

Il conflitto e le modalità di risoluzione

Introduzione

di S. Stefanelli

"Tutto cominciò con un paio di stivali scomparsi. Tra un turno e l'altro, i minatori di solito lasciavano i loro abiti da lavoro in dei contenitori appesi al soffitto del locale servizi. Una notte un minatore scoprì che i suoi stivali erano spariti. Senza non poteva lavorare. Adirato, fece le sue rimostranze al capoturno: 'Dannazione, qualcuno ha preso i miei stivali! Non è giusto! Dovrei' rimetterci la paga di un turno e il costo di un paio di stivali perché la compagnia non è capace di proteggere la mia proprietà?' 'Sfortunata!', rispose il capoturno. 'La compagnia non è responsabile delle proprietà personali lasciate nell'ambiente di lavoro. Leggi il regolamento della miniera!'. Il minatore brontolò tra sé: 'Ve lo farò vedere! Se non posso lavorare in questo turno, nessun altro lo farà!' Convinse alcuni colleghi ad andarsene con lui e, per solidarietà, tutti gli altri fecero altrettanto."

Si è in presenza di un conflitto quando un soggetto avanza una pretesa verso un altro che, invece, la respinge.

La pretesa può trovare il proprio fondamento in un torto che si ritiene di avere subito, oppure in un bisogno o un desiderio che si vuole soddisfare.

Nel caso sopra riportato - tratto dal testo *Getting disputes resolved*,² di W.L. URY e altri - il minatore che si lamenta col capoturno dei suoi stivali scomparsi e chiede che la compagnia si assuma la responsabilità della scomparsa degli stivali e provveda a riparare ciò che il minatore percepisce come un torto. Il rifiuto del capoturno ha l'effetto di trasformare il reclamo del minatore in un conflitto.

Qui nasce l'esigenza della risoluzione del conflitto stesso e quindi la valutazione circa i metodi della possibile risoluzione.

Non vi è dubbio che un conflitto viene risolto quando le posizioni delle parti, in origine opposte, vengono fatte convergere in un unico risultato.

Tale conversione è possibile ove si lavori sugli elementi base di un conflitto che sono: gli interessi, il diritto ed il potere.

A seconda che si intenda privilegiare uno

dei tre aspetti, la possibile risoluzione di un conflitto passa attraverso tre possibili strade: riconciliare gli interessi reali delle parti, determinare chi ha giuridicamente ragione davanti ad un giudice, accertare chi è più forte attraverso dimostrazioni di potere.

Tralasciando al momento la strada dell'esercizio del potere (che va dalla guerra allo sciopero, ai meccanismi persuasivi della televisione o stampa), non vi è alcun dubbio che la nostra cultura sociale e giuridica è principalmente incentrata sui diritti e sulla risoluzione dei conflitti attraverso lo strumento processuale. Se subisci un torto, e pensi di aver ragione, vai davanti al giudice e cerchi di convincerlo della bontà della tua posizione giuridica e quindi delle tue pretese.

1 W.L. URY, J.M. BRETT e S.B. GOLDBERG, *Getting disputes resolved*, San Francisco 1988, p. 3 - riferendosi ad un fatto realmente accaduto.

2 In particolare William Ury William Ury dirige il Global Negotiation Project presso l'Università di Harvard e opera da trent'anni come mediatore in ambito aziendale e politico.

William Ury ha mediato in conflitti che vanno dai consigli di amministrazione al campo di battaglia. È autore di numerosi libri in materia di negoziazione.

Questo è il motivo per cui oggi il d.lgs. 28/2010, che introduce nel nostro ordinamento in maniera ampia e generalizzata la mediazione come metodo di risoluzione delle controversie alternativo al giudizio civile, sta suscitando tanto scalpore.

La mediazione infatti – diversamente dal processo civile – è uno strumento che permette di risolvere un possibile conflitto attraverso la riconciliazione degli interessi delle parti.

Più esattamente in mediazione – pur non prescindendo dagli aspetti giuridici del conflitto e dal potere che le parti hanno – si cerca la possibile soluzione facendo emergere, e dando quindi valore e rilevanza, anche agli interessi delle parti stesse.

Gli interessi sono i bisogni (anche economici, ma non solo), i desideri, i problemi, le paure della parte; ciò che il richiedente non ha e vorrebbe invece avere.

Facciamo un esempio pratico.

In ambito di responsabilità medica il paziente che ritenga di essere stato danneggiato da un atto medico vuole veder accertata la colpa medica ed essere risarcito. Al contrario il medico (e/o la struttura) vogliono veder accertata la non responsabilità.

Nel processo davanti al giudice la situazione sopra descritta si incardina (nella sostanza) su due momenti: accertare della sussistenza o meno della responsabilità del sanitario (o della struttura) e, se del caso, la quantificazione del danno alla persona.

In mediazione il confronto tra le parti può essere più ampio.

Senza prescindere da un accertamento della eventuale responsabilità, è poi possibile che il paziente oltre al risarcimento economico (che rappresenta un *interesse economico*) abbia anche altri interessi: quali, ed esempio, vedere che il sanitario riconosce la sofferenza patita (*interesse emotivo*), non trascinare la controversia per tempi troppo lunghi mantenendo aperta una “ferita” anche emotiva (*interesse psicologico*) a chiudere la vertenza ed interesse economico a non dover supportare le spese legali), trovare soluzioni più confacenti alle proprie necessità (si pensi all’interesse di un macroleso che viva in una

zona con scarsa assistenza socio-assistenziale e che necessiti di una rete di supporto articolata che potrebbe concordare con l’ospedale).

Ed è altresì possibile che anche la struttura sanitaria (e/o il sanitario) abbiano altri ed ulteriori interessi: evitare una cattiva pubblicità (interesse alla buona immagine della struttura); dare addirittura un segnale sociale positivo circa una volontà collaborativa della pubblica amministrazione (anche questo legato alla buona immagine della pubblica amministrazione), limitare le spese di contenzioso (interesse economico), trovare soluzioni che, pur in presenza di colpa accertata, siano comunque meno dispendiose economicamente ecc.

La mediazione è dunque lo strumento che, senza prescindere dal diritto, consente alle parti di acquisire consapevolezza di tali interessi, permette di confrontarli e “combinarli” dandogli un ordine di rilevanza, aiuta a trovare possibili soluzioni che soddisfino in tutto o in parte gli interessi stessi.

Si tratta di un percorso al termine del quale non vi è un soggetto che ha vinto e uno che ha perso, ma vi sono due parti che sono riuscite, insieme, a rimodulare il rapporto e a sciogliere lo scontro.

Ora, è innegabile che culturalmente siamo poco abituati a confrontarci con i nostri reali interessi e non siamo per nulla abituati a utilizzare gli stessi per risolvere un possibile conflitto: questo è la grande novità del d.lgs. 28/2010.

Qui non si tratta di studiare un nuovo istituto giuridico, ma si tratta di capire che vi possono essere modi diversi per risolvere le controversie, utilizzando strumenti che oggi ancora non padroneggiamo.

Ciò non vuole dire che la risoluzione attraverso la mediazione sia sempre ‘migliore’ di quella attraverso il diritto o il potere.

Significa soltanto prendere atto che oggi esiste nel nostro ordinamento un altro ed ulteriore strumento per la risoluzione delle controversie: si può quindi pensare che valga la pena di provarlo – sul serio – prima di compiere, eventualmente, l’escalation verso gli altri due.

La mediazione nel nostro ordinamento

Il d.lgs. 28/2010 ed
il DM 18 ottobre 2010

Con il d.lgs 28/2010 ed il D.M. 18 ottobre 2010 il legislatore ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico una disciplina generale della mediazione nonché dei soggetti che operano in tale ambito.

Ha quindi stabilito le tipologie di mediazione, il rapporto tra mediazione e processo, gli organismi davanti ai quali deve essere esercitata la mediazione, i requisiti per i mediatori, il valore giuridico del verbale di conciliazione.

In questa sede – per ovvi motivi redazionali – si provvederà ad una analisi per punti della disciplina (che comunque è riportata per esteso in allegato al presente lavoro).

Che cos'è la mediazione

Con il termine "*mediazione*" si intende l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.

La *conciliazione* è la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione. (art. 1 d.lgs 28/2010)

Soggetti

Gli Organismi di Mediazione

L'istanza di mediazione va presentata avanti ad organismi di mediazione accreditati dal Ministero della Giustizia ed iscritti nel relativo registro (art.2 d.lgs 28/2010 e art. 4 D.M. 180/2010).

In fase di registrazione l'organismo deve depositare presso il Ministero il proprio regolamento di funzionamento (che può variare

da organismo ad organismo) e può altresì indicare le specifiche materie nelle quali effettua le procedura di mediazione.

L'organismo deve collaborare con almeno 5 mediatori.

Mediatore

Il mediatore è la persona fisica che effettua la mediazione.

Possono svolgere l'attività di mediazione soggetti idoneamente formati attraverso appositi corsi realizzati da organismi di formazione, iscritti in un apposito elenco depositato presso il Ministero (art. 16 comma 5 d.lgs. 28/2010 e art. 17 D.M. 180/2010).

Una delle caratteristiche principali della procedura di mediazione è poi la riservatezza.

In questo senso la disciplina prevede che il mediatore, ed altresì i soggetti che operano all'interno dell'organismo di mediazione, siano tenuti all'obbligo della riservatezza e non possano essere chiamati a testimoniare.

Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere poi utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale (art. 9-10 d.lgs. 28/2010).

Tipologia di mediazione

Il legislatore ha disciplinato nel d.lgs 28/2010 quattro tipi di mediazione.

Sotto in sintesi le caratteristiche delle diverse mediazioni.

Mediazione volontaria

La parte - prima di dare avvio a un giudizio o anche in pendenza di causa - può in qualsiasi momento depositare l'istanza di avvio

di una procedura di mediazione avanti ad un organismo, dando avvio in questo modo ad una procedura di mediazione.

Mediazione delegata

Il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le parti a procedere alla mediazione prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero prima della discussione della causa (art. 5.2 d.lgs. 28/2010).

Mediazione contrattuale

Se il contratto o lo statuto prevedono una clausola di mediazione e il tentativo non risulta esperimento, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, assegnano il termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza di mediazione davanti a un organismo accreditato. Si precisa che l'art. 5 comma 5 stabilisce espressamente che le parti possono stabilire contrattualmente l'organismo avanti al quale l'istanza di mediazione deve essere presentata.

Mediazione obbligatoria

L'art. 5 comma 1 stabilisce che dal 20 marzo 2011, la presentazione dell'istanza di mediazione presentata presso un organismo accreditato costituisce condizione di procedibilità in numerose materie.

In particolare – per quanto rileva in questa sede – l'istanza di mediazione è condizione di procedibilità nelle materie risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (RC auto) e nel risarcimento da responsabilità medica.

Profili giuridici della mediazione

Presentazione dell'istanza

La procedura di mediazione si avvia tramite il deposito di un'istanza presso un organismo di mediazione accreditato (artt. 4 d.lgs. 28/2010).

A seguito della presentazione dell'istanza di mediazione il responsabile dell'organismo designa uno o più mediatori e fissa l'incontro non oltre quindici giorni dal deposito della domanda (art. 8.1 d.lgs. 28/2010).

Scelta dell'organismo di mediazione

Il soggetto che presenta l'istanza di mediazione (salve le ipotesi di determinazione contrattuale) ha facoltà di scegliere l'organismo di mediazione.

La scelta dell'organismo comporta l'accettazione del regolamento, delle indennità e della nomina del mediatore (tra quelli iscritti nell'organismo).

Non esistono criteri di competenza territoriale. In ipotesi di conflitto tra più istanze, è competente l'organismo davanti al quale è stata presentata la prima istanza (art. 4.1 d.lgs 28/2010).

Obbligo di informazione dell'avvocato al cliente

L'avvocato è tenuto a informare per iscritto l'assistito della possibilità di avvalersi della procedura di mediazione. In caso contrario, il contratto di patrocinio è annullabile (art. 4.3 d.lgs 28/2010).

Mancata partecipazione alla mediazione

Se una parte non partecipa alla mediazione senza giustificato motivo il giudice può desumerne argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del c.p.c. (art. 8.5 d.lgs 28/2010).

Rapporti tra mediazione e il processo

Casi di esclusione della mediazione

La mediazione obbligatoria e la mediazione delegata non si applicano all'azione civile nel processo penale (art. 5.4) e ai procedimenti: per ingiunzione (fino alla pronuncia delle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione); per convalida di licenza o sfratto (fino al mutamento del rito ex art 667 c.p.c.); possessori (fino alla pronuncia dei provvedimenti ex art. 703 c. 3 c.p.c.); di opposizione o incidentali di cognizione nell'esecuzione forzata; in camera di consiglio.

Provvedimenti urgenti e cautelari

La mediazione non preclude invece la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari (art. 5.3 d.lgs 28/2010).

Prescrizione e decadenza

A decorrere dalla data in cui l'istanza di mediazione viene comunicata alle parti, la stessa produce gli stessi effetti della domanda giudiziale e, per una sola volta, impedisce la decadenza (art. 5.6 d.lgs 28/2010).

Durata della mediazione

Il procedimento di mediazione ha una durata massima in ogni caso non superiore a quattro mesi dal deposito della domanda (art. 6.1).

Indennità e incentivi fiscali

Indennità dovute dalle parti

L'indennità comprende le spese di avvio del procedimento e le spese di mediazione.

Le spese di avvio del procedimento ammontano a 40,00 € che devono essere versate dal soggetto che presenta l'istanza (art. 16 D.M. 180/2010).

Tutte le parti che partecipano alla mediazione devono poi versare all'organismo una indennità di mediazione.

Per le mediazioni avanti agli organismi pubblici le indennità di mediazione sono le seguenti (allegato D.M. 180/2010).

Valore della lite	Spesa (per ciascuna parte)
Fino ad € 1.000	€ 65
Da € 1.001 ad € 5.000	€ 130
Da € 2.001 ad € 10.000	€ 240
Da € 10.001 ad € 25.000	€ 360
Da € 25.001 ad € 50.000	€ 600
Da € 50.001 ad € 250.000	€ 1.000
Da € 250.001 ad € 500.000	€ 2.000
Da € 500.001 ad € 2.500.000	€ 3.800
Da € 2.500.001 ad € 5.000.000	€ 5.200
Oltre € 5.000.000	€ 9.200

Ai sensi dell'art. 16 del D.M. 180/2010 l'importo massimo per ciascun scaglione:

- può essere aumentato in misura non superiore a un quinto tenuto conto della particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare;
- deve essere aumentato in misura non superiore a un quinto in caso di successo della mediazione;
- deve essere aumentato di un quinto nel caso di

formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo;

- deve essere ridotto di un terzo nelle materie nelle quali la conciliazione è obbligatoria (quali responsabilità medica e RCA);
- deve essere ridotto di un terzo quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento.

Le spese di mediazione devono essere corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà.

Rimangono fisse anche nel caso di mutamento del mediatore nel corso del procedimento ovvero di nomina di un collegio di mediatori o di nomina di uno o più mediatori ausiliari.

Ove poi più soggetti rappresentino un unico centro d'interessi si considerano come un'unica parte.

Incentivi fiscali

Tutti gli atti, documenti e provvedimenti della mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

Il verbale di conciliazione con il quale è raggiunto l'accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro (art. 17.2 e 17.3 d.lgs 28/2010).

Credito d'imposta

Alle parti che corrispondono l'indennità sopra indicata è riconosciuto un credito d'imposta fino a 500 euro per parte.

In caso di insuccesso della mediazione il credito d'imposta è ridotto della metà (art. 20 d.lgs. 28/2010).

Esiti della procedura

Accordo delle parti

Se è raggiunto un accordo, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Il verbale di accordo può divenire titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12 d.lgs 28/2010).

Mancato raggiungimento dell'accordo

Ove l'accordo non sia raggiunto, si aprono vari scenari (art. 12 d.lgs 28/2010):

- 1) le parti chiedono di comune accordo al mediatore di fare una proposta: in questo caso il mediatore è obbligato a formulare tale proposta;
- 2) le parti non chiedono nulla: in questo caso il Mediatore ha comunque facoltà di formulare una proposta alla quale le parti possono o meno aderire.

La mancata adesione alla proposta può però avere conseguenze sulle spese processuali della successiva causa (si veda paragrafo successivo).

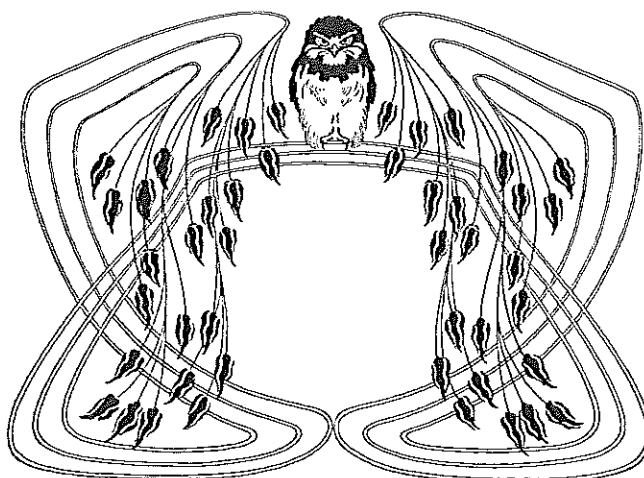
In ogni caso si segnala che il regolamento dell'organismo può disciplinare in maniera più articolata il delicato punto della proposta.

Impatto sulle spese processuali

La mancata accettazione della proposta può avere conseguenze di non poco rilievo sulle spese processuali.

Infatti (art. 13 d.lgs. 28/2010):

- 1) Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta (per il periodo successivo alla formulazione della proposta stessa), e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente oltre al contributo unificato.
- 2) Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto ausiliario.



La procedura conciliativa

La procedura conciliativa, pur non essendo una "procedura" legislativamente disciplinata (come quella del nostro codice di procedura civile), deve comunque seguire un iter strutturato, nel corso del quale vengono poste in essere una serie di regole comportamentali.

Più esattamente con il termine "procedura conciliativa" intendiamo riferirci alla sequenza di atti comunicativi e di tecniche di gestione dei conflitti che il conciliatore pone in essere nel corso dell'intera procedura.

Quest'ultima si articola poi in sessioni che possono essere:

- "congiunte", ove siamo presenti il conciliatore e tutte le parti coinvolte;
- "private", ove sia invece presente solo il conciliatore ed una parte.

Seppure sia lasciato un ampio margine di gestione al conciliatore (anche in ragione delle parti che si trova di fronte) la procedura conciliativa si articola solitamente in tre fasi: la prima sessione congiunta, le sessioni private, la sessione finale congiunta.

Tali fasi hanno funzioni ed obiettivi diversi, quindi il conciliatore provvederà a gestirle ed articularle in maniera differente.

Analizziamole in maniera schematica.

La prima sessione congiunta

Nella prima sessione il mediatore incontra tutte le parti insieme.

Gli obiettivi di questo primo incontro sono i seguenti:

- 1) spiegare alle parti come si svolgerà la procedura conciliativa e quali finalità si pone;
- 2) mettere le parti in condizioni di comunicare in maniera efficace tra di loro;
- 3) consentire alle medesime di affrontare i problemi fondamentali prendendo in

considerazione anche le necessità e gli interessi delle altre parti.

La procedura di mediazione inizia dunque con un discorso introduttivo nel quale il mediatore spiega alle parti le caratteristiche della mediazione (le differenze tra mediazione, processo civile ed all'arbitrato) nonché i dati caratterizzanti la procedura stessa (l'imparzialità del mediatore, la volontarietà della procedura e la riservatezza di tutte le informazioni che emergono nel corso del procedimento).

Sempre nel corso del discorso introduttivo il mediatore provvede a spiegare alle parti come avviene la procedura di mediazione e gli effetti giuridici che si conseguiranno sia nel caso di accordo che nel caso di mancato accordo.

Successivamente il mediatore dà la parola alle parti per esporre i loro punti di vista, capire le loro percezioni sul conflitto nonché le questioni oggettive e soggettive. Il mediatore faciliterà la comunicazione tra le parti e ascolterà le loro ragioni, a questo scopo utilizzerà alcune tecniche come ad esempio la parafrasi attraverso la quale viene ripreso e riproposto in modo neutro, ordinato e strutturato ciò che è stato riferito dalle parti: tale strumento consente di "rivedere" i fatti narrati spogliandoli di tutta la carica di negatività e di tensione nonché di verificare se sono emersi tutti i fatti rilevanti e se gli stessi sono stati compresi in maniera corretta.

Identificate quindi le questioni fondamentali, il mediatore stabilirà un piano di lavoro e darà inizio alle sessioni private.

Le sessioni private

Nelle sessioni private il mediatore incontra

le parti separatamente.

Ove le parti siano più di due (come potrà accadere facilmente nelle mediazioni in ambito di responsabilità medica) il mediatore incontra prima tutte le parti separatamente; in seguito stabilirà un piano di lavoro che può presupporre una o più sessioni private con ognuna delle parti.

Obiettivi delle sessioni private sono:

- permettere alle parti di sfogarsi emotivamente, sentendosi capite ed ascoltate;
- permettere al mediatore di ricevere informazioni che, potrebbero essere importanti al fine della risoluzione del conflitto che le parti preferiscono mantenere riservate;
- permettere al mediatore di capire meglio la percezione che ogni parte ha del conflitto;
- far emergere, al fianco delle pretese avanzate dalla parte, anche gli (ulteriori) interessi e bisogni che la parte potrà soddisfare attraverso la mediazione;
- aiutare la parte ad acquisire consapevolezza circa le reali alternative che hanno nel caso in cui non si raggiunga un accordo (la c.d. MAAN - miglior alternativa all'accordo negoziato);
- far emergere le possibili soluzioni che potrebbero porre fine alla controversia.

Le sessioni private rappresentano un momento fondamentale della procedura di mediazione.

In tale fase infatti - non essendo presente l'altra parte (o le altre parti) e vigendo comunque un principio di riservatezza - si crea un rapporto diretto tra mediatore e parte.

La parte potrà quindi comunicare al mediatore anche aspetti privati ed emotivi della controversia che non vuole siano resi noti all'altra parte, ma che potrebbero essere invece fondamentali per trovare una possibile soluzione.

Inoltre il mediatore, attraverso specifiche tecniche di negoziazione (quali domande aperte, domande circolari e domande chiuse), potrà aiutare la parte, irrigidita sulla sola posizione di pretesa, ad identificare eventuali

ulteriori *interessi* (che magari sottostanno alla pretesa) che potrebbero essere molto rilevanti per la soluzione del conflitto, ma che la parte stessa potrebbe da sola non riuscire esca ad identificare.

Per fare un esempio in ambito di responsabilità sanitaria la pretesa del paziente sarà, quasi sempre, la pretesa economica di un risarcimento. Ulteriori interessi che magari il paziente non ha identificato e non ha consapevolizzato come possibili motori per una soluzione della controversia (anche perché gli stessi non possono trovare "ascolto" nell'ambito di un procedimento giurisdizionale) potrebbero l'interesse a sottoporsi subito a nuove cure presso una struttura di fiducia, l'interesse a trovare soluzioni terapeutiche o assistenziali più adeguate alle sue necessità, l'interesse ed i vantaggi legati ad una risoluzione veloce ecc.

Analoghe considerazioni per la struttura sanitaria che oltre ad un possibile interesse economico a chiudere velocemente, potrebbe avere interesse a tutelare la propria immagine sul territorio oppure a riprendersi in carico il paziente o a farlo gestire da altra struttura sanitaria, oppure a chiudere il conflitto nell'ambito di un sistema di prevenzione del rischio.

Inoltre nella sessione privata il mediatore può aiutare la parte a riflettere sui punti di forza e di debolezza alla luce delle sue esigenze prioritarie.

Infine il confronto privato permette al mediatore, sempre applicando specifiche tecniche di negoziazione, di aiutare la parte ad identificare tutte le possibili risposte e soluzioni che potrebbero essere date alle controversie, modulandole e valutandone lati positivi e lati negativi.

La sessione congiunta finale

La sessione congiunta finale si svolge nuovamente alla presenza del mediatore e di tutte le parti.

Obiettivo della sessione è il raggiungimento dell'accordo.

A tal fine, avendo identificato nel corso

delle sessioni private interessi e MAAN, il mediatore provvederà a riformulare i termini della controversia tenendo conto non tanto e non solo delle pretese avanzate dalle parti, ma anche e soprattutto degli interessi delle stesse (e sui quali le parti abbiano fatto venir meno il principio di riservatezza).

In altre parole valutando gli interessi da una parte e le diverse MAAN dall'altra, il mediatore aiuta le parti ad identificare le possibili soluzioni (la c.d. generazioni delle opzioni).

In questa fase il mediatore ha l'obbligo di assicurare che tutte le parti abbiano avuto la possibilità di esprimersi, di valutare le diverse alternative, e di capire i termini e le conseguenze dall'accordo.

A questo punto, tenendo conto che si tratta comunque di una procedura volontaria, le parti potranno addivenire ad un accordo oppure potranno decidere di abbandonare la mediazione.

Nel caso di accordo verrà redatto dal mediatore un verbale contenente i termini dell'accordo stesso oppure (in caso di maggiore difficoltà) potrà essere redatto un contratto (anche dai legali delle parti) che verrà allegato al verbale.

Nel caso invece di abbandono della procedura di mediazione, verrà redatto dal mediatore un verbale di mancato accordo, senza indicare i motivi dello stesso.

Il ruolo dell'avvocato nella mediazione

Da ultimo siano concesse alcune brevi considerazioni sul ruolo degli avvocati nella procedura di mediazione.

È opinione di chi scrive che, seppure il d.lgs 28/2010 non abbia previsto come obbligatoria, la presenza dell'avvocato in mediazione e la consulenza dello stesso siano di estrema importanza, specie in settori così complessi e delicati come la responsabilità medica.

Non vi è dubbio infatti che l'avvocato svolga un ruolo determinante nell'identificare i punti sostanziali di una controversia e nell'orientare i clienti verso la procedura più

adeguata per la risoluzione del conflitto.

L'avvocato infatti è in grado di capire se la "realtà dei fatti sostanziali" potrà essere trasformata in "realtà processuale" oppure se invece le prove della parte sono troppo deboli; come identicamente può essere in grado di capire se una risoluzione tramite mediazione sia o meno è idonea soddisfare gli interessi del suo cliente.

Infatti seppure oggi la mediazione sia condizione di procedibilità per alcune materie (quali la responsabilità medica) ciò non vuol dire che un accordo debba per forza essere raggiunto: l'obbligo attiene all'attivazione della procedura, non al raggiungimento della conciliazione.

Identicamente si reputa che la figura dell'avvocato sia di assoluta importanza nella scelta dell'organismo di mediazione: starà infatti al legale valutare quali tra gli organismi funzionanti abbia i mediatori più esperti in materia o quale sia dotato del regolamento di funzionamento più idoneo al conflitto in essere.



Le problematiche della mediazione in sanità

La mediazione in sanità presenta poi, senza dubbio, problematiche peculiari.

Alla intrinseca difficoltà di mediare in presenza di più parti (la c.d. mediazione multiparte) si aggiunge la circostanza che in tale ambito, molto spesso, uno dei soggetti che viene in mediazione è un ente pubblico: più esattamente l'Azienda USL o l'Azienda Ospedaliera.

Occorre quindi analizzare – in maniera schematica e senza ambizione di esaustività – le specifiche problematiche che si porranno all'interno della P.A..

La possibilità di mediare della P.A.

La prima generale domanda da porsi riguarda la possibilità giuridica di mediare da parte di una pubblica amministrazione.

Si ritiene che a tale domanda debba darsi risposta positiva in ragione delle seguenti considerazioni.

Seppure infatti non esista una norma generale nel nostro ordinamento che sancisca il generale potere di mediare e di transigere in capo alla P.A., tale possibilità è comunque ormai prevista in svariate discipline di settore (art. 239/2006 T.U. contratti pubblici, d.lgs. 19-06-1997, n. 218 accertamento con adesione, art. 48 d.lgs 546/'92 conciliazione giudiziale in ambito tributario).

Peraltro anche la giurisprudenza della Corte dei Conti, intervenuta in materia, ammette pacificamente la possibilità di andare in transazione.¹

Si può quindi affermare che non vi sono ostacoli normativi alla mediazione e conciliazione da parte di un ospedale.

La corretta gestione della procedura di mediazione

Sgombrato il campo dai dubbi di cui sopra, occorre chiedersi che *come* ospedali ed ASL

dovranno organizzarsi per poter gestire la procedura di mediazione.

È infatti indubbio che oggi – non esistendo più assicurazioni che coprono per intero il danno assicurato – ospedali ed ASL dovranno attrezzarsi per andare in mediazione relativamente alle eventuali richieste economiche che riguardano le somme in franchigia.

In questo senso si reputa che gli step da porre in essere siano i seguenti:

a) organizzare un servizio all'interno della struttura pubblica che possa gestire le richieste di mediazione.

Si tenga presente, in questo senso, che l'art. 8 del d.lgs 28/2010 stabilisce che il responsabile dell'organismo, al momento della presentazione della domanda, nomina il Mediatore e fissa la prima sessione entro 15 gg.. È pur vero che trattasi di termini ordinatori, ma è altrettanto vero che comunque l'obiettivo del sistema è quello di andare in mediazione velocemente.

b) preparare il soggetto che parteciperà alla mediazione.

Come sopra evidenziato (cap. 3) nella procedura di mediazione è prevista la partecipazione della parte. Non è un obbligo di legge, senza dubbio può andare anche l'avvocato con idonea delega. Ma la filosofia del sistema, proprio perché

¹ Così Corte dei Conti C. Conti sez. I, 19/06/2002, n. 203: "Fermo restando che la natura pubblica non osta a che un ente sia legittimato a stipulare con altri soggetti, non importa se pubblici o privati, contratti di transazione per controversie in atto ovvero anche soltanto potenziali, la natura privatistica di tali negozi non esclude, di per sé, la giurisdizione della Corte dei conti sulle deliberazioni amministrative correlate ai loro concreti contenuti".

valorizza anche l'area degli interessi e non solo dei diritti, privilegia la partecipazione della parte.

In questo senso occorre ragionare sulla opportunità di "formare" i funzionari pubblici che andranno in mediazione, spiegando di cosa si tratta, facendo luce sulle opportunità e sui limiti che la stessa offre, dando in sostanza allo stesso quel bagaglio di conoscenze che gli consentano di poter gestire al meglio il suo ruolo nel corso della procedura.

c) **determinare i poteri del soggetto che andrà in mediazione**

Da ultimo occorrerà definire i poteri del soggetto che partecipa alla mediazione il quale potrà essere dotato di un potere di mera firma oppure potrà anche avere un maggior potere decisionale nel merito.

La responsabilità amministrativa del funzionario pubblico che decide di accettare la mediazione

Da ultimo un tema molto sentito: i possibili profili di responsabilità amministrativa del funzionario che partecipando alla mediazione decida di accettare un accordo conciliativo.

Ci si domanda infatti se la Corte dei Conti non concordando con la scelta di conciliare posta in essere dal funzionario, possa attivare un procedimento di responsabilità amministrativa nei confronti dello stesso.

Ora, seppure in linea teorica non possa negarsi tale possibilità, si reputa che nei fatti si tratti di ipotesi veramente residuale. E comunque totalmente evitabile con una diligenza minima.

Ciò in ragione delle seguenti argomentazioni.

In primo luogo preme precisare che la mediazione si basa *anche* sugli interessi, ma non prescinde da una valutazione giuridica della controversia tra le parti. In questo senso è del tutto ovvio che, ove l'ASL o l'Ospedale (anche grazie ai propri accertamenti interni) ritenessero non sussistere alcun profilo di colpevolezza, senza dubbio la scelta di

mediare (magari versando denaro non dovuto al paziente che ha presentato istanza di mediazione) potrebbe effettivamente configurare una responsabilità in capo al funzionario pubblico.

Ove invece – anche in base agli accertamenti interni o a quelli svolti nel corso della mediazione o comunque per lo stato dei fatti o della documentazione (ad es. cartella clinica o consenso informato) – emergessero profili di responsabilità della struttura, senza dubbio in questo caso si aprirebbe uno spazio di discrezionalità per il funzionario circa la possibilità o meno di mediare ed eventualmente circa i possibili contenuti della mediazione stessa.

Qui può sorgere il dubbio del "rischio" di responsabilità amministrativa.

È opinione di chi scrive che si tratti di un rischio contenuto.

Infatti:

- la responsabilità amministrativa si ha solo per dolo o colpa grave: esclusa l'ipotesi del dolo, la Corte dei Conti afferma che, in ipotesi di transazione, si ha responsabilità per "colpa grave" solo ove – ad esempio

2 Così C. Conti Trentino–A. Adige sez. Giurisdiz. sent., 30/04/2008, n. 000022

Sussiste colpa grave nel comportamento tenuto dai componenti del Consiglio di amministrazione di una azienda speciale nella adozione di deliberazioni – nella loro reciproca interconnessione logica e cronologica – contraddittorie nel rispettivo, vario contenuto nonché adottate senza il benché minimo ausilio di alcun elemento probatorio della effettività delle ragioni sottostanti all'orientamento assunto (non conferma di un soggetto nell'incarico di direzione dell'azienda, per scadenza della durata contrattuale; risoluzione del contratto di lavoro del medesimo dirigente, per gravi inadempienze, con efficacia subordinata all'accertamento in sede giudiziaria della durata indeterminata del rapporto di lavoro o della durata di esso superiore ad una certa data; procedimenti disciplinari orientati al licenziamento del dirigente, nei cui confronti era stata già disposta la cessazione; autorizzazione alla sottoscrizione dell'atto di transazione nella causa di lavoro promossa dal dirigente, poi, definita col processo verbale di conciliazione) e tali da arrecare danno al bilancio dell'azienda che, col dovuto diligente atteggiamento in tutte le fasi, anche di carattere preliminare, dell'incresciosa vicenda sarebbe stato possibile evitare.

– si decida di conciliare in totale carenza di indagine istruttoria precedente, e quindi senza sapere se effettivamente sussista o meno un profilo di responsabilità. In questo senso anche la giurisprudenza contabile intervenuta²

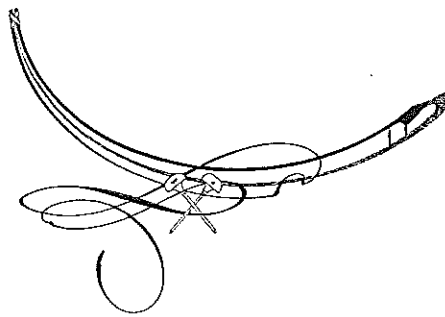
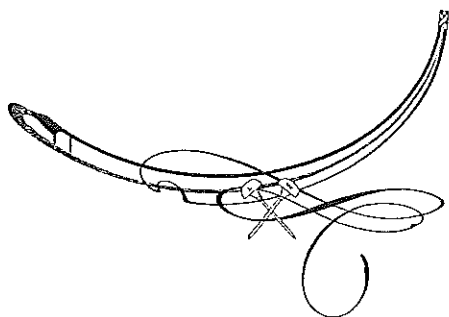
- peraltro ai sensi dell'art. 1 co. 1 L. n. 20/1994 la discrezionalità amministrativa è insindacabile da parte della Corte di Conti. Più esattamente la giurisprudenza ha chiarito che *“A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 639 del 1996 il sindacato del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali dell'Amministrazione è limitato alla compatibilità della scelta medesima con gli interessi dell'ente, alla congruità del mezzo prescelto con il fine dichiarato, alla verifica del contenimento della spesa nei limiti di capienza”* (C. Conti Sez. III Pens. civ., 20/04/1999, n. 80). E sempre la stessa decisione ha altresì stabilito che *“Non è sindacabile da parte del giudice contabile la singola clausola di un atto di transazione allorché la scelta discrezionale di comporre un rapporto conflittuale tra amministrazione e privato si basa su presupposti di fatto e di diritto ed è ispirato a motivi razionali e logici (fattispecie vertente sulla congruità di un canone di concessione stabilito a seguito di transazione)”*
- ed ancora in un eventuale giudizio non potrà poi non tenersi conto del fatto che il recente d.lgs. 28/2010 mira a introdurre e sviluppare fortemente tale nuovo istituto,

con una disciplina assolutamente premiante per chi la applica

- da ultimo poi, *a contrariis*, vi sono decisioni della Corte dei Conti che hanno invece condannato per responsabilità contabile il funzionario che non aveva accettato una transazione rivelatasi invece vantaggiosa per la P.A.³

In ragione quindi delle argomentazioni di cui sopra, seppure non si possa in toto escludere possibili profili di responsabilità contabile, si reputa che tale rischio, ove la mediazione sia correttamente gestita anche in fase istruttoria prima dell'inizio delle sessioni, sia piuttosto residuale.

³ C. Conti sez. giurisdiz., 21/01/2008, n. 215 – Stabilita la colpa grave di Consiglieri comunali che, pur disponendo di elementi informativi che univocamente evidenziavano la convenienza per l'ente di una proposta di transazione formulata dalla controparte ed approvata dalla Giunta municipale, s'erano rifiutati di deliberare il conseguente riconoscimento del debito fuori bilancio, il danno erariale è stato ritenuto pari alla differenza tra l'importo erogato per una transazione intervenuta dopo due anni e quello, minore, che l'ente avrebbe affrontato secondo la proposta originaria. Non sono state accolte le contro-deduzioni della difesa che invitavano a tener conto dell'arricchimento del Comune connesso alla temporanea disponibilità di somme di denaro, per mancata prova dell'asserito arricchimento, non avendo i convenuti dimostrato che le somme poi erogate provenivano da depositi fruttiferi e non avendo quantificato il beneficio che l'ente avrebbe tratto dal prolungato deposito in tesoreria di risorse finanziarie.



Conclusioni

Si è scritto e si è letto molto, negli ultimi tempi, sulla mediazione. Per lo più in senso negativo.

Sono state molte più le voci che ne hanno evidenziato le ombre di quelle che hanno provato a metterne in luce gli aspetti positivi.

Ora, non vi è dubbio che la legge poteva essere scritta meglio, come non vi è dubbio che a marzo 2011 non saremo pronti ad affrontare e a gestire l'impatto del nuovo sistema (si parla di circa 1 milione di contenziosi che dovranno passare in mediazione), ed è altresì innegabile che prevedere una obbligatorietà per un procedimento strutturalmente basato sulla volontarietà è un controsenso.

Ma senza voler negare tali aspetti negativi vorrei provare ad elencare i possibili vantaggi della mediazione.

Tempi rapidi

La procedura non può durare complessivamente oltre 4 mesi. Nella prassi, gli incontri di mediazione che durano più di uno o due giorni sono in effetti assai rari.

Nulla se li confrontiamo con un ordinario processo civile.

Costi contenuti e prevedibili

Si dice che la mediazione aumenta i costi del contenzioso. Tale affermazione è vera, ove si pensi che, inevitabilmente, dopo si andrà in causa. Ma se invece la controversia si conclude con la conciliazione i costi sono molto contenuti, sempre preventivabili e prevedibili.

Controllo sul risultato

Le parti, non il mediatore, stabiliscono i contenuti dell'accordo. Diversamente dal processo e dall'arbitrato, pertanto, non vi è il rischio di una decisione che non sia condivisa dalla parti.

Importanza degli interessi reali

La mediazione non è vincolata al principio della domanda; con l'aiuto del mediatore, le parti possono pertanto concentrarsi sui loro interessi e bisogni reali, e dar vita ad accordi, anche "creativi", che li soddisfino al meglio. Non sono infatti rari i casi in cui l'accordo dia vita a una nuova situazione che definisce la lite e disciplina i rapporti futuri.

Riservatezza

Tutta la procedura di mediazione ha carattere riservato e confidenziale.

Sia le parti sia il terzo neutrale sono tenuti a non rivelare alcuna informazione ottenuta nel corso della procedura. Allo stesso modo, il mediatore non potrà svelare a una parte le informazioni ottenute confidenzialmente dall'altra durante gli incontri separati, a meno che non sia stato altrimenti pattuito.

In ogni caso le parti possono porre termine alla mediazione in qualsiasi momento, e ricorrere alle forme tradizionali di risoluzione delle controversie.

Forse, tutto sommato, può valer la pena di impegnarsi per verificare se possa funzionare.

Autore

Silvia Stefanelli

Avvocato libero professionista del Foro di Bologna. È esperta di diritto sanitario, con particolare competenza in materia di organizzazione di erogazione dei servizi sanitari in ambito pubblico e privato nonché di problematiche giuridiche collegate all'acquisto e circolazione dei beni in sanità. Si occupa altresì ampiamente di responsabilità sanitaria.

Collabora sui temi di cui sopra con molte riviste di settore, tra cui il Sole 24 Ore Sanità.

È membro del Comitato Direttivo dell'Associazione Medico Giuridica Melchiorre Gioia. Detiene altresì il titolo di Mediatore, con specifiche competenza nel settore della responsabilità per danno alla persona. È iscritta all'Ordine dei Giornalisti di Bologna.