La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola
Rivista scientifica di Diritto Processuale Civile
ISSN 2281-8693
Pubblicazione del 3.3.2017
La Nuova Procedura Civile, 2, 2017
ADMAIORA
Editrice

Comitato scientifico:
Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza)- Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) – Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) – Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Responsabilità sanitaria e risoluzione stragiudiziale, dopo la c.d. riforma Gelli approvata in via definitiva.

Brevi riflessioni sui diversi modi di risoluzione stragiudiziale delle liti in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria.

Articolo di **Alessandra MEI**

La Nuova Procedura Civile

Premessa

Con la legge Gelli[1], definitivamente approvata dalla Camera dei Deputati il 28.2.2017 (non ancora pubblicata in Gazzetta Ufficiale), recante "*disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti la professione sanitaria*", il legislatore ha cercato di:

- riequilibrare il rapporto tra paziente e medico al fine di contenere sprechi di risorse delle finanze pubbliche causati dalla cd. *medicina difensiva* che, purtroppo, è stata sempre più praticata in questi ultimi anni incidendo fortemente sul nostro sistema sanitario nazionale;

- ridurre i tempi di liquidazione del danno in favore della parte lesa, introducendo misure che stimolino l'impresa assicuratrice ad accelerare la fase della liquidazione del danno, differendo l'azione di rivalsa nei confronti del soggetto assicurato ad una fase successiva alla prodromica liquidazione del danno in favore del danneggiato . A tal ultimo fine, infatti, come rilevato da taluni[2], il legislatore ha disposto che l'azione di rivalsa può essere esercitata soltanto dopo che sia stato effettuato il pagamento in favore del danneggiato. Invero, il termine di decadenza di 1 anno per l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria decorre dalla data di esecuzione del pagamento dell'importo risarcitorio in favore del danneggiato.

Invero, tra le novità più significative introdotte dalla riforma Gelli, sul piano processuale della tutela risarcitoria derivante da responsabilità sanitaria o medica, si segnalano la possibilità per il paziente che ritenga di essere stato danneggiato a causa di un comportamento commissivo o omissivo dell'esercente la professione sanitaria di agire:

A) nei confronti della struttura sanitaria a titolo di responsabilità contrattuale[3] ex art. 1218 e 1228 c.c. (tale azione è soggetta alla

[1] In *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2017.

[2] Rif. redazione Altalex *Responsabilità medica: il testo definitivamente approvato* pubblicato il 1.3.2017.

[3] Per approfondimenti sul tema della responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera (e sulla natura contrattuale della responsabilità medica prima della riforma introdotta dalla legge Gelli) si vedano: - articolo di G. IANNI, *La responsabilità del medico dopo il Decreto Balduzzi. In particolare, la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto ed il c.d. danno da*

La Nuova Procedura Civile

prescrizione ordinaria decennale e presenta anche il vantaggio della inversione dell'onere della prova poiché grava sulla struttura ospedaliera o sanitaria dimostrare la sua non colpevolezza nella causazione del danno) ovvero nei confronti del medico[4] a titolo di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. (soggetta ad una prescrizione quinquennale e con onere della prova a carico del danneggiato che dovrà dimostrare la sussistenza della responsabilità del medico nella provocazione del danno lamentato dal danneggiato dimostrando la sussistenza del nesso di causalità tra condotta del medico e causazione del danno);

B) **direttamente nei confronti della impresa assicuratrice della struttura sanitaria o del medico** con possibilità per questa di agire in rivalsa (nei soli casi di sussistenza del dolo o colpa grave) ai sensi dell'art. 9 della riforma nei confronti dei predetti, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di un anno decorrente dal giorno in cui l'impresa assicuratrice ha risarcito il danneggiato. Inoltre, se il sanitario non è stato parte del procedimento stragiudiziale o giudiziale, la rivalsa nei suoi confronti può essere esercitata soltanto dopo il risarcimento statuito da una sentenza giudiziale o da un accordo conciliatorio.

La procedibilità delle domande giudiziarie suddette è subordinata, in ogni caso, al preventivo esperimento del tentativo di conciliazione obbligatoria mediante proposizione di un ricorso innanzi al giudice competente ex art. 696 bis c.p.c. e le successive eventuali domande giudiziarie, in entrambe le fattispecie, devono essere introdotte con il procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c. e nella seconda, tanto nella fase preventiva quanto in quella eventuale successiva contenziosa, il litisconsorzio deve essere instaurato sia con l'impresa assicuratrice del medico o della struttura che con questi ultimi.

Il presente lavoro, ben lungi dal voler essere un commento organico alle novità contenute nella riforma della responsabilità professionale degli esercenti

---

nascita indesiderata, pubblicato il 9.12.2013 in *La nuova procedura civile*, 5, 2013; - E. MALERBA, *Responsabilità medica e della struttura sanitaria*, pubblicato in *Responsabilità medica* il 8.4.2016.

[4] Rif. responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. soggetta ad una prescrizione quinquennale e con onere della prova della sussistenza del nesso di causalità tra danno lamentato e condotta lesiva in capo al danneggiato.

La Nuova Procedura Civile

la professione sanitaria, intende focalizzare l'attenzione sulle disposizioni contenute nell'art. 8 della stessa evidenziando in concreto quali vie può intraprendere la parte lesa, quando la cd. condizione di procedibilità della domanda giudiziaria può dirsi soddisfatta e quali sanzioni sono previste in caso di mancata partecipazione al procedimento di a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c. confrontandole altresì con le conseguenze in caso di mancata accettazione della proposta del mediatore quando il provvedimento giudiziario corrisponde interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore ai sensi dell'art. 13[5] del d.lgs. 28/10.

Come rilevato da taluni[6], il tentativo di conciliazione obbligatorio è disposto espressamente dall'art. 8 delle riforma in esame poiché al comma 3 sancisce che la condizione di procedibilità della domanda giudiziaria è soddisfatta sia nella ipotesi in cui la conciliazione non riesca sia se il procedimento di a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c. non si concluda nel termine perentorio di 6 mesi dalla presentazione del ricorso.

Quanto alla applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 8 anche alle azioni dirette nei confronti della compagnia assicuratrice, come evidenziato dai primi commentatori[7], è desumibile dal tenore letterale dell'art. 12 che fa "salve le disposizioni dell'art. 8" in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione in modo espresso. Peraltro, nelle azioni dirette nei confronti della compagnia assicuratrice della struttura sanitaria o del medico esercente è previsto, rispettivamente, il litisconsorzio necessario della struttura sanitaria o del medico. Pertanto, chi intenda agire in giudizio nei confronti della compagnia assicuratrice dovrà instaurare il contraddittorio, sia nella fase preventiva di a.t.p. che in quella eventuale contenziosa successiva, anche nei confronti dell'intestatario della polizza assicuratrice per responsabilità professionale. Eventuali patti in deroga alle previsioni legislative obbligatorie sulla copertura assicurativa non potranno essere opposte al danneggiato perché sarebbero disposizioni contrarie a norme imperative e dunque affette da nullità.

---

[5] Per approfondimenti sul tema si vedano anche A.G. DIANA, cap III pag 327 e seg in C.M. FERRI (a cura di), *Manuale della nuova mediazione e conciliazione giudiziale obbligatoria e facoltativa*, Padova, 2014.

[6] Rif. G. SPINA, *Il nuovo regime processuale della responsabilità sanitaria 2017: schemi e prime considerazioni*, pubblicato il 1.3.2017 in *La nuova procedura civile*, 2, 2017.

[7] Rif. G. SPINA, *Il nuovo regime processuale della responsabilità sanitaria 2017: schemi e prime considerazioni*, pubblicato il 1.3.2017 in *La nuova procedura civile*, 2, 2017.

La Nuova Procedura Civile

Quanto all'azione di rivalsa nei confronti della struttura sanitaria o del medico esercente ex art. 9 è esercitabile entro il termine perentorio di 1 anno dall'avvenuto pagamento del risarcimento del danno in favore del danneggiato e solo in caso di colpa grave o dolo del soggetto assicurato. Pertanto, l'impresa assicuratrice, per poter agire in rivalsa nei confronti del soggetto assicurato, dovrà preventivamente liquidare il danneggiato.

Il c.d. "tentativo obbligatorio di conciliazione" ex art. 8 e i rapporti con l'istituto della mediazione ex art. 5 co. 1 bis

Da una prima lettura delle disposizioni contenute nell'art. 8 della riforma sulla responsabilità professionale dell'esercente la professione sanitaria, un'autorevole dottrina[8] rileva che l'unico tentativo di conciliazione obbligatorio, a pena di improcedibilità della domanda giudiziaria, sembrerebbe essere quello del procedimento di a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c. mentre, l'alternativa, fatta salva dal testo emendato dal Senato l'11.1.2017, sulla possibilità di esperire la mediazione civile e commerciale ex art. 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10 sembrerebbe che venga eliminata l'obbligatorietà della mediazione ex art. 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10 divenendo volontaria. Lo stesso art. 8 mentre lascia aperta la porta, seppur con qualche dubbio interpretativo, alla mediazione civile e commerciale la chiude in modo chiaro e non equivoco alle controversie aventi ad oggetto una pretesa di pagamento derivante da responsabilità medica o sanitaria sotto la soglio dei 50.000€ per le quali, al di fuori dei casi in cui è applicabile la mediazione civile e commerciale obbligatoria, in assenza di questa disposizione legislative si sarebbe potuta applicare la negoziazione assistita.

Come ormai ben noto sino al 4° anno successivo alla entrata in vigore della legge di conversione del decreto del fare (che, all'indomani della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012[9], ha reintrodotto la obbligatorietà della mediazione civile nelle controversie rientranti nelle materie elencate ex art. 5 co. 1 bis d.lgs 28/10), salvo ulteriori proroghe della mediazione obbligatoria, allo scadere del 4° anno successivo alla entrata in

[8] Rif. G. SPINA, *Il nuovo regime processuale della responsabilità sanitaria 2017: schemi e prime considerazioni*, pubblicato il 1.3.2017 in *La nuova procedura civile*, 2, 2017.
[9] Con nota di P. SANDULLI, in *LaNuovaProceduraCivile.com*, 2013.

La Nuova Procedura Civile

vigore della nuova mediazione obbligatoria, tutte le liti per le quali oggi è prevista la mediazione obbligatoria a pena di improcedibilità della domanda giudiziaria eventualmente proposta, sarebbero confluite all'interno della cd. negoziazione assistita cd obbligatoria ex art 3 del d.l. 132/14 convertito con modiche dalla l 162/14. Con l'art. 8 co. 2 della riforma in esame, il legislatore ha escluso in modo espresso e abbastanza chiaro che il danneggiato possa invitare la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita cd obbligatoria lasciando, invece, la porta aperta alla sola mediazione civile quale unica alternativa possibile allo strumento conciliativo 'prediletto' del ricorso di a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c.

E' opinione dell'autrice del presente articolo che, se abbastanza chiara appare la posizione del legislatore sulla non applicabilità della negoziazione assistita obbligatoria ex art. 3 l. 162/14, lo stesso non può dirsi con riferimento ai rapporti tra mediazione obbligatoria in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e/o sanitaria e il preferito ricorso ex art. 696 bis c.p.c. innanzi al giudice competente. Invero, l'art. 8 co. 2 della riforma in esame ha fatto salva la possibilità per la parte di ricorrere alla mediazione civile e commerciale ex art. 5 co. 1 bis d.lgs. 28/10 che, come noto, disciplina i casi in cui la cd. mediazione obbligatoria è condizione di procedibilità della domanda giudiziaria. La previsione legislativa contenuta nell'art. 8 co. 2 della riforma in commento, infatti, da un lato, con la locuzione "in alternativa" parrebbe porre su un piano paritetico i due strumenti ADR, ponendoli sullo stesso piano come alternative a discrezione della parte danneggiata. Per altri versi, tuttavia, la circostanza che nell'ultima parte dell'art. 8 comma 2 è previsto che "il giudice, ove rilevi che il procedimento ex art. 696 bis c.p.c. non è stato espletato…, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione dinnanzi a sé dell'istanza di c.t.p.", ferma restando la facoltà per le parti di ricorrere alla mediazione per la risoluzione stragiudiziale della controversia in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica o sanitaria, è quantomeno ragionevole chiedersi se in caso di mancato accordo in mediazione le parti restino obbligate a presentare istanza ex art. 696 bis c.p.c. ovvero se, come presumibilmente dovrebbe essere, il verbale di mancato accordo soddisfi la condizione di procedibilità della domanda

La Nuova Procedura Civile

giudiziaria. Peraltro, giova ricordare che, con riferimento ai rapporti tra la mediazione obbligatoria e l'esperimento della a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c., anche in seguito alla novella introdotta dal decreto del fare convertito con modifiche dalla legge 98/13 che, come noto, rispetto alla disposizione previgente chiariva che le disposizioni contenute all'art. 5 co. 1 bis e 2 del d.lgs. 28/10 non trovavano applicazione ai sensi dell'art. 5 co. 4 let c) d.lgs. 28/10 con riguardo ai procedimenti di c.t.p. ai fini di composizione della lite ex art. 696 bis c.p.c. Tale disposizione, come rilevato da taluni[10], non è bastata ad interrompere quel dibattito giurisprudenziale[11] sorto già prima della richiamata novella, poiché nonostante i suoi apprezzabili intenti, non è mancato chi[12] ha continuato a ritenere possibile invitare le parti a rivolgersi ad un mediatore seppur senza parlare di improcedibilità. Invero in tempi piuttosto recenti (e comunque successivi alla legge di conversione del decreto del fare) il Tribunale di Roma con diverse pronunce[13] ha invitato le parti, nell'ambito di un procedimento di a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c., a rivolgersi ad un mediatore. Pertanto, anche alla luce del contrasto giurisprudenziale esistente, sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse adottato un testo meno equivoco in punto alle condizioni di procedibilità della domanda giudiziaria anche se, chi scrive auspica, che la giurisprudenza accolga l'orientamento più logico evitando perdite di tempo con duplicazione di attività che, di fatto hanno lo stesso fine.

Conseguenze in caso di mancata partecipazione alla procedura conciliatoria di a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c.: analogie e differenze con l'art. 13 d.lgs 28/10

Lo stile redazionale della legge in esame, seppur con qualche differenza, ricalca quello delle disposizioni contenute nel d.lgs. 28/10 dal quale si

---

[10] Rif. http://www.studiocataldi.it/articoli/23133-mediazione-obbligatoria-condizione-di-procedibilita-o-rimedio-alternativo-all-art-696-bis-cpc.asp.

[11] Rif.. Trib. Varese, sez. 1 del 21.4.2011 (che, anticipando la riforma, già da allora riteneva che se la parte avesse presentato una domanda di a.t.p. ex art. 696 bis c.p.c., non doveva essere proposta anche la mediazione cd obbligatoria in quanto entrambe perseguono lo stesso fine cioè quello di addivenire ad una risoluzione bonaria della controversia) conf. Trib. Pisa sent. del 3/8/2011 contra Trib. Siracusa sent. 14/6/2012 (che, invece, riteneva inammissibile il ricorso ex art. 696 bis c.p.c. promosso senza il previo ricorso alla mediazione).

[12] Rif. Trib. di Roma, sez. XIII, sent. del 16.7.2015 e ordinanza Trib. Roma del 13.7.2016.

[13] Rif. Trib. di Roma ordinanza del del 13/7/2016 e Trib. Roma, sez. XIII sentenza del 16/7/2015.

La Nuova Procedura Civile

differenzia soprattutto per la esplicitazione (nel dettato normativo dell'art. 8 co. 4 della legge Gelli) dell'obbligo di partecipazione al procedimento ADR ex art. 696 bis c.p.c. di tutte le parti, incluse le imprese assicuratrici, dell'obbligo per l'impresa assicuratrice di formulare una proposta conciliativa nonché per le maggiori conseguenze sul piano sanzionatorio nei confronti di coloro che non partecipino alla fase conciliativa ovvero, con riferimento alle imprese assicuratrici, non formulino una proposta conciliativa stragiudiziale. Invero, ai sensi dell'art. 8 co. 4, in tali ipotesi con il provvedimento che definisce il giudizio, indipendentemente dall'esisto, il giudice condanna la parte che non ha partecipato alla fase conciliativa al pagamento delle spese della a.t.p. e di lite, determinate in modo equitativo, in favore della parte che ha partecipato alla fase conciliatoria. Tale disposizione, a ben guardare, non è molto diversa da quella conosciuta ex art 13 d.lgs. 28/10 con riferimento alla ipotesi di mancata accettazione della proposta del mediatore se questa si rivela analoga a quanto successivamente statuito dal giudice con la sentenza. In tal ultimo caso, infatti, non solo la parte vittoriosa non si vedrà ristorata delle spese sostenute ma verrà condannata a pagare in favore della soccombente delle spese legali che ha dovuto sopportare per essere stata costretta ad agire o a costituirsi nel successivo giudizio quando, con il buon senso si sarebbe potuto evitare essendosi il risultato rivelato analogo alla proposta resa dal mediatore. Giova altresì ricordare che Con la previsione legislativa introdotta dall'art. 8 co. 4 della legge Gelli, il legislatore ha in sostanza esteso le conseguenze in caso di mancata accettazione della proposta del mediatore, anche alla ipotesi di mancata partecipazione della parte alla fase conciliatoria nonché con riferimento alle imprese assicuratrici alle ipotesi in cui senza un giustificato motivo non abbiano effettuato una proposta conciliatoria della materia del contendere.

La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola

La Nuova Procedura Civile