



Organismo privato di mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia

(iscritto al n.5 del registro degli Organismi abilitati alla mediazione in materia civile e commerciale)

DDL 2224 e connessi

La mediazione obbligatoria in materia di responsabilità medica e sanitaria

Il presente lavoro vuol essere un contributo dell'organismo di mediazione ADR Aequitas alla discussione sulla PDL indicata in oggetto.

ADR Aequitas è uno dei più importanti ed "antichi" organismi di mediazione, presente sul territorio nazionale con circa settanta sedi ed operante sin dal 2003, ben prima dell'introduzione del Decreto Legislativo 28/2010, iscritto al n. 5 del registro degli organismi di mediazione tenuto dal ministero della Giustizia.

Ad oggi è in vigore l'art. 5, comma 1-bis del Decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 il quale recita: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di (...) risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria (...) contratti assicurativi (...), è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto".

L'art. 8 del DDL in oggetto prevede espressamente l'esclusione dell'applicazione di tale norma in materia di responsabilità medica e sanitaria, senza peraltro prevederne l'abrogazione, neppure incidentale.

Le statistiche ministeriali

La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria rappresenta il 6,6% delle mediazioni svolte in Italia per un totale di circa 13.000 mediazioni nel 2015¹.

Di queste, nel 37,5% dei casi è comparsa la parte invitata ovvero, nel caso di specie, il medico, la struttura sanitaria e l'assicurazione, con il 23,5% di accordi conclusi nel caso di superamento della fase preliminare.

Ovviamente si tratta di valutazioni medie che riguardano tutti gli organismi di mediazione nazionali, pubblici e privati (circa 1.000). Le stesse statistiche ministeriali evidenziano differenti performance tra gli organismi privati e quelli gestiti da ordini professionali e camere di commercio.

L'esperienza professionale, poi ci induce a ritenere che esistano importanti differenze tra gli stessi organismi privati privilegiando, nel caso di specie, quelli che si avvalgono di comediazioni con un medico legale ed un avvocato esperti nelle tecniche di negoziazione.

Ancora, le richiamate statistiche evidenziano la bassissima adesione nelle mediazioni sui contratti assicurativi, in cui la controparte è per forza di cose un'assicurazione (14,6%). Per cui il dato del 37,5% di cui innanzi deve essere "depurato" dall'effetto assicurazione. Ovvero, interpretando rigorosamente le statistiche, se tra le parti convocate non vi fosse un'assicurazione è estremamente probabile che il dato complessivo delle adesioni sarebbe di gran lunga migliore.

Nella pratica di ogni giorno, infatti, queste mediazioni si "aprono" (ovvero vi è la presenza di tutti i soggetti) e si chiudono con un accordo soprattutto laddove un'assicurazione non c'è o perché la struttura

¹ Fonte Ministero della Giustizia – direzione generale di statistica



Organismo privato di mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia

(iscritto al n.5 del registro degli Organismi abilitati alla mediazione in materia civile e commerciale)

ospedaliera non è proprio assicurata oppure perché si tratta di sinistri sotto la soglia della franchigia, e quindi a gestione diretta.

Confronto mediazione vs ATP

In linea generale, la mediazione, rispetto all'ATP, possiede una serie di "vantaggi competitivi".

Prima di tutto, la possibilità di effettuare "**sessioni separate**" in cui non è rispettato il principio del contraddittorio, al quale invece è tenuto il CTU quale ausiliario del giudice.

Nel corso delle sessioni separate il mediatore (e con esso l'eventuale mediatore tecnico) può venire a conoscenza di dati estremamente utili e non comunicabili alla parte assente, che si rivelano spesso indispensabili per formulare una proposta che possa essere accettata. Non è raro il caso che, una volta definito un terreno comune, le proposte alternative fornite dalle parti siano sovrapponibili. Nel pieno contraddittorio, invece, ciascuna parte tende ad essere "prudenziale" nella formulazione di proposte, onde evitare un gioco al rialzo, così evidenziando distanze che non sono affatto realistiche.

In secondo luogo, **i costi**, di gran lunga competitivi.

In sede di ATP il giudice è vincolato alle tabelle previste per il CTU.

In sede di mediazione, invece, le indennità di mediazione sono previste dal DM 180/10 e sono estremamente contenute. Il compenso dell'eventuale tecnico intervenuto come consulente dell'organismo di mediazione è soggetto a convenzione diretta con l'ODM, certamente più conveniente rispetto al Tribunale. Se poi, come accade nel nostro organismo, si utilizza il sistema della comediazione (con un mediatore tecnico ed un avvocato), la consulenza esterna è compresa nell'indennità di mediazione complessivamente sborsata dalla parte. Ma v'è di più. Nel caso in cui, durante il primo incontro si verifica che non vi siano le condizioni oggettive per proseguire la mediazione, le parti sono tenute al pagamento unicamente di € 40,00 + IVA di diritti di segreteria.

D'altra parte **la consulenza tecnica in mediazione** consente rilievi meno formali, in ossequio alla ratio che ha introdotto questo rimedio nell'ordinamento, con perizie più snelle e dirette e per ciò stesso meno costose.

Inoltre, la stessa circostanza che la perizia sia in qualche modo "filtrata" dagli occhi attenti di un mediatore giurista, la può rendere molto più adatta allo scopo conciliativo di un'asettica perizia medica resa in sede di ATP.

Altro punto è il **passaggio obbligatorio dal Tribunale**: per la nomina di un consulente tecnico in ATP, infatti, la parte deve depositare un ricorso in Tribunale, soggetto già al contributo unificato pari al 50% del giudizio ordinario (in caso di presunta invalidità grave, si sfiorano i 900 euro solo di CU). Oltre a interessare l'amministrazione della Giustizia per una vicenda che, in caso positivo, si può perfettamente comporre aliunde.

I limiti della giurisprudenza al 696-bis

Ma il vero problema dell'ATP in materia medica e sanitaria è che è estremamente limitato nelle possibilità d'indagine: sia dall'istruttoria non ancora iniziata che nella capacità "esplorativa" dello strumento.



Organismo privato di mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia

(iscritto al n.5 del registro degli Organismi abilitati alla mediazione in materia civile e commerciale)

Giurisprudenza sempre più frequente dichiara inammissibile il ricorso per ATP in materia medica e sanitaria sul presupposto che sia "esplorativo".

Cfr. ad esempio:

Tribunale Macerata sez. lav., 12/11/2015, secondo cui "L'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 bis c.p.c. è inammissibile se volto a fini meramente esplorativi, qualora ragioni di diritto e carenze probatorie inducano a ritenere verosimile che, in sede di merito, l'accertamento si rivelerà inutile in quanto funzionale ad una domanda probabilmente infondata";

Tribunale Roma sez. XIII, 26/03/2015, in base alla quale: "La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c. risulta ammissibile solo ove l'assegnazione dell'incarico peritale sia idoneo a risolvere la controversia sull'an e sul quantum, e ciò sia possibile in quanto gli accertamenti abbiano un elevato grado di fattualità".

Giudice di pace Bari, 05/04/2011 n. 2263: "Il procedimento ex art. 696 bis c.p.c. non è attivabile in presenza di contestazione della responsabilità, avendo esso finalità essenzialmente dirette ad accertare in via preventiva il "quantum debeatur".

Più dettagliatamente, si veda Tribunale Palmi, 25/01/2011, secondo cui: "L'accoglimento del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. può dipendere dalla presenza di questioni preliminari di fatto e di diritto facilmente accertabili allo stato degli atti come ad esempio può accadere in presenza di un'eccezione di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di cui si chiede l'accertamento che emerga per tabulas. **Negli altri casi, tale valutazione preliminare deve ritenersi prudentemente esclusa.** Ciò, in particolar modo, vale per il caso della contestazione circa la dinamica dei fatti che avrebbero condotto al sorgere del diritto al risarcimento del danno. **Ritenere che, in casi del genere, il giudice possa effettuare un'analisi prognostica – inevitabilmente quanto mai limitata, stante l'assenza di una vera e propria fase istruttoria – sulla potenziale fondatezza nel merito della pretesa di una o più parti significa, di fatto, attribuirgli un ruolo "attivo" nella definizione dell'intera vicenda in atto tra le parti (e non, come previsto dalla norma, nella sola composizione della lite a fini deflattivi).** Allo stesso modo, il fatto che le posizioni delle parti appaiano "ab initio" distanti e discordi non sembra poter costituire valida ragione per rigettare in via immediata il ricorso: e ciò, va evidenziato, perché l'art.696 bis c.p.c. non ha affatto indicato la ragionevole possibilità di raggiungere un accordo tra i presupposti della consulenza tecnica preventiva". Prosegue lo stesso giudice osservando come, in realtà, "L'art.696 bis c.p.c. prevede uno strumento alternativo di risoluzione della controversia che – in quanto collocato nell'ambito di un procedimento giurisdizionale dal quale mutua le relative garanzie – può essere ricondotto alla categoria della cd. conciliazione delegata (cfr. art.198 c.p.c.). L'istituto in questione non può più quindi ridursi ad una tipologia di provvedimento cautelare anticipatorio delle attività istruttorie in senso stretto, come dimostra la non operatività delle condizioni richieste – al contrario – per l'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 comma 1 c.p.c. Pur avendo una propria – e più spiccata – autonomia funzionale nel senso appena espresso, **la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite deve però pur sempre essere raccordata al giudizio di merito.** Da ciò deriva che all'A.G. spetta il potere di valutare l'ammissibilità e l'attualità della consulenza non urgente in relazione ai presupposti processuali ed alle condizioni dell'azione, nonché a tutti i residui profili che possano rendere di fatto inutile (perché non utilizzabile in alcun giudizio di merito) l'accertamento da effettuare".



Organismo privato di mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia

(iscritto al n.5 del registro degli Organismi abilitati alla mediazione in materia civile e commerciale)

Non constano, al momento, sentenze di legittimità o anche di secondo grado in quanto, solitamente, una volta dichiarato inammissibile il ricorso ex art. 696-bis la parte introduce il giudizio ordinario.

In sostanza, l'accertamento tecnico preventivo è strutturalmente limitato proprio dalla sua collocazione pre processuale. Può essere ammesso con prudenza laddove l'an è certo o comunque estremamente evidente e laddove vi siano evidenze documentali sin dall'inizio. Altrimenti è inammissibile.

Nel nostro caso, se la responsabilità emerge chiaramente dalla documentazione medica in atti. In altri casi, invece, il ricorso per ATP dev'essere rigettato e la parte istante non può che ricorrere al giudizio ordinario, peraltro con la necessità di un istruttoria piena (non sembra neanche ammissibile il rito semplificato).

La motivazione di Tribunale Roma cit., al riguardo, è estremamente eloquente. Per semplificare, l'ATP va benissimo in materia di infiltrazioni o appalti (tra privati). Diventa estremamente complesso configurarlo in un settore così ad alta specializzazione come quello della responsabilità medica.

Ancor più difficilmente configurabile appare l'ATP laddove siano coinvolte più UOC o addirittura un evento lesivo originario non medico (si pensi al caso frequente di complicazioni sanitarie dovute ad un trattamento di pronto soccorso a seguito di un sinistro stradale).

In mediazione, invece, il mediatore può avere quel ruolo proattivo individuato da Trib. Palmi di cui innanzi che al giudice/CTU è precluso nella fase preliminare al processo. Oltre che consentire di estendere la mediazione ad altri soggetti, formulare una proposta ex art. 11 DLgs 28/10 nei confronti degli assenti (con conseguenze processuali regolamentate dalla legge), etc.

Insomma, la giurisprudenza adotta con estrema cautela l'ATP in materia di responsabilità medica e sanitaria, prevedendo spesso il doppio binario ATP + mediazione proprio per risolvere in sede di mediazione, magari con una proposta finale, le contraddizioni che si verificano in fase di ATP.

L'ATP in *subiecta materia* è praticabile solo allorquando le responsabilità siano abbastanza chiare ed emergano dalla documentazione già in possesso della parte istante. Si tratta dei casi in cui, solitamente, le assicurazioni formulano un'adeguata offerta *ante causam*. In tutti gli altri casi, il 696-bis si risolve in un'anticipazione inutile di una fase processuale. Inutile perché, senza i necessari elementi, la CTU dovrà essere ripetuta in corso di causa, con relativa duplicazione di costi e tempi.

Se la giurisprudenza attuale giudica inammissibile una consulenza del genere, non sarà una norma di legge a far diventare ammissibile ciò che strutturalmente non lo è. O meglio, l'art. 8 del DDL potrà obbligare i giudici a confrontarsi con la misura introdotta, ma certamente non riuscirà a far divenire efficace e risolutivo ciò che adesso non lo è.

Pro e contro

Ed allora, per concludere, con l'attuale mediazione c'è un tasso di adesione del 37,5% con una percentuale di accordo pari al 23,5%. Queste percentuali aumentano considerevolmente quando non viene coinvolta una compagnia assicurativa. Il Ministero non fornisce dati disaggregati, ma vista l'incidenza nelle materie in cui le assicurazioni non sono coinvolte, è verosimile un'adesione superiore al 50% con tassi di accordo attorno al 36%.



Organismo privato di mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia

(iscritto al n.5 del registro degli Organismi abilitati alla mediazione in materia civile e commerciale)

In caso di mediazione tra un medico ed un avvocato, poi, l'esperienza di ADR Aequitas (uno dei pochi organismi di mediazione a farlo) è di un'adesione pressoché totale con una percentuale di accordi nelle fasce medio-basse (sotto i 100.000 euro) vicina all'80%.

A ben vedere, in caso di autoassicurazione, la mediazione è proprio il luogo ideale per sviluppare la trattativa tra la ASL e i privati: i tempi sono facilmente adattabili alle necessità della "macchina burocratica"²; la ASL si può difendere ricorrendo a legali e medici interni e può formulare proposte senza prevedere una netta assunzione di responsabilità, risolvendo così spesso eventuali spiacevoli esiti penalistici a carico del professionista. D'altra parte la Corte dei Conti ha già evidenziato come la circostanza non costituisca danno erariale che anzi è in re ipsa in caso di (inutile) procrastinarsi dell'attività giudiziaria³.

Se i valori in termini assoluti non sono ancora così lusinghieri è dato da una serie di fattori: 1) la presenza delle compagnie di assicurazione; 2) la scarsa professionalità di alcuni organismi di mediazione (ed anche la presenza di pochissimi mediatori che siano medici legali); 3) la scarsa dimestichezza con lo strumento da parte di ASL ed avvocati; 4) la difficoltà a reperire documentazione in mediazione e 5) la difficoltà ad utilizzare eventuali CTM nel successivo giudizio.

Sul quinto punto, numerosi tribunali si sono pronunciati nel senso di consentire la piena utilizzabilità della CTM, soprattutto laddove la stessa sia stata eseguita nel pieno contraddittorio (e non sia un mero parere in favore del mediatore reso sulla documentazione – parziale – portata da parte istante).

Il 4 punto, se in mediazione rappresenta una mera difficoltà, in sede di ATP, con le rigide regole processuali, diventa un ostacolo insormontabile.

I primi tre invece possono essere superati con il tempo e con i controlli sulla qualità degli ODM e sulla preparazione dei mediatori.

In ogni caso, si potrebbero ipotizzare successivi interventi normativi mirati (anche di natura regolamentare) in materia di mediazione medica.

Ma v'è di più.

Sulla assicurazione obbligatoria delle strutture ospedaliere

Dalle relazioni preparatorie depositate agli atti della Commissione affari sociali della Camera dei Deputati, si evince quanto segue.

Nel periodo 1999-2012 la regione Lombardia ha pagato 723 milioni di polizze con le quali sono stati liquidati 498 milioni di sinistri (con un guadagno, per le compagnie, di 225 milioni, ovvero quasi 20 milioni l'anno, solo per la Lombardia). Tant'è vero che poi è passata all'auto assicurazione. Questo mercato vale, in Italia, un miliardo di euro l'anno (fonte ANIA 2013) il che significa che se tutte le ASL ed i professionisti fossero obbligatoriamente assicurati, come prevede la legge, le compagnie guadagnerebbero circa 300 mln/anno.

² a questo proposito appare del tutto incoerente la previsione di termini perentori per il negoziato che invece ha necessità di rimanere libero e legato unicamente agli impulsi delle parti e del mediatore.

³ Cfr. Corte dei Conti regione Sicilia 2719/2013, proprio in materia sanitaria



Organismo privato di mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia

(iscritto al n.5 del registro degli Organismi abilitati alla mediazione in materia civile e commerciale)

Quello che non dice, la relazione preparatoria, è quanto le ASL stanno risparmiando con l'auto assicurazione e quanto questa scelta incide sul numero di conciliazioni. Quello che invece si evince sempre dall'anzidetta relazione è che i sinistri chiusi senza seguito dalle Compagnie (pari a circa i 2/3 dei sinistri aperti) vengono spesso liquidati stragiudizialmente dalle ASL perché rientranti nella franchigia.

Questo determina un doppio danno per l'ASL: da un lato, paga un premio considerevolmente più elevato dei costi effettivi del rischio assicurato, dall'altro si fa carico di oneri non coperti da quel premio a causa delle franchigie.

Alla fine, il costo dei risarcimenti dei danni viene pagato quasi due volte rispetto al valore reale (un 30% per il differenziale tra premi e danni liquidati, ed almeno un ulteriore 20% di sinistri sotto franchigia).

È ovvio che il sistema di assicurazione obbligatoria pensato da questa legge non farà altro che aumentare a dismisura questo gap, drenando risorse che invece potrebbero essere impiegate molto più utilmente nel SSN.

In realtà, il meccanismo dell'assicurazione obbligatoria funziona quando ci sono molti assicurati ed un rischio distribuito. Quando invece i centri di spesa sono pochi, come nel caso in esame (ASL/regioni), è evidente che scontano il guadagno delle Compagnie che, nella responsabilità medica non è di poco conto. Tant'è vero che le maggiori ASL hanno già optato per l'autoassicurazione ed i risparmi sono considerevoli.

In pratica, abbiamo constatato, anche per i motivi esposti nella prima parte del presente documento, che **nelle regioni dove si pratica l'autoassicurazione le ASL sono più propense a partecipare attivamente al tavolo della mediazione ed a chiudere gli accordi, soprattutto per le pratiche di valore medio-basso.** Il vero ostacolo alla deflazione del contenzioso, in subiecta materia, a ben vedere, sono proprio le assicurazioni che guadagnano non poco dal procrastinarsi dei tempi di lite.

Prima di passare alle proposte di modifica della PDL, sia consentito svolgere delle considerazioni di massima.

L'impostazione della PDL è sostanzialmente errata e va contro le evoluzioni giurisprudenziali e le indicazioni provenienti dal Parlamento Europeo, oltre che le determinazioni che le stesse ASL hanno fin qui preso in piena autonomia.

Si tenta cioè di tornare ad un modello rigido, estremamente processualizzato, con la presenza ingombrante e tutt'altro che agevolativa delle compagnie assicurative.

L'evoluzione, giurisprudenziale ed amministrativa, invece, fin qui, è stata nel senso di semplificare l'approccio, di eliminare la presenza delle compagnie, di consentire l'acquisizione di documentazione e confronti liberi e riservati.

In sostanza, per agevolare gli accordi ed eliminare il contenzioso c'è bisogno di strumenti molto più agili e possibilmente lontani dal processo. Con il 696-bis così come configurato dalla PDL si avrebbero solo più cause, più processi e maggiori costi per tutte le parti.



Organismo privato di mediazione accreditato presso il Ministero della Giustizia

(iscritto al n.5 del registro degli Organismi abilitati alla mediazione in materia civile e commerciale)

Proposte di modifica della PDL

Per quanto innanzi detto, andrebbe rivisto e/o limitato l'obbligo di assicurazione della struttura ospedaliera.

Si tratta, in ogni caso, di limitazione che potrebbe essere differita ad un momento successivo all'approvazione della legge, in fase di decreti attuativi o direttive per l'applicazione di franchigie.

È però essenziale, per la tenuta del sistema, che permangano spazi di autoassicurazione per le ASL.

Quello che qui più interessa, ad ogni modo, è l'aspetto processuale.

Visto lo stato avanzato dell'iter della PDL, Aequitas ADR propone agli Illustrissimi Senatori di non stravolgere l'impostazione della legge ma di consentire semplicemente un doppio binario: l'alternativa al paziente che assume di essere stato danneggiato di scegliere tra i due strumenti. Mediazione o ATP.

Verosimilmente, sceglierà l'ATP laddove il thema decidendum è chiaro e definito, la responsabilità è documentalmente provata sin dall'inizio ed occorre solo quantificare il danno. La mediazione, negli altri casi.

Avv. Dante Leonardi