ha espressamente previsto, per un verso, la possibilità che il processo possa proseguire anche in difetto di tale condizione; per altro verso, che la stessa venga adempiuta successivamente all'introduzione della causa<sup>17</sup>.

L'eventuale improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata dal giudice non oltre la prima udienza.

Particolare rilievo assume, altresì, la novità introdotta dal legislatore del 2013<sup>18</sup> attraverso l'introduzione della c.d. mediazione *ex officio*, per tutti i casi in cui il giudice, anche in sede di appello, valutate le circostanze, decida di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione. Anche in tale caso la mediazione è condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale.

<sup>16</sup> In giurisprudenza si rinvia, *ex multis*, a Cass. civ., sez. III, 02.04.2009, n. 8093, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 4, 575 ed in *Giust. civ.*, 2010, 4, I, 973.

<sup>17</sup> Il legislatore ha statuito, nella seconda parte del comma I *bis*, dell'articolo 5 del D. Lgs. 28/2010 che «Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni alle parti per la presentazione della domanda di mediazione». Cfr. anche la Relazione Governativa al D. Lgs. n. 28/2010, *sub* articolo 5, richiamata dalla relazione Governativa al Decreto del Fare, dove si legge testualmente che in materia di mediazione «non è stata prevista la sospensione del processo, ma un suo semplice differimento...» e che «...le parti hanno sempre la possibilità di presentare la domanda giudiziale prima di svolgere la mediazione, e procedere alla sua trascrizione, per conseguire gli effetti che la legge vi ricollega...».

<sup>18</sup> Il riferimento, com'è ovvio, è al Decreto del Fare. La precedente formulazione del comma II prevedeva la possibilità per il giudice di «invitare» le parti a procedere alla mediazione, ed erano le stesse a dover decidere se accettare o meno la proposta del giudice.

Dall'analisi testuale della disposizione<sup>19</sup> si evince che la locuzione «esperimento del procedimento di mediazione», a cui più volte la disposizione fa riferimento, indica la fase iniziale dell'incontro tra le parti, ed infatti, il comma II *bis* sancisce che: «...la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude con l'accordo». Per altro verso, dalla norma si desume che l'accordo a cui il legislatore ha inteso fare riferimento è quello di cui all'articolo 8, comma I.<sup>20</sup> Pertanto, un'eventuale dissenso espresso dalle parti rispetto alla possibilità di mediare la controversia fa venir meno ogni impedimento rispetto alla prosecuzione della stessa in sede giudiziale e, pertanto, determina la procedibilità della domanda giudiziale, una procedibilità quest'ultima che – una volta determinatasi – perdura senza limiti di tempo.

Per completezza, con riferimento alla rilevabilità della improcedibilità dell'eventuale domanda giudiziale, va richiamata la disciplina di cui al comma V dell'articolo 5, laddove il legislatore ha previsto la possibilità per le parti di inserire nel contratto, nello statuto o nell'atto costitutivo una clausola di mediazione o conciliazione; in tali casi, come si desume dalla formulazione letterale della norma, la parte interessata deve eccepire l'improcedibilità nel primo scritto difensivo. Tuttavia, considerato l'*incipit* del V comma<sup>21</sup>, si può concludere che in caso di sovrapposizione della disciplina posta dal comma I *bis* e quella posta dal comma V, a prevalere saranno le disposizioni del comma I *bis*, pertanto, il mancato avvio della procedura di mediazione potrà essere rilevato anche dal giudice (non solo ad istanza di parte) entro la prima udienza (non nel primo scritto difensivo, se ad istanza di parte)<sup>22</sup>.

Con riferimento al regime transitorio va precisato come, per un verso, il Decreto del Fare abbia stabilito che le modifiche nello stesso contenute «si applicano decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione» e, per altro verso, come il legislatore, nella seconda parte del comma I *bis*

<sup>19</sup> Il riferimento è all'articolo 5 nella sua interezza.

<sup>20</sup> Ovvero, l'accordo tra le parti in merito alla prosecuzione della mediazione.

<sup>21</sup> In cui testualmente si legge: «Fermo quanto previsto dal comma I *bis*».

<sup>22</sup> C. CARRESE – A. CIMMINO, cit., 69; G. BATTAGLIA, “La mediazione nelle controversie civili e commerciali”, a cura di A. Castagnola – F. Delfini, Padova, 2010, 108.



della norma in commento, abbia specificato che: «la disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore». Da ciò si evince, mancando ogni riferimento ai processi iniziati prima del 21 settembre 2013<sup>23</sup>, che per tali procedimenti il tentativo di conciliazione in ambito medico-sanitario non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale e resta facoltativo.

4. Il D.L. n. 158 del 2012, convertito in legge n. 189/2012<sup>24</sup>, agendo sul piano del diritto penale ha introdotto una disciplina volta a limitare il ricorso ai giudici nei confronti dei medici.

Ed infatti, l'articolo 3, comma I, del Decreto Balduzzi, rubricato «Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie», sancisce testualmente che «l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.»

In tal senso, benché poco sia cambiato in ottica civilistica<sup>25</sup>, visto il rinvio all'articolo 2043 c.c., è evidente come il legislatore anche in questo caso abbia inteso perseguire lo stesso obiettivo di riduzione del contenzioso in ambito medico-sanitario, muovendosi in tal senso, seppur in ambito penalistico, nella medesima direzione già battuta, in ambito civilistico, prima attraverso l'emanazione del D.Lgs. 28 del 2010 e, successivamente, del Decreto del Fare.

<sup>23</sup> Data a partire dalla quale è stata reintrodotta la mediazione obbligatoria.

<sup>24</sup> Il c.d. Decreto Balduzzi, contenente “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”.

<sup>25</sup> Cfr. Trib. Cremona, sez. I civile, 19 settembre 2013, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di Crimi.