

Strategie processuali e conciliative nella responsabilità del medico e della struttura sanitaria

European School of Economics

Via Flaminio Ponzio, 2 - 00153 Roma RM

27/5/2022

La responsabilità del medico è da tempo diventata un “sottosistema” della responsabilità civile, per tale intendendosi un settore nel quale la giurisprudenza e la normativa hanno introdotto tante e tali regole derogatrici dei principi generali, da essere ormai divenuto quasi una materia a sé stante.

Abbandonata l'ipotesi della mediazione chi, come il sottoscritto, si occupa di responsabilità medica, tende ad adottare il procedimento indicato dall'art. 8 della L. 24/17, c.d. legge Gelli-Bianco.

Un procedimento costellato da non poche aporie, il cui fine conciliativo è rimesso alle competenze dei CTU e, soprattutto, alla lungimiranza dei magistrati che dispongono di uno strumento eccezionale come la proposta conciliativa ex articolo 185 bis.

L'assenza di copertura assicurativa, rende tuttavia ardua la definizione transativa delle controversie da parte delle strutture pubbliche, preoccupate - spesso immotivatamente - delle eventuali sanzioni della Corte dei Conti.

E' proprio questo l'organo giudiziario che, riteniamo, diverrà l'attore principale per definizione delle vertenze in via stragiudiziale.

Osservatorio Sanità è un'associazione nata nel 2007 con lo scopo di analizzare la correttezza delle prestazioni sanitarie ricevute da cittadini che assumono di aver subito un danno.

Lo scenario iniziale è caratterizzato da un contenzioso tutto sommato modesto in ambito sanitario, la stragrande maggioranza delle strutture pubbliche e private sono in copertura assicurativa con principali gruppi (Generali, Unipol Sai, Cattolica, AXA, Allianz etc). Si cominciano ad affacciare compagnie di nuova generazione, come la FARO.

Le segnalazioni sono tantissime, spesso evidenziano un pessimo rapporto tra medico e paziente, a volte vengono segnalati quelli che gli anglosassoni chiamano “*errors waiting to happen*” – errori che aspettano di accadere come le omesse, errate comunicazioni tra reparti o mancato rispetto di protocolli (es. affrettata dimissione di paziente febbrile e quindi, verosimilmente, con infezione nosocomiale in corso), altre volte danni iatrogeni.

Le chiusure transattive sono all'ordine del giorno, il contenzioso è limitato. In assenza della tabella unica nazionale prevista dall'art. 138 c.d.a. di cui al D.lgs 209/2005 (poi modificato dalla L. 124/2017 art 1 co. 17 c.d. decreto concorrenza) si applicano “a gradimento” e secondo il territorio tabelle di Roma o Milano.

Il principio giuridico dominante è il contratto da contatto sociale, sentenza capostipite 589/1999, 22894/2005, 12362/2006, fino alla sentenza delle Sezioni Unite 577/2008: la responsabilità professionale medica trova titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi e per gli effetti dell'art.1218 c.c.

Tale responsabilità contrattuale deriva dalla fattispecie del c.d. contatto sociale da cui scaturiscono, *ex lege*, una serie di prestazioni e di obblighi specifici: lealtà reciproca, diligenza e perizia professionali, informazioni prima e durante il trattamento sanitario. Una serie di obbligazioni, quindi, tra soggetti determinati e di contenuto specifico, dirette a soddisfare un interesse predefinito, e non solo l'interesse generico a non subire lesioni nella sfera dei propri diritti.

Con riferimento all'onere della prova si applicano i principi in tema di inadempimento delle obbligazioni, pertanto: l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto o del contatto sociale in uno con l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Mentre il debitore, medico o struttura sanitaria, deve dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur sussistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante dal momento che

gli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile a sé non imputabile.

Nessuna distinzione tra medico e struttura.

Il 1 marzo 2006 viene introdotto nel nostro c.p.c. lo strumento che diventerà punto nodale della legge Gelli-Bianco: il ricorso ex art 696 bis. In sostanza si vuole tentare la strada conciliativa deflattiva in un ambito che comincia a diventare sempre più protagonista nel panorama del contenzioso nazionale.

Lo strumento è atipico, astrattamente libero nelle forme e nelle tempistiche.

Per fare un esempio: alla mancata allegazione di documenti all'atto dell'iscrizione a ruolo del ricorso si può sopperire mediante produzione diretta in ambito peritale, previa autorizzazione delle parti o degli stessi CC.TT.U., non vi è infatti la rigida preclusione di cui all'art 183 c.p.c.

Stante l'atipicità e la fluidità del ricorso, e considerato l'aspetto teleologico – la conciliazione – si tenta di coinvolgere direttamente in questa sede le compagnie di assicurazione. Qualche Giudice lo consente, mostrando di aver compreso lo spirito del legislatore. Altri no.

La L. 69/2009, poi, introdurrà l'altro strumento previsto dalla L. Gelli-Bianco a completamento del percorso conciliativo introdotto dall'art 8: il ricorso a cognizione sommaria ex art 702 bis c.p.c..

Vedete, dunque, come il progetto di racchiudere in un sottosistema processuale il contenzioso medico venga da lontano ed è su questa architrave che lavorerà la commissione tecnica, affidata al prof. Guido Alpa dall'allora Ministro Lorenzin, per tratteggiare una soluzione normativa volta a - per usare lo slogan di allora – creare l'alleanza terapeutica tra medico e paziente e combattere il fenomeno della medicina difensiva: due pilastri di ipocrisia e lobbying su cui si è basata tutta la propaganda che ha condotto poi all'adozione della L. 24/17, come vedremo.

D'altronde, al legislatore *pre-Gelli* non era sfuggita l'impennata improvvisa di citazioni aventi ad oggetto presunti errori medici: basti pensare che dal 2001 AL 2011 le massime della Cassazione in materia di responsabilità medica sono state 201, una volta e mezza superiore al sessantennio immediatamente antecedente, ossia dagli anni '40 al 2000.

Insomma la strada intrapresa, con buona pace di qualche Giudice più o meno reazionario, sembrava quella giusta: attraverso un A.T.P. si accerta l'errore e si tenta di conciliare, ed attraverso un ricorso a cognizione sommaria si riducono i tempi di contenzioso.

Ma il legislatore, mai domo, pensa bene di introdurre il più grande flop della storia della conciliazione in materia di responsabilità medica: la mediazione ex d.lgs 28/2010 e divenuta obbligatoria il 21.03.2011.

Io non conosco i dati statistici nazionali, conosco quelli di Osservatorio Sanità: su circa 40 richieste di mediazione una sola si è conclusa con un accordo che, peraltro, è sopraggiunto a trattative già pendenti con la compagnia assicurativa.

Pensare di poter risolvere scontri epici tra avvocati e medici legali mediante l'intervento di un timido mediatore, formatosi in pochi mesi con l'unico scopo di dirimere controversie con la sola forza del pensiero, è stata la scelta più ridicola degli ultimi anni che ha costretto peraltro il cittadino non solo ad esborsi economici, ma anche ad inutili perdite di tempo.

Ed allora si è assistito a sforzi congiunti per limitare i danni o quantomeno per ridurne la portata: prima ci ha provato la magistratura di merito, memorabile il decreto del Consigliere Giuseppe Buffone del Tribunale di Varese del 24.07.2012 (*"Sul piano squisitamente logico-giuridico, non può poi, comunque, non segnalarsi l'aporia del "mediare per chiedere di mediare" posto che con il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. la parte non chiede la distribuzione di torti e ragioni ma di sperimentare un tentativo di risoluzione della lite con modalità alternative."*) (v. doc. 1).

Poi è stata la volta della Consulta che con sentenza n. 272/2012 dichiara incostituzionale la mediazione obbligatoria "per eccesso di delega legislativa".

Nel frattempo il denaro e gli sforzi per mettere in moto la giostra della mediazione erano di tale portata da costringere il legislatore a far rientrare dalla finestra la mediazione con il cosiddetto decreto del fare 69/2013 nel settembre 2013.

Nello stesso decreto, tuttavia, il legislatore ha aggiunto alla lista dei procedimenti espressamente esclusi dalla mediazione obbligatoria quelli di cui all'art 696 bis c.p.c.. Quindi, dopo appena un anno di inutili tentativi di mediazione, si è tronati al binomio procedurale ex artt. 696 bis/702 bis c.p.c., ancorché allo stato "indisciplinato".

Nel frattempo, si assiste ad una definitiva fuga delle grandi compagnie, con contestuale avvento nel comparto medmal di nuove compagnie, come Amtrust e Sham che oggi hanno la leadership.

Il fenomeno della fuga è legato ad una serie di fattori:

Se da un lato la maggior parte delle strutture pubbliche cominciano ad optare per l'autotutela, dall'altro l'assenza di tabelle nazionali, i risarcimenti di danni da morte ipertrofici rispetto agli standard europei e la natura contrattuale della responsabilità dei medici, rendono poco appetibile il mercato del comparto medico.

Del primo aspetto parleremo più avanti prima di cedere la parola al Dott. Iadecola.

Sugli altri aspetti evidenzio che il Governo Monti tra il 2011 e 2013 ha tentato, con opposizione feroce dalla maggior parte delle associazioni di categoria, di far approvare tramite decreto le tabelle nazionali, che prevedevano una riduzione di circa il 30% sui risarcimenti valutabili mediante applicazione delle tabelle di Milano, ed introducevano nuovi criteri per la quantificazione del danno da morte.

Siamo in un periodo in cui il concetto di perdita di chance è ancora al di là da venire ed il danno morale da morte si affida in termini probatori al principio del *id quod plerumque accidit*: tra prossimi congiunti (genitori, figli, fratelli) sussiste un legame affettivo che giustifica *in re ipsa* il risarcimento tabellare.

Parliamo di risarcimenti mediamente novanta volte superiori alla Gran Bretagna, dieci alla Francia, cinque alla Spagna.

Ora, Immaginiamo famiglie numerose, con fratelli spesso in lite tra loro che si ritrovano miracolosamente uniti dopo la morte del germano: ecco, in questo clima, le compagnie sono scappate.

Attualmente, per completezza di esposizione, la Suprema Corte ha corretto il tiro: già con sentenza Cass. Civ., Sez. III, 6/9/2012, n.14931, pur affermando l'esistenza di una presunzione iuris tantum di danno in favore dei membri della famiglia nucleare, ha ribadito a più riprese che il ricorso a valutazioni prognostiche e a presunzioni è consentito sulla base di elementi obiettivi che è onere del danneggiato fornire.

E ancora con Sent. 907/2018 ha poi affermato che *"Ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento del danno subito a causa della uccisione di un prossimo congiunto, non hanno rilievo le qualificazioni adoperate dagli interessati, ma è necessario che il pregiudizio venga compiutamente descritto e che ne vengano allegati e provati gli elementi costitutivi ... tenuto conto che la possibilità di provare per presunzioni non esonera chi lamenta un danno e ne chiede il risarcimento da darne concreta allegazione e prova"* Cass. Civ., Sez. III, 17/1/2018, n. 907) (Tribunale Venezia 1 giugno 2021 su onere della prova e danno perdita rapporto parentale).

Monti affida poi al Ministro della salute Balduzzi il compito di tentare di ridurre le tante citazioni in giudizio dei medici italiani. Viene dunque approvata la L. 189/2012 il cui art 3 recita: *"L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve"*.

Ebbene, in ambito civilistico i tribunali, Milano in testa, cominciano ad adottare la seguente tesi: poiché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art 185, è la responsabilità extracontrattuale, la condotta del sanitario che si attiene alle linee guida ed alla buona prassi medica andrà valutata ai sensi dell'art. 2043 cc.

Inoltre, ferma restando la responsabilità contrattuale della struttura, ricondurre la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. dovrebbe altresì favorire la c.d. alleanza terapeutica fra medico e paziente, alleggerendo l'onere probatorio gravante sullo stesso. Sarà infatti il danneggiato non più ad allegare l'inadempimento qualificato, ma a dover provare che il medico non ha rispettato linee guida e protocolli.

La legge Balduzzi ha indubbiamente avuto il merito di ridurre drasticamente il contenzioso tra paziente e medico. È ovvio che un cittadino, ma ancor più un avvocato avveduto, preferirà agire nei confronti della struttura, avendo più tempo (10 anni) e minor carico probatorio e, aggiungo, potendo contare su una difesa tendenzialmente meno agguerrita viste le modeste parcelle che alcune strutture liquidano ai nostri valenti contraddittori.

In occasione della Balduzzi organizzai un convegno con il Dott. Rossetti e con il Dott. Gattari, autore di una sentenza storica la 9693 del 2014 (v. doc.2) – peraltro un caso dello studio legale Lauri – in cui il magistrato spiegava perché si dovesse ragionare in termini di responsabilità aquiliana.

La legge Balduzzi, inoltre, fa da apripista per quella che sarà la madre di tutte le riforme in materia di responsabilità medica, la legge Gelli/Bianco, che nasce sulla duplice spinta risibile dell'alleanza terapeutica paziente/medico (in altri termini "tu non mi denunci ed io ti curo bene") ma soprattutto, della madre di tutte le menzogne: arginare il fenomeno della medicina difensiva.

Una battaglia fortemente sostenuta dall'allora Ministro Lorenzin che si basa su questa fantascientifica tesi: il timore di ricevere una denuncia, una citazione in giudizio o una sanzione disciplinare, condivisa da quasi 80% dei medici italiani, determina la prescrizione di farmaci, indagini e ricoveri in misura spropositata rispetto al dovuto, tale da determinare una spesa sanitaria di circa 10 miliardi l'anno, pari allo 0.75 per cento del prodotto interno lordo (v. doc.3)

In sostanza, secondo la visione Lorenzin, poi presa in carico da Gelli e Bianco, otto medici su dieci prescrivono terapie e indagini a caso.

Ora, la prima cosa che ho appreso confrontandomi con medici legali e giuristi in questa materia è che al medico è richiesta una diligenza qualificata, superiore a quella che viene richiesta ad una persona comune (c.d. diligenza del buon padre di famiglia), ed è commisurata alla prestazione che lo stesso deve eseguire.

Il secondo principio che ho appreso è legato alla c.d. diagnosi differenziale, procedimento che tende ad escludere, tra varie manifestazioni simili, quelle che non comprendono l'insieme dei sintomi riscontrati durante gli esami, fino ad individuare quella corretta.

E allora, se un soggetto iperteso con forte dolore alla testa si reca in ospedale, il medico di guardia dovrà mandarlo a casa con un OKI, o sottoporlo ad un'indagine tale da escludere un'emorragia cerebrale.

Nel primo caso avremo di fronte un incompetente, che è giusto che venga citato in giudizio qualora si trattasse di attacco ischemico, nel secondo caso avremmo di fronte un professionista accorto cui non interessa quanti soldi farà spendere al sistema sanitario, ma che sottoporrà il paziente a tutte le indagini strumentali che possano escludere eventi ischemici. Solo allora manderà via il paziente con un OKI.

Questo per dire che la tesi della medicina difensiva è stata pura propaganda. Io non crederò mai che 8 medici su 10 temano denunce, i medici che conosco io sono bravi, sanno far bene il loro lavoro e prescrivono correttamente indagini.

Mi permetto di dire che la percentuale di cause vinte da Osservatorio è intorno al 85%, molte di queste riguardano negligenze in ambito terapeutico, tra cui omesse ingiustificate indagini.

Comunque, la propaganda sembra aver funzionato perché il 1 aprile 2017 viene pubblicata la L. 24/17, molti pensavamo ad uno scherzo, ma così non è stato.

Non vi parlerò della Legge, che conoscerete a menadito, mi soffermerò sugli aspetti pratici, prendendo anche spunto dalle linee guida in materia di accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 8 della L. 24/17 redatte e diffuse in XIII sezione, con supervisione del Dott. Michele Cisterna (doc.4)

Dunque l'art. 8 recita così:

“Tentativo obbligatorio di conciliazione

1. Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria e tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente.

2. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. E' fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. In tali casi non trova invece applicazione l'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n.132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n.162. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile non è stato espletato ovvero che e' iniziato ma non si e' concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a se' dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento.

3. Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, e' depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile.

4. La partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell'articolo 15 della presente legge, è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l'impresa di assicurazione non ha formulato l'offerta di risarcimento nell'ambito del procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui ai commi precedenti, il giudice trasmette copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza. In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione.”

Per una corretta lettura dell'articolo 8, occorre rimandare al combinato disposto dell' art. 10, co. 6 che recita *“con decreto del ministro dello sviluppo economico da emanare entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge ... sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative...”* e art. 12 co. 1 *“fatte salve le disposizioni della art 8, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente...nei confronti dell'impresa di assicurazione”*.

Sono trascorsi 1881 giorni dal lontano 1 aprile 2017, e degli agognati decreti attuativi neanche l'ombra.

Sulla scorta di quanto avveniva nell'era *pre-Gelli*, abbiamo tentato di coinvolgere sin da subito le compagnie, quelle poche rimaste, senza successo sicché, in sostanza, la L. Gelli e l'assenza di decreti attuativi ci hanno rimandato indietro di qualche lustro. Le linee guida della XIII sezione del Tribunale di Roma danno le seguenti indicazioni:

1) Valutazione di ammissibilità del ricorso:

Il procedimento deve, come noto, essere introdotto con ricorso cui si applicano le norme generali relative alla forma e al contenuto degli atti introduttivi e quelle speciali relative ai procedimenti di istruzione preventiva: il ricorso dovrà pertanto contenere — ai sensi dell'art. 693 c.p.c. — l'esposizione sommaria dei fatti e della domanda cui la consulenza risulta strumentale. Ove le allegazioni risultino talmente generiche da non porre in grado il giudice di conoscere e valutare le questioni tecniche rilevanti nella controversia, né di formulare i quesiti da porre al CTU se non in termini meramente esplorativi il ricorso sarà dichiarato inammissibile. La dichiarazione di inammissibilità, permette comunque l'introduzione del giudizio di merito.

2) Soggetti di procedimento

Le Compagnie di assicurazione Stante il combinato disposto degli artt. 12, commi 6 e 10, della legge Gelli-Bianco - sino a quando non sarà emanato il decreto attuativo che disciplinerà, tra l'altro, i requisiti minimi delle polizze assicurative e le eccezioni opponibili al terzo danneggiato ex art. 12, comma 2, ovvero il decreto ministeriale cui è subordinata la vigenza della disciplina normativa sull'azione diretta - il ricorrente non dispone di azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione del sanitario e/o della struttura. Ove dunque il ricorrente provvedesse a notificare il ricorso ex art. 696 bis c.p.c. ed il decreto di fissazione del giudice anche alla compagnia assicuratrice

- per giunta in assenza di autorizzazione da parte del giudice precedente - il giudice stesso dichiarerà inammissibile il ricorso per questa parte all'udienza di comparizione con condanna alle spese di lite. Si autorizzerà, invece, la chiamata della compagnia ad opera del convenuto. Ove il convenuto non chieda di essere autorizzato alla chiamata in garanzia della compagnia assicurativa in sede di procedimento ex art. 696 bis c.p.c. verrà valutata con rigore la successiva istanza di chiamata in causa della medesima compagnia in sede di giudizio di merito. Nel caso in cui la compagnia di assicurazione non sia stata parte del giudizio di ATP la consulenza tecnica svolta in tale sede sarà comunque valutabile dal Giudice in sede di merito previa sollecitazione del contraddittorio e tenuto conto delle eventuali osservazioni critiche specifiche mosse da chi non ha preso parte al giudizio ex art.696-bis c.p.c.

2.2 I sanitari Si ritiene che l'art. 8 della L. 24/2017 al comma 4 nella parte in cui dispone che *«la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell'articolo 15 della presente legge, è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10...»* alla luce di una corretta interpretazione sia letterale, sia sistematica debba essere inteso nel senso di escludere che nel procedimento di ATP conciliativo ex art. 696-bis c.p.c. - proposto dal danneggiato nei confronti della sola struttura sanitaria - il medico responsabile sia litisconsorte necessario. In primo luogo l'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 8 induce a ritenere che la stessa imponga l'obbligo di partecipazione delle parti e, cioè, di quelle già evocate nel procedimento di istruzione preventiva (che perciò sono definite «parti») e non certo l'obbligo per il danneggiato di attrarre al procedimento di istruzione preventiva tutti i presunti corresponsabili (che ancora «parti» non sono). Inoltre, dal punto di vista dell'interpretazione sistematica, sia l'art. 9 che l'art. 12 della legge 24/2017 depongono nel senso di escludere che il sanitario sia litisconsorte necessario. L'art. 9, infatti, nel disciplinare le «azioni di rivalsa», al comma 2, dispone: *«se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, l'azione di rivalsa nei suoi confronti può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale ed è esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto*

pagamento». Tale norma, pertanto, nel prevedere l'ipotesi che l'esercente la professione sanitaria possa non essere stato parte del giudizio, conferma la tesi fin qui argomentata che, nel procedimento di istruzione preventiva proposta nei confronti della struttura sanitaria e della sua impresa di assicurazione, il medico responsabile non sia litisconsorte necessario. L'art. 12 al comma 4, poi, prevede che: «*Nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata a norma del comma 1 è litisconsorte necessario la struttura medesima; nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'esercente la professione sanitaria*». Tali disposizioni normative - che tra l'altro non sono ancora applicabili per la mancata approvazione del decreto attuativo di cui all'art. 12, comma 6, l. 8 marzo 2017 n. 24 - sono le uniche che prevedono il litisconsorzio necessario sia nel procedimento di istruzione preventiva, sia nel successivo giudizio di merito. Deve ritenersi, pertanto, per tutto quanto fin qui esposto che nel procedimento di ATP conciliativo proposto dal danneggiato, ex art. 696-bis c.p.c. e art. 8 legge 8 marzo 2017 n. 24, nei confronti della struttura sanitaria (e nel successivo giudizio di merito avente ad oggetto il risarcimento del danno) l'operatore responsabile ed il personale medico in servizio facente parte dell'équipe medica e/o chirurgica non siano litisconsorti necessari e, pertanto, possano certamente essere pretermessi. Si applicano, pertanto, i principi generali e consolidati in tema di obbligazioni solidali (artt. 1292, 1294 e 2055 c.c.), con conseguente facoltà di scelta per il danneggiato di agire nei confronti di uno o di alcuni o di tutti i condebitori solidali, in quanto proprio in ciò si sostanzia l'essenza della responsabilità solidale.

2.3 Chiamata in causa del sanitario Alla luce di quanto sopra ritenuto in tema di litisconsorzio necessario e del disposto dell'art. 9 L. 24/2017 non verrà autorizzata la chiamata in causa del sanitario responsabile da parte della struttura unica convenuta dal danneggiato. Si ritiene, infatti, da un lato che la chiamata in causa di un terzo, a differenza dell'ordine di integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c., involga valutazioni circa l'opportunità di estendere il contraddittorio ad altro soggetto, ed è, dunque, rimessa alla discrezionalità del giudice il quale potrà disporre o meno il differimento dell'udienza ed autorizzare la chiamata in causa di un terzo motivando la

decisione sulla base di esigenze di economia processuale e ragionevole durata del processo (cfr. Cassazione sezioni unite 4309/2010; Cassazione 7406/2014 e Cassazione 9570/2015); dall'altro lato che l'art. 9 legge 24/2017 subordinando l'esperibilità della azione di rivalsa a tre condizioni - ossia 1) l'esistenza di un titolo giudiziale o stragiudiziale che accerti la responsabilità e condanni la struttura al risarcimento del danno nei confronti del danneggiato; l'effettivo pagamento da parte della struttura; il rispetto del termine decadenziale - renda inammissibile la proposizione di una azione di rivalsa "contestuale"

3) tentativo di conciliazione Posto che il tentativo di conciliazione deve essere svolto sicuramente prima del deposito della relazione peritale definitiva, si ritiene che in linea di principio il CTU debba convocare le parti per il tentativo di conciliazione al più tardi entro dieci giorni dall'invio della bozza di relazione. Il meccanismo prognostico alla base del procedimento suggerisce, infatti, che il tentativo di conciliazione si svolga dopo che i consulenti hanno eseguito gli accertamenti richiesti dal giudice e ne hanno condiviso l'esito con le parti che potranno, quindi, partecipare al tentativo avendo già formulato le proprie valutazioni sul possibile e/o probabile esito della lite; procedendo in questo modo il collegio peritale potrebbe, dunque, comunicare il contenuto della bozza della relazione alle parti e, quindi, convocarle per un incontro finalizzato a verificare la possibilità di un accordo, avendo l'occasione - in quella sede - anche di discutere con loro e con i rispettivi consulenti i contenuti e le conclusioni dell'elaborato. Fermo restando che le peculiarità del caso possono suggerire la scelta di un momento diverso e che il collegio può reiterare il tentativo in ogni momento.

3.3 Esiti del tentativo di conciliazione Se viene raggiunto l'accordo il consulente redigerà il verbale di conciliazione dando atto delle intese intervenute tra le parti e, in particolare, dell'entità del risarcimento concordato. Ai sensi del comma 3, dell'art. 696-bis, sarà poi il giudice ad omologare il verbale, attribuendogli efficacia esecutiva ai fini della esecuzione forzata, anche in forma specifica e dell'iscrizione di ipoteca giudiziale. Nel caso di mancato accordo il collegio peritale procederà a redigere un verbale negativo e dovrà, quindi, depositare la relazione che andrà acquisita nel giudizio di merito promosso dall'interessato nelle forme di cui agli artt.702-bis ss., c.p.c. e nei termini di cui all'art. 8. In caso in cui le

parti non compaiano all'udienza conclusiva del procedimento per intervenuto accordo stragiudiziale si procederà nelle forme di rito alla cancellazione della causa dal ruolo con estinzione del procedimento.

4) violazione termine per la proposizione del ricorso.

La perentorietà del termine di novanta giorni (dal decorso dei sei mesi dal deposito del ricorso ex art. 8 L. 24/2017 e 696 bis c.p.c.) per il deposito del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. ai fini dell'introduzione del giudizio di merito deve essere intesa nel senso che il rispetto del termine sia funzionale esclusivamente a preservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il ricorso per ATP e non alla procedibilità della domanda di merito. Se depositato oltre la scadenza del termine di novanta giorni, il ricorso è procedibile, ma può produrre solo ex novo i suoi effetti sostanziali e processuali. La parte che voglia beneficiare della salvezza degli effetti della sua domanda, ha l'onere - a prescindere dallo stato in cui si trova la consulenza - di promuovere il giudizio di merito nelle forme del rito sommario, entro il termine di 90 giorni che decorre dalla scadenza del termine semestrale, anche nel caso in cui questa sia interessata a proseguire il procedimento ex art. 696-bis per conoscere l'esito della relazione e partecipare al tentativo di conciliazione.

DOMANDA: se lascio decorrere i 90 giorni, che effetti spiega il 696 bis? Nel silenzio interpretativo posso legittimamente ipotizzare la presentazione di un nuovo ricorso che, se correttamente articolato e suffragato da nuova consulenza dovrà essere accolto. Certo, peserà nell'ambito della nuova C.T.U. e soprattutto nel successivo 702 bis la prima C.T.U. sfavorevole, ma in astratto si può fare.

Il Presidente Cisterna, invitato ad un convegno organizzato dal sottoscritto all'alba della L. Gelli/Bianco, ed all'epoca appena insediatosi alla guida della XIII sezione, dinanzi alla mia domanda "ma perché la maggior parte dei 702 bis vengono convertiti, anche senza rinnovazione di CTU?" rispose con la sua solita ed apprezzabile schiettezza che le ordinanze non fanno statistica. In altre parole, l'operato del giudice non viene valutato al fine degli scatti di carriera.

Le cose nel frattempo sono cambiate: la riforma Cartabria sta fortemente incoraggiando le soluzioni transattive ed è stato istituito un apposito registro dove vengano inserite le articolate proposte conciliative ex art 185 bis andate a buon fine.

Infatti la sezione XIII del Tribunale di Roma, così come la III del Tribunale di Palermo, sono nettamente orientate verso la conciliazione, sia mediante formulazione di proposte ex art 185 bis c.p.c., sia mediante invio delle parti a mediazione (doc. 5).

E qui vengono i dolori.

La maggior parte delle strutture sanitarie pubbliche, direi tutte nel Lazio, non sono assicurate, sono in autotutela e sono terrorizzate, dicono, dalla Corte dei Conti.

I direttori generali restano in carica mediamente cinque anni, quando arriva la sentenza sono già spariti e allora il ragionamento è di natura donabbondesca: *“io me ne vado tra poco, lascio al mio successore le gatte da pelare”*.

E quindi pur di fronte a transazioni incoraggiate dai giudici e/o dai CC.TT.U. CHIARAMENTE favorevoli, preferiscono un provvedimento che li condanni al 30% in più, oltre che alla lite temeraria ex art 96 c.p.c., con esposizione alla responsabilità da danno erariale, piuttosto che conciliare.

Sintomatiche sono le due sentenze allegate (v. doc.ti 6 e 7).

Nel primo caso, dopo aver un noto ospedale romano sottoposto ai danneggiati un atto di quietanza regolarmente autorizzato dal CVS per complessivi € 600.000,00 – somma accettata dagli attori – ha ritenuto di non dover dar seguito alle intese raggiunte, subendo la conseguente condanna del Tribunale di Roma al pagamento di una somma nettamente maggiore a titolo risarcitorio e di responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

Nel secondo caso, la mancata partecipazione alla mediazione delegata dal giudice ha determinato, parimenti, la condanna al pagamento di una somma risarcitoria nettamente superiore.

Evidentemente bisogna lavorare su due fronti:

1. tranquillizzare i CVS
2. responsabilizzare i direttori generali.

Per far questo sarebbe auspicabile uno strumento che permetta alle ASL di accedere preventivamente alla Corte dei Conti in via consultiva, attività consentita agli enti locali dall'art. 7 co.8 L.131/2003, onde valutare la congruità di una proposta conciliativa formulata dai giudici ex art 185 bis, ovvero dalle parti direttamente.

Di fronte ad un parere favorevole, verrebbero meno le preoccupazioni paventate ed il contenzioso avrebbe una ricaduta deflattiva relevantissima.

Occorre dunque lavorare, ed alacrememente, in questa direzione.

Avv. Francesco Lauri

Giuseppe CASSANO - Francesco LAURI (a cura di)

MANUALE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

Aggiornato alle tematiche cd. Covid

Premessa di Giovanni Comandè

- Autodeterminazione del paziente
- Danni risarcibili
- Liquidazione dei danni
- Profili processuali e di mediazione
- Profili assicurativi
- Profili penali
- Danno erariale
- Responsabilità medica da covid civile e penale