

La riforma Gelli-Bianco sulla responsabilità medica: profili processuali

Giulia Orfini

1. Introduzione

Il tema della responsabilità sanitaria è stato oggetto di una notevole evoluzione normativa e giurisprudenziale: da ultimo le recenti modifiche introdotte dalla legge c.d. Gelli-Bianco dell'8 marzo 2017 n. 24¹ hanno contribuito a dare un diverso assetto sistematico alla materia, con innovazioni anche di natura processuale.

La riforma ha fra i suoi scopi principali quello di garantire la sicurezza delle cure, intesa come parte costitutiva del diritto alla salute costituzionalmente garantito (art. 1, L. 28/2017), con l'obiettivo di limitare la diffusione della c.d. "medicina difensiva".²

Questo contributo intende approfondire gli aspetti processuali della riforma, la quale vede il passaggio dal contatto sociale all'illecito aquiliano³, con notevoli ripercussioni sull'onere della prova⁴ e sulla prescrizione, che risulta dimezzata rispetto alla prescrizione ordinaria ex art. 2946 cc.

2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione

L'art. 8 della L. n.24/2017 stabilisce che il tentativo obbligatorio di conciliazione è condizione di procedibilità per chiunque intenda esercitare

¹ Il legislatore è nuovamente intervenuto nella materia, dopo poco più di quattro anni dall'approvazione della c.d. legge Balduzzi n. 189 del 2012 con la Legge Gelli-Bianco dell' 8 marzo 2017, n. 24, pubblicata in G.U. n. 64 del 17 marzo 2017, rubricata "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie".

² Con tale definizione si vuole indicare la tendenza del medico di prescrivere accertamenti diagnostici e farmaci non sempre utili al paziente, con il fine di preconstituirsì la miglior difesa possibile nell'ipotesi di instaurazione di un contenzioso a fini risarcitori. E' indiscutibile come tale pratica si rifletta sulla spesa sanitaria, sulla qualità della prestazione e sulla tutela del diritto alla salute del singolo paziente e della collettività.

³In proposito, Tribunale di Avellino, sez. II, 12/10/2017, n. 1806.

⁴ Trattandosi di elemento dalla natura a confine tra il diritto sostanziale e il diritto processuale.

un'azione innanzi al giudice civile relativa ad una controversia di risarcimento del danno per responsabilità medica.

Tale condizione può essere assolta, a scelta dell'interessato, con la proposizione del ricorso per la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, ai sensi dell'art. 696-*bis* del cpc, oppure con la possibilità di esperire, in rapporto di alternatività, un procedimento di mediazione (d.lgs. n.28/2010)⁵. Sono evidenti le differenze fra l'instaurazione di un procedimento stragiudiziale di mediazione, autonomo rispetto al giudizio di merito, che in caso di esito negativo consente di introdurre un giudizio con il rito ordinario, rispetto alla consulenza tecnica preventiva, modellata sull'art. 445-*bis* cpc, in materia previdenziale, in cui viene avviata una nuova fase istruttoria.

A fronte di questa duplice possibilità⁶, vi è senza dubbio l'interesse del danneggiato ad instaurare un procedimento ex art. 696-*bis* cpc, posto che, oltre ad avere già svolto l'attività istruttoria con la consulenza, in appello potrà servirsi di nuove prove, purché indispensabili, mentre questa possibilità è negata nel rito ordinario (art. 702-*bis* cpc e seguenti).

Sotto quest'ultimo profilo, i vantaggi del procedimento ex artt. 696-*bis* cpc sono innegabili. Anzi, la finalità realmente perseguita dal legislatore, nel rispetto del principio di economia processuale, è proprio quella di favorire la formazione di un risultato istruttorio di natura tecnica secondo le più semplificate forme degli artt. 702-*bis* e ss. cpc.

Infatti, fondamentale differenza tra l'art. 696 e l'art. 696-*bis* cpc è rappresentata dal fatto che la consulenza tecnica preventiva costituisce uno strumento di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost., nonché un mezzo di risoluzione delle controversie e non già uno strumento cautelare di costituzione preventiva di un mezzo di prova ex art. 696 cpc.

⁵ A tale proposito, la legge Gelli-Bianco ha chiarito le incertezze legate ai precedenti orientamenti giurisprudenziali sull'ammissibilità dell'accertamento tecnico preventivo in materia di responsabilità medica. Infatti, prima della riforma la possibilità di ricorrere allo strumento predetto, ai sensi degli artt. 696 e 696 *bis* cpc, era controversa e lasciava spazio ad interpretazioni con le conseguenti ripercussioni in giudizio.

⁶ Vaccari M., Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria, www.ridare.it

Cosa ben diversa è la mediazione, coperta dal principio di riservatezza e confidenzialità⁷, stante la difficile spendibilità delle prove eventualmente acquisite in sede dichiarativa.

A ben vedere, la strada della meta-conciliazione non è sicuramente quella prediletta dal legislatore della riforma, come risulta dallo stesso articolo 8, che al comma 2 prevede che, ove la condizione non venga assolta prima del processo, il giudice, non oltre la prima udienza, in accoglimento dell'eccezione di improcedibilità o d'ufficio, deve assegnare un termine di quindici giorni per la proposizione avanti a sé dell'istanza ex art. 696-*bis* cpc⁸.

In via interpretativa, si potrebbe affermare che l'attore, di regola, abbia una facoltà di scelta sulla natura dell'azione giudiziaria da intraprendere, ma che la scelta venga meno tutte le volte che, in pendenza di un procedimento, il danneggiato non sia diligente. Infatti, in tal caso sarà il giudice a delineare il percorso dell'art. 696-*bis* cpc.

Ciò posto, in coerenza con l'impianto sistematico della riforma, l'art. 8 dispone che il deposito della C.T.U. deve avvenire nel termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso per la consulenza tecnica preventiva, altrimenti la condizione di procedibilità deve considerarsi avverata. Pertanto, si pone il problema di come conciliare il mancato completamento dell'A.T.P. nel termine perentorio di sei mesi con il termine di novanta giorni per l'avvio del procedimento sommario di cognizione, ex art. 702-*bis* cpc, tenendo presente che il ricorrente potrebbe non conoscere l'esito della C.T.U.

Al riguardo, le ipotesi interpretative prospettate sono due.

Seguendo una prima impostazione, il termine di novanta giorni previsto per l'avvio del procedimento sommario di cognizione deve ritenersi un termine ordinatorio, considerato che l'art. 8, comma 3, della legge Gelli-Bianco non lo qualifica espressamente come perentorio, con la conseguente possibilità per l'istante⁹ di depositare il ricorso ex art. 702-*bis*, anche oltre detto termine.

⁷ V. artt. 9,10,14 D.lgs. 28/2010.

⁸ In dottrina, G. Trisorio Liuzzi, *La Riforma*, cit., 663, afferma che l'accertamento tecnico preventivo è senz'altro più efficace della mediazione.

⁹ La legge 8 marzo 2017, n. 24, all'art. 8 c. 3 dispone che: "Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la

Ma, seguendo tale impostazione si corre il rischio che, nel successivo giudizio sommario di cognizione, la controparte o il giudice possano rilevare l'inammissibilità o l'improcedibilità della domanda per mancato rispetto del termine di novanta giorni dall'avveramento della condizione di procedibilità.

Secondo la diversa tesi sostenuta da larga parte della dottrina, al termine deve invece riconoscersi natura implicitamente perentoria¹⁰, con la conseguenza che, in caso di mancato completamente dell'a.t.p. nei termini di legge, il ricorrente deve ritualmente e tempestivamente depositare ricorso ex art. 702-bis cpc nei termini di cui all'art. 8 della legge n. 25/2017, con contestuale istanza di completamento dell'a.t.p. o con la richiesta di sospensione del processo di cui all'art. 296 cpc.

3. La riforma Gelli-Bianco e il diritto intertemporale.

Un'altra questione di assoluta rilevanza concerne il tema del regime giuridico applicabile alla responsabilità medica per fatti posti in essere prima dell'entrata in vigore della Legge n. 24 del 2017, per i quali il giudizio non sia stato ancora introdotto o sia ancora pendente¹¹.

Al riguardo si osserva che il principio della irretroattività della legge in ambito civile, a differenza di quello penale (in cui detto principio trova ha una rilevanza costituzionale), è derogabile dal legislatore.

La c.d. Legge Gelli-Bianco non contiene disposizioni transitorie al fine di regolare e dirimere le problematiche nascenti dalla sua entrata in vigore e, in particolare, nulla dispone sulla sua retroattività. Sul punto, ad un anno e sei mesi circa dalla sua emanazione, permangono aspetti controversi sia per le incertezze nella interpretazione della normativa, sia per il ritardo del legislatore nell'emanare i decreti delegati.

domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'art. 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”.

¹⁰ Infatti, se dal decorso il termine deriva una decadenza, una prescrizione ovvero l'inammissibilità o improcedibilità di un atto processuale, è chiaro che esso è implicitamente perentorio.

¹¹ CALVAGNA, La nuova legge sulla responsabilità sanitaria e la questione dell'applicabilità della stessa a fatti antecedenti la sua entrata in vigore: la legge Gelli-Bianco (n. 24/2017) si applica anche ai procedimenti pendenti? In La nuova procedura civile, 2018.

In mancanza di tale normativa, si potrebbe ritenere ragionevole l'applicazione dell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui la legge non dispone che per l'avvenire, con la conseguente esclusione dell'effetto retroattivo della nuova disciplina.

E' evidente che una legge sopravvenuta che preveda un differente regime giuridico della responsabilità medica non possa trovare applicazione retroattiva, anche in considerazione degli effetti gravi che ne deriverebbero, in particolare, sul regime della prescrizione e dell'onere della prova.

Pertanto, il diritto già acquisito al patrimonio del danneggiato nel momento di verifica dell'illecito resta insensibile alle successive modifiche normative che, in carenza di una diversa previsione di legge, non possono disciplinare i diritti già sorti.

I fatti verificatisi antecedentemente alla riforma rimangono, quindi, assoggettati al regime giuridico proprio della responsabilità da inadempimento ex artt. 1218 e 1228 c.c., con l'applicazione della Legge Balduzzi¹². Non mancano in dottrina e in giurisprudenza voci contrarie che sostengono invece la piena operatività dei principi dettati dalla riforma anche a fatti temporalmente antecedenti alla stessa (in tal senso Tribunale di Milano, sezione prima, sentenza del 2.8.2018; Tribunale di Trieste, sentenza del 28.2.2018)¹³.

Discorso diverso per quanto riguarda le norme processuali.

Sul punto, non vi sono precedenti giurisprudenziali, ma non può non farsi applicazione del principio di portata generale "tempus regit actum", in forza del quale lo "ius superveniens" trova applicazione immediata in materia processuale.

Tale principio, in caso di successione di norme, comporta che il processo deve essere introdotto e condotto seguendo le regole processuali vigenti al momento del compimento dell'atto.

Ne consegue che, anche per fatti antecedenti alla legge di riforma Gelli- Bianco (fermo restando l'applicazione della Legge Balduzzi per il

¹² V. Cassazione civile sentenza n. 26517 del 9 novembre 2017; Tribunale di Treviso, sezione prima, sentenza del 26.10.2018

¹³ Infatti le recenti pronunce, ritengono possibile l'applicazione della legge Gelli-Bianco ad un fatto già verificatosi al momento della sua entrata in vigore non incidendo negativamente sul fatto generatore del diritto alla prestazione.

diritto sostanziale), troveranno applicazione le norme processuali vigenti al momento del compimento dell'atto ed in particolare la previsione della condizione di procedibilità ex art. 696-bis ovvero della mediazione, già esaminata.

Per dovere di completezza, viene esaminata anche la questione in merito all'instaurazione di una mediazione esperita prima dell'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco, ma non ancora seguita dal giudizio di merito.

Sembra ragionevole ritenere conforme alla previsione normativa l'introduzione di un giudizio ordinario, con la conseguenza che - ove avviato con rito sommario - il giudice, anche su richiesta della parte, dispone il mutamento del rito.

4. L'onere della prova e la sua valenza processuale.

Tra le problematiche più delicate relative alla responsabilità medica civile vi è certamente quella della distribuzione dell'onere della prova tra il paziente-danneggiato e il medico¹⁴.

Come è noto il tema dell'onere della prova presenta profili sostanziali allorché riguardi la valutazione delle prove *tout court* ovvero la loro rilevanza ai fini del giudizio, sul quale ci si limita a sottolineare che la riforma ha introdotto una vera e propria inversione di tendenza¹⁵.

Viceversa, per quanto qui di interesse, l'onere della prova ha valenza processuale ogni qualvolta riguardi le disposizioni che regolamentano i modi di deduzione, di ammissione e di assunzione delle prove, che trovano la sede naturale della loro disciplina nel codice di rito.

In materia di responsabilità medica, assume particolare rilievo la consulenza tecnica intesa come vera e propria fonte oggettiva di prova e di per sé idonea, ai fini probatori, per la ricostruzione del nesso causale nel procedimento civile.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, in materia di responsabilità sanitaria, la consulenza tecnica è di norma "consulenza percipiente" a

¹⁴ Cass. n. 2061 del 29 gennaio 2018; Cass. n. 3704 del 15 febbraio 2018.

¹⁵ Recente orientamento dei giudici di legittimità: sentenza n. 18392 del 26 luglio 2017.

causa delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie, non solo per la comprensione dei fatti di per sé accertati (consulenza deducete), ma per la rilevanza stessa dei fatti, i quali, anche solo per essere individuati, necessitano di specifiche cognizioni e/o strumentazioni tecniche (in termini, Cass. n. 4792 del 2013).

In particolare, la S.C. ha affermato che gli accertamenti in sede di consulenza tecnica di ufficio offrono al giudice il quadro dei fattori causali entro il quale far operare la regola probatoria della “preponderanza dell’evidenza” o del “più probabile che non”.

Ne consegue che, in materia di responsabilità medica, attraverso il criterio della regolarità causale e della certezza probabilistica, la consulenza ha piena valenza probatoria.

Infatti, l’esclusione da parte del consulente dell’inadempimento del danneggiante altro non è che il raggiungimento della prova circa la mancanza del nesso causale tra il danno – evento e la condotta del medico e quindi circa l’assenza di quei fattori che probabilisticamente riconducano al medico l’evento dannoso verificatosi.

In conclusione, a prescindere dalle diverse modalità di instaurazione del giudizio già sopra esposte, deve ritenersi che la consulenza in materia di responsabilità medica svolge un ruolo centrale nell’individuazione dei fattori causali, dando spessore e contenuto al giudizio di probabilità della verifica del danno-evento sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite e difficilmente controvertibili, sino ad apparire talvolta l’unico strumento utile per poter definire la controversia.