



VITTORIA AMIRANTE

Le condizioni di procedibilità ex art. 8 della legge 24/2017 nella prospettiva del tribunale di Roma.

Note a margine delle Linee Guida in materia di Accertamento Tecnico Preventivo ai sensi dell'articolo 8 Legge 24/2017 pubblicate il 13.2.2020

Sommario:1. Ambito applicativo delle nuove condizioni di procedibilità. - 2. ATP vs Mediazione. - 3. La consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi. - 3.1. Il ricorso: requisiti di ammissibilità. - 3.2 La competenza. - 3.3 La valutazione di ammissibilità dell'atp: contenuto degli atti introduttivi ed oneri di allegazione. - 3.4. Conseguenze della pronuncia di inammissibilità. - 4. I soggetti: litisconsorzio necessario e chiamate in causa. - 5. Il procedimento.- 5.1. La nomina dei consulenti. - 5.2. Il tentativo di conciliazione. - 6. Il termine perentorio di durata massima del procedimento.- 7. Il giudizio di merito: termini e rito applicabile. - 8. Il rilievo dell'improcedibilità della domanda. - 9. La acquisizione della consulenza nel giudizio di merito.

1. Ambito applicativo delle nuove condizioni di procedibilità

Ai sensi dell'art. 8 della L. 24/2017 l'azione civile di risarcimento danni da responsabilità sanitaria deve essere preceduta, a pena di improcedibilità, dal ricorso per consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696 bis c.p.c. o, in alternativa, dal procedimento di mediazione ai sensi del D.lgs. n. 28/2010 (art. 5, comma 1-bis)¹, è invece esclusa la necessità di procedere alla negoziazione assistita di cui all'art. 3 L. 162/2014².

Il legislatore del 2017 ha, dunque configurato una condizione di procedibilità alternativa che potrà essere soddisfatta, a scelta dell'interessato, sia attraverso l'esperimento del procedimento ex art. 696-bis c.p.c., sia mediante l'avvio del procedimento regolato dal d.lgs. n. 28/2010.

Quanto all'ambito applicativo della nuova condizione di procedibilità va chiarito che se da un lato vi sono soggette tutte le domande risarcitorie, e dunque, non solo quelle svolte nei confronti della struttura e dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 7 ma anche quelle svolte – o meglio che potranno essere svolte una volta adottati i prescritti decreti attuativi - con azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione ai sensi dell'art. 12, dall'altro andrebbero escluse le domande aventi ad oggetto il diritto di regresso della struttura sanitaria privata nei confronti dell'esercente sanitario di cui all'art. 9 e dell'assicurazione verso l'assicurato danneggiante prevista all'art. 12, anche se proposta in giudizio separato da quello azionato dal danneggiato.

Dubbi sorgono per quanto attiene alla applicabilità della condizione di procedibilità alle controversie di mero accertamento della responsabilità atteso il tenore letterale della norma (“controversia di risarcimento del danno”). Per tali controversie, peraltro del tutto residuali, parrebbe doversi continuare ad applicare il previgente e più ampio disposto dell'art. 5 co. 1 bis dlgs 28/2010³.

La limitazione della condizione di procedibilità alle azioni esercitate «davanti al giudice civile»⁴, infine, permette di escludere che la norma si applichi sia alle domande proposte nell'ambito del giudizio penale, come peraltro

¹ L'inserimento nell'ambito del co. 2 ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità, della facoltà di esperire, in alternativa all'ATP di cui all'art. 696 bis c.p.c. anche la mediazione è stato assai tardivo essendo stato effettuato solo nell'ultima versione approvata dal Senato ciò che “giustifica” il mancato coordinamento di tale facoltà con le altre disposizioni della norma.

² Una sovrapposizione tra negoziazione assistita e ATP obbligatorio o mediazione potrebbe comunque essere ipotizzabile nel caso in cui il professionista sanitario agisca per il pagamento di un compenso rientrante nel limite di valore per la negoziazione assistita ed il paziente convenuto agisca in riconvenzionale richiedendo il risarcimento del danno laddove si ritenga che anche la domanda riconvenzionale sia soggetta alla condizione di procedibilità

³ ZULBERTI M. “La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17” in Rivista dell'Arbitrato, fasc.1, 1 MARZO 2018, pag. 97

⁴ Nella formulazione risultante da una modifica rispetto al testo approvato in prima lettura, il quale faceva riferimento, più genericamente, alle ipotesi in cui si esercitasse un'azione «in giudizio».



espressamente stabilito in relazione ad altre condizioni di procedibilità⁵ sia quando la controversia è devoluta in arbitrato.

2. ATP vs mediazione

Ai sensi della L. 24/2017 il soggetto leso che intenda richiedere giudizialmente il risarcimento dei danni nei confronti della struttura sanitaria e/o dell'esercente la professione sanitaria (oppure, in via di azione diretta, nei confronti dell'impresa di assicurazione dell'una o dell'altro, ai sensi dell'art. 12, legge 24 cit.), è obbligato ad esperire, in via preliminare, uno dei due procedimenti conciliativi a sua scelta. Tale alternativa impone una valutazione comparativa dei due strumenti. Se, infatti, è indubbio che l'Atp e la mediazione siano pensati per assolvere alle medesime finalità conciliative e deflattive e che presentino delle affinità⁶ dovute principalmente alla presenza di un terzo equidistante tra le parti non chiamato ad emettere alcuna decisione vincolante per le parti, i due istituti presentano notevoli differenze che non riguardano soltanto i profili processuali, ma anche la natura e la struttura dei due istituti.

La mediazione è, infatti, un metodo di risoluzione delle controversie tipicamente stragiudiziale che si svolge dinanzi ad un terzo (il mediatore) che presta la sua attività in un contesto alternativo ed estraneo a quello giurisdizionale. La consulenza tecnica preventiva è invece un procedimento giurisdizionale che si svolge dinanzi ad un ausiliario nominato dal giudice e che realizza un'attività tipicamente processuale, condividendo con il processo la fonte normativa, la struttura e le garanzie.

Diversa è altresì la modalità attraverso la quale può realizzarsi la finalità conciliativa comune ad entrambi gli strumenti. La mediazione si caratterizza per un intervento tipicamente facilitativo del mediatore il quale favorisce l'elaborazione di una soluzione condivisa da parte dei soggetti coinvolti e ciò anche quando tale agevolazione si realizzi con la formulazione di proposte di soluzione, peraltro non vincolanti per le parti. “La consulenza preventiva è invece uno strumento tipicamente valutativo che si fonda sull'esame del perito, sulla autorevolezza di quest'ultimo e soprattutto sulla efficacia istruttoria che (in caso di mancata conciliazione) la sua relazione tecnica potrà spiegare nel giudizio. Pur potendo beneficiare delle capacità comunicative e negoziali dell'esperto — che, come si vedrà il legislatore vorrebbe anzi « potenziare » prevedendo una specifica formazione per i consulenti incaricati di questi procedimenti — la ricerca dell'accordo è cioè affidata essenzialmente ad un meccanismo prognostico grazie al quale le parti possono conoscere anticipatamente il risultato dell'esame tecnico, formulare sulla base di queste previsioni sull'esito della causa e stimare quindi in modo oggettivo l'opportunità e la convenienza di una soluzione conciliativa”⁷.

I parametri che possono orientare la scelta da parte del danneggiato sono, peraltro, molto diversi e da valutare non in astratto ma rispetto al caso concreto. Ad esempio in termini di durata della procedura la mediazione presenta il vantaggio di un più ristretto termine per l'espletamento (3 mesi anziché i 6 previsti per il completamento dell'ATP) e la possibilità di svolgere sessioni separate tra le parti nelle quali il mediatore, unitamente al tecnico eventualmente nominato, può venire a conoscenza di dati estremamente utili per formulare una proposta che possa essere accettata. Così anche in termini di onerosità della procedura la mediazione potrebbe risultare più appetibile rispetto

⁵ In tal senso Cuomo Uloa F. Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della Legge Gelli in Resp Civ. Prev., 2, 2018, pagg 654 ss. Vd art. 5, comma 4, lett. G del d.lgs. n. 28/2010 quanto alla mediazione ed art. 3, comma 3, lett. e, con riferimento alla negoziazione assistita.

⁶ L'efficacia dell'accordo di conciliazione ex artt. 11 e 12 d.lgs 28/2010 non sembra presentare sostanziali differenze rispetto a quella dell'accordo raggiunto all'esito della consulenza tecnica preventiva, in relazione in particolare alla natura dell'accordo ed all'idoneità a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Altri profili di affinità si ravvisano in ordine alle agevolazioni ed agli incentivi fiscali.

⁷ Così Cuomo Uloa F. “Risoluzione alternativa “ cit. Che sottolinea come questa differenza di metodo permanga anche laddove il mediatore si avvalga di esperti anche per formulare proposte conciliative: a differenza del tecnico nominato dal giudice, “l'esperto che assiste il mediatore compie un'attività che rimane interna alla mediazione e che è soggetta alle regole e ai principi che governano quel procedimento. Le parti potranno dunque beneficiare del parere dell'esperto per orientare le trattative e valutare la proposta del mediatore (che su quel parere fosse basata) anche per recepirlo in un'eventuale conciliazione; ma in caso di mancato accordo, la relazione tecnica (quand'anche producibile nel giudizio, come ritiene la prevalente giurisprudenza di merito) non potrebbe mai essere equiparata ad una CTU, né dalla proposta formulata dal mediatore sulla base di quella relazione il giudice potrebbe trarre elementi di prova utili ai fini della decisione”.



all'ATP tenuto conto che in quest'ultimo gli oneri sono sostenuti, quantomeno in via provvisoria, esclusivamente dal ricorrente. Come si dirà in seguito, inoltre, sembrerebbe potersi ritenere che ricorrendo al procedimento di mediazione ai fini della procedibilità della domanda, l'attore non sia tenuto ad introdurre il giudizio di merito ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. ben potendo optare per il rito ordinario di cognizione senza soggiacere al ristretto termine di 90 giorni per l'introduzione del giudizio di merito.

L'ATP, d'altra parte, potrebbe risultare più efficiente laddove la controversia verta essenzialmente su profili tecnici la cui valutazione anticipata potrebbe favorire la conciliazione ed in ogni caso garantirebbe una maggiore celerità del giudizio di merito nell'eventualità che non si raggiunga la conciliazione, tenuto conto della utilizzabilità della relazione peritale già svolta⁸. Il danneggiato, inoltre, potrebbe prediligere l'ATP in considerazione delle gravi sanzioni previste sia per la mancata partecipazione che per la mancata formulazione dell'offerta tenendo conto che in ogni caso, quindi anche nell'ipotesi di rigetto della domanda risarcitoria, il ricorrente si vedrebbe riconoscere quantomeno il rimborso delle spese di lite e di CTU ed una somma ulteriore a titolo di pena, qualora una delle sue controparti non dovesse partecipare all'ATP a prescindere dal se la mancata partecipazione sia o meno giustificata.

A conclusione di questa valutazione comparativa dei due strumenti conciliativi mi preme rilevare che in base ad una statistica molto personale e dunque approssimativa se da un lato l'introduzione dell'ATP non sembra sinora aver portato alla auspicata deflazione del contenzioso in termini di perfezionamento dell'accordo innanzi al CTU – per estrema conflittualità delle parti ma anche per inadeguatezza dei CTU a ragionare in termini conciliativi e non puramente tecnici- dall'altro siano numericamente significanti i casi in cui le parti avvalendosi delle conclusioni raggiunte in sede di ATP raggiungano un accordo stragiudiziale e non introducano il giudizio di merito. Numerosi, inoltre, almeno nell'esperienza romana, sono i casi in cui le parti accettano la proposta conciliativa effettuata dal giudice in sede di giudizio di merito ex art. 185 bis c.p.c. tenendo conto delle risultanze dell'ATP.

Quanto all'esperienza più recente le rilevazioni delle iscrizioni a ruolo degli ultimi mesi presso il Tribunale di Roma mostrano una rilevante sterzata verso l'assolvimento della condizione di procedibilità attuato con la mediaconciliazione. Tale dato se confermato nei prossimi mesi del 2020 potrebbe essere probabilmente spiegato con le enormi difficoltà che lo svolgimento dell'ATP conciliativo ha presentato durante i mesi di lockdown e che ancora determinano significativi rallentamenti nella conclusione della procedura.

3. La consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi

Chiariti i termini del rapporto di alternatività tra i due istituti si possono esaminare più da vicino le caratteristiche della nuova consulenza tecnica preventiva obbligatoria, la cui disciplina va ricostruita attraverso un articolato sistema di rinvii che, partendo dalle disposizioni contenute negli artt. 8 e 15 della nuova legge, rimanda alla disciplina dettata dal codice di procedura civile ed in particolare all'art. 696 bis c.p.c. che a sua volta rinvia all'art. 696 c.p.c. e alle altre disposizioni in materia di istruzione preventiva, nonché *in quanto compatibili* agli artt. 191-197 c.p.c. sulla consulenza tecnica d'ufficio.

3.1. Il ricorso: requisiti di ammissibilità

Ai sensi dell'art. 8, comma 1, legge 24/2017, “Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente”. Il comma 2, inoltre, dispone che “La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento”.

⁸ Dubbia è, invece, in dottrina e giurisprudenza la sorte della relazione tecnica eventualmente resa durante il procedimento di mediazione in caso di insuccesso della conciliazione obbligatoria. Secondo una parte della dottrina la relazione non sarebbe producibile nel giudizio di merito in ragione degli obblighi di riservatezza previsti dall'art. 9 del d.lgs. n. 28/20104, e della regola di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione ex art. 10 d.lgs. n. 28/2010. Parte della giurisprudenza, invece, ritiene che il divieto posto dall'art. 10, d.lgs. n. 28/2010 concerna esclusivamente le dichiarazioni rese dalle parti e le informazioni acquisite durante la mediazione, e, posto che l'attività del consulente non consiste nel raccogliere dichiarazioni delle parti e informazioni provenienti dalle stesse, bensì nella motivata esposizione dei risultati dei propri accertamenti tecnico-specialistici, la produzione della consulenza tecnica resa nel procedimento conciliativo nel successivo processo, non violerebbe il disposto dell'art. 10 d.lgs. 28/2010.



Da queste scarse disposizioni si evince in primo luogo che il procedimento dovrà 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. Tale requisito, infatti, non solo è richiesto in via generale dall'art. 693 c.p.c. ed è anche implicitamente desumibile dal comma 5 dell'art. 696 bis c.p.c., che prevede l'acquisizione della consulenza agli atti «del successivo giudizio di merito», ma appare indispensabile sia per determinare la competenza, che segue gli stessi criteri del giudizio di merito, sia per determinare l'oggetto della consulenza tecnica e l'ambito del tentativo di conciliazione anche in funzione del rispetto della condizione di procedibilità. L'indicazione appare, inoltre, necessaria per consentire la corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti delle controparti che, come si dirà infra, hanno l'obbligo di partecipare al procedimento.

Costituiscono, poi, requisiti di ammissibilità la competenza del giudice adito, la "legitimatio ad causam" attiva e passiva in senso proprio, intesa quale titolarità del potere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto, secondo la prospettazione della parte. E', invece, riservata al giudizio di merito la valutazione della titolarità attiva o passiva della situazione soggettiva dedotta in giudizio

In ordine alle condizioni dell'azione e presupposti processuali (l'integrità del contraddittorio, la legittimazione attiva e passiva, l'interesse ad agire ai sensi dell' art. 100 c.p.c.) si ritiene che valgano per l'istituto in esame i principi generali. Ed infatti, il procedimento sommario di cui stiamo parlando non potrà considerarsi avulso dai requisiti minimi di ritualità da questi previsti, a fronte del concreto rischio, diversamente opinando, di compiere in sede preventiva un'attività inutiliter data, poiché inutilizzabile nel successivo, sia pure eventuale, giudizio di cognizione.

3.2. La competenza

In ordine alla competenza valgono gli ordinari criteri stabiliti dal codice. Va, peraltro, evidenziato che mentre l'art. 8 co. 1 impone di "proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696bis del codice di procedura civile dinanzi al *giudice* competente", in base al comma 3 dell'art. 696 cpc, cui fa rinvio il comma 1 dell'art. 696-bis cpc, il giudice competente dovrebbe essere il presidente del tribunale - o il giudice da questi delegato- oppure il giudice di pace. Tuttavia sembrerebbe doversi escludere una competenza del giudice di pace in ordine all'atp ex art. 8 L. 24/2017 alla luce del successivo disposto del comma 3 dell'art. 8 che dispone che il processo di merito instaurato a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione debba obbligatoriamente seguire le forme di cui agli art. 702-bis ss. cpc, che a loro volta possono applicarsi soltanto innanzi al tribunale in composizione monocratica.

Per quanto riguarda la competenza territoriale, può trovare applicazione, oltre ai criteri generali codicistici, anche la disciplina speciale del foro del consumatore qualora ne ricorrano i presupposti⁹.

3.3 La valutazione di ammissibilità dell'atp: contenuto degli atti introduttivi ed oneri di allegazione

Dubbi sono sorti in giurisprudenza in ordine alla valutazione che il giudice è chiamato a compiere sul ricorso. Occorre infatti evidenziare che la previsione dell'art. 8 L. 24/2017 si è innestata in una situazione di permanente contrasto dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'ambito applicativo ed alla natura e finalità della consulenza a

⁹ Nel contratto di prestazione d'opera professionale medica, paziente e medico assumono, rispettivamente, la qualità di consumatore e professionista (v. Cass., ord. 27 febbraio 2009, n. 4914, in Foro it., 2009, I, p. 2684). Il paziente veste i panni del consumatore anche nei confronti di una struttura sanitaria del ssn (ovvero convenzionata), quante volte tra le parti sia intercorso un vero e proprio contratto avente ad oggetto una prestazione esulante dalle procedure del ssn, con addebito all'utente dei costi della prestazione, salvo per una parte minore equivalente al costo aziendale normalmente a carico del ssn (cfr. Cass, ord. 24 dicembre 2014, n. 27391, in Dir. famiglia, 2015, p. 1229). In dottrina vi è chi (G. Trisorio Liuzzi, La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali, in Giusto proc. civ., 2017, 665 ss. Ed in senso conforme Dalfino D. "Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova" Relazione tenuta a Matera il 22 giugno 2018, nell'ambito del corso La responsabilità medica dopo la legge 8 marzo 2017 n. 24, organizzato dalla Struttura territoriale per il distretto di Corte di appello di Potenza) ha ritenuto che la definitiva e generalizzata qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria come contrattuale, determini in ogni caso l'applicabilità del criterio di competenza esclusivo del "consumatore" e che dunque, non possa essere accolta la distinzione operata in precedenza dalla giurisprudenza tra responsabilità della struttura sanitaria pubblica (per la quale si escludeva che il paziente potesse essere considerato alla stregua di un "consumatore") e responsabilità della struttura sanitaria privata non convenzionata (per la quale, al contrario, l'unico foro applicabile era appunto quello riservato all'utente in quanto "consumatore").



fini conciliativi di cui all'art. 696 bis c.p.c. . Le opzioni ricostruttive sia dottrinali che giurisprudenziali emerse in relazione all'art. 696 bis c.p.c. possono in questa sede, per evidenti limiti di tempo, essere ricondotte a tre grandi tipologie: Opzione "istruttoria": la consulenza preventiva quale mera CTU ante processo; utilizzabilità solo in presenza di contestazioni sul quantum e non sull'an debeat, estensibilità ai soli giudizi tecnici con esclusione di qualsiasi valutazione giuridica, ammissibilità in caso di contumacia del convenuto e di dichiarata volontà di non definire la lite; Opzione "conciliativa" utilizzabilità anche per il caso di contestazione sull'an, ampi poteri delegati al consulente comprensivi di valutazioni giuridiche, arresto del procedimento per mancata comparizione della controparte o dichiarata indisponibilità a conciliare la vertenza, assoluta inutilizzabilità dell'elaborato peritale quale prova o elemento di valutazione nel successivo giudizio di merito con limitato utilizzo al solo fine di regolamentare le spese di lite del procedimento; Opzione "mista", quella a mio parere preferibile, che riconosce all'accertamento a fini conciliativi una duplice natura, prevalentemente conciliativa ma anche istruttoria evitando così da un lato che nell'ottica conciliativa si avallino abusi dell'istituto in esame e dall'altro che, ove la conciliazione non riesca, vada perduta l'attività *latu sensu* istruttoria già svolta.

Con riferimento alla procedura ordinaria di consulenza preventiva disciplinata dall'art. 696 bis, dunque, trasponendo tali opzioni sul piano delle verifiche dei requisiti di ammissibilità, mentre taluni ritengono che l'accoglimento del ricorso e la nomina del consulente tecnico siano subordinati alla allegazione e verifica da parte del giudice sia del *fumus del diritto* che della rilevanza del mezzo istruttorio richiesto in relazione alla specifica controversia prospettata - il giudice, in altri termini, potrebbe rifiutare la nomina del CTU qualora ritenesse non dimostrata la verosimiglianza della domanda o inutile la consulenza per dirimere la materia del contendere e/o favorire la conciliazione altri, valorizzando la funzione anticipatoria dello strumento in una con quella conciliativa, ritengono che il giudice, in presenza dei presupposti oggettivi espressamente previsti della norma, non debba compiere verifiche ulteriori, essendo ogni questione relativa alla ammissibilità e fondatezza della domanda, così come alla rilevanza e alla utilità della CTU, riservata al giudice del merito. Secondo un'opinione intermedia, che come detto mi sentirei di condividere, il giudice, prima di concedere la misura richiesta, dovrebbe limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione affinché l'accertamento tecnico non risulti inutile e possa essere impiegato in un giudizio di merito idoneo a risolvere la controversia, potendo rigettare l'istanza solo in caso di manifesta inammissibilità o di palese irrilevanza della consulenza richiesta.

Alla luce dell'art. 8 in materia di responsabilità medica vanno ritenuti, ovviamente, superati i dubbi relativi alla ammissibilità della consulenza a fini conciliativi avendola il legislatore addirittura elevata a condizione di procedibilità della domanda ma, a mio parere, anche quelli sulla natura dell'accertamento. La norma, infatti, se da un lato rende manifesta la natura prevalentemente conciliativa dell'ATP, dall'altro ne riconosce chiaramente anche una funzione di anticipazione della prova quantomeno in relazione al momento acquisitivo della valutazione medico legale. La rilevanza a fini probatori dalla consulenza redatta in sede di ATP risulta, infatti, sia dalla previsione che il successivo giudizio di merito venga introdotto innanzi al medesimo giudice che ha trattato il procedimento per ATP - il quale ovviamente già conoscerà l'attività sino a quel momento svolta- sia dalla individuazione del rito sommario per il giudizio di merito. La sommarietà si spiega, infatti, solo nell'ottica della piena utilizzabilità della documentazione e delle valutazioni acquisite in sede di ATP.

Deve, poi, senz'altro escludersi che sia richiesta l'allegazione del *periculum in mora* come, peraltro, è confermato dal comma 1 dell'art. 696-bis, prima parte: «L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696».

Dubbi sorgono in ordine al livello di specificità delle allegazioni del ricorrente richiesto per superare il vaglio (ove ritenuto necessario) di ammissibilità del ricorso. Ci si chiede, infatti, se si possa o addirittura si debba dichiarare inammissibile un ricorso ex art. 8 L. 24/2017 ove le allegazioni di parte in sede di presentazione del ricorso siano piuttosto generiche, tenuto conto che non opera nessuna preclusione rispetto alle successive deduzioni che le parti potranno effettuare nel giudizio di merito. A mio parere è da escludere che il Giudice possa dichiarare inammissibile il ricorso per genericità delle allegazioni di parte con decreto senza neanche fissare udienza ed instaurare il contraddittorio. Ritengo, infatti, necessario che il Giudice, in contraddittorio tra le parti, richieda i necessari chiarimenti ed inviti la parte ricorrente a precisare i termini della questione che dovrà essere fatta oggetto di



valutazione tecnica. Solo laddove le allegazioni siano, nonostante le precisazioni richieste, talmente generiche da non porre in grado il Giudice di conoscere le questioni tecniche rilevanti nella controversia, o di formulare i quesiti da porre al CTU, il ricorso potrà essere dichiarato inammissibile¹⁰.

Appare, poi, del tutto condivisibile l'opinione di chi¹¹ esclude che al rigetto del ricorso possa giungersi “sulla base di valutazioni, più o meno discrezionali, di «inconciliabilità» della lite (che contrasterebbero con la prognosi di conciliabilità formulata ex ante dal legislatore nell'art. 8), né sulla base di giudizi sommari di infondatezza della domanda e/o di meritevolezza delle difese di controparte, pena lo svilimento dello strumento predisposto dal legislatore e delle finalità deflattive con esso perseguite. Eventuali questioni relative alla fondatezza della pretesa, d'altro canto, potranno e dovranno essere affrontate nel successivo giudizio che avrà luogo in caso di esito infausto del tentativo di conciliazione ex art. 696-bis c.p.c. e nel quale, ove occorra, potranno disporsi accertamenti supplementari ed assumersi ulteriori mezzi di prova, previa eventuale valutazione delle eccezioni processuali e di merito sollevate dalle parti”. Allo stesso modo, a mio parere dovrebbe escludersi la possibilità di rigettare o dichiarare inammissibile il ricorso sulla base di una eccezione di prescrizione sollevata dalla controparte per quanto prima facie possa apparire fondata anche in considerazione del rilievo che, non maturandosi nel procedimento per ATP alcuna preclusione istruttoria, ben potrebbe il ricorrente produrre nel giudizio di merito atti interruttivi della prescrizione che non ha potuto o voluto produrre in sede di ATP.

3.4. Conseguenze della pronuncia di inammissibilità.

Ribadita la necessità di interpretare in senso restrittivo i casi di inammissibilità del ricorso occorre chiedersi quali possano essere le conseguenze della declaratoria di inammissibilità dell'atp e, dunque, se dichiarato inammissibile o comunque rigettato il ricorso possa dirsi assolta la condizione di procedibilità. L'art. 8 co. 3 L. 24/2017 stabilisce, infatti, che la condizione di procedibilità si considera in ogni caso soddisfatta decorsi sei mesi dal deposito del ricorso, anche nel caso in cui il procedimento non si sia ancora concluso. Non può, tuttavia, ritenersi che il “mero deposito” del ricorso non seguito da alcuna attività processuale soddisfi la condizione di procedibilità, altrimenti si avallerebbe un sostanzialmente aggiramento della previsione normativa e della finalità deflattiva voluta dal legislatore. Deve, invece, ritenersi che la pronuncia che, all'esito della rituale instaurazione del contraddittorio, concluda lo stesso in rito, soddisfi la condizione di procedibilità e consenta al danneggiato di agire come se il procedimento fosse stato esperito¹². Il giudice del merito, successivamente adito dall'interessato, potrà o inviare le parti in mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010, per recuperare la fase conciliativa non esperita, ovvero procedere nella trattazione della causa e disporre, in quella sede, la consulenza tecnica, conferendo agli esperti anche l'incarico di tentare la conciliazione.

Nel provvedimento con il quale il Giudice dichiara inammissibile il ricorso ovvero l'incompetenza del giudice adito verrà disposta la condanna del ricorrente alla refusione delle spese. La Suprema Corte ha, infatti, anche di recente affermato che “l'art. 669-septies, comma 2, c.p.c. - nel prevedere che se l'ordinanza di rigetto o di incompetenza è pronunciata prima dell'inizio della causa di merito, con essa il giudice provvede definitivamente sulle spese del procedimento - trova applicazione anche ai provvedimenti di istruzione preventiva, e la relativa ordinanza, non è

¹⁰ In relazione all'ATP ex art. 445 bis c.p.c. la Suprema Corte ha affermato che l'ammissibilità dell'ATP “richiede che il giudice adito accerti sommariamente, nella verifica dei presupposti processuali, oltre alla propria competenza, anche la ricorrenza di una delle ipotesi per le quali è previsto il ricorso alla procedura prevista dall'art. 445 bis c.p.c., nonché la presentazione della domanda amministrativa, l'eventuale presentazione del ricorso amministrativo, la tempestività del ricorso giudiziario; inoltre, il profilo dell'interesse ad agire dovrà, dal giudice, essere valutato nella prospettiva dell'utilità dell'accertamento medico richiesto al fine di ottenere il riconoscimento del diritto soggettivo sostanziale di cui l'istante si afferma titolare; utilità che potrebbe difettare ove manifestamente manchino, con una valutazione prima facie, altri presupposti della prestazione previdenziale o assistenziale in vista della quale il ricorrente domanda l' A.T.P.” (così Cass. nr. 8932 del 2015. Vd anche Cass. 16685/18 che afferma la necessità di una verifica di rispondenza dell'accertamento medicolegale, richiesto in vista di una prestazione previdenziale o assistenziale, ad un effettivo interesse del ricorrente, “dovendo escludersi che esso possa essere avulso dalla sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per il riconoscimento dei diritti corrispondenti allo stato di invalidità allegato dal ricorrente, correndosi, diversamente, il rischio di un'eccessiva proliferazione del contenzioso sanitario”).

¹¹ Cuomo Ulloa F. “Risoluzione alternativa “ cit.

¹² In tal senso in relazione alla procedura ex art. 445 bis c.p.c. vd Cass. n. 16685 del 25/06/2018 cit.



impugnabile ai sensi dell'art.111, comma 7, Cost., in quanto priva dei caratteri della definitività e decisorietà, anche in relazione alle spese del procedimento”¹³. Nell'ipotesi in cui il giudice, invece, accolga il ricorso dando luogo all'espletamento della consulenza tecnica non può provvedere sulle spese e ciò a prescindere dalle risultanze dell'accertamento tecnico preventivo.

Quanto alla possibilità di impugnazione del provvedimento di rigetto o di inammissibilità del ricorso per ATP va segnalato che secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti¹⁴ il principio della reclamabilità del provvedimento di rigetto, affermato da Corte Cost. n. 144/2008 con riferimento all'ordinanza di diniego dell'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 c.p.c., non si estende ai provvedimenti di rigetto dell'istanza ex art. 696-bis c.p.c. non avendo il procedimento in esame natura o finalità cautelare e non essendo caratterizzato – a differenza di quello ex art. 696 c.p.c.- dall'urgenza. E', infatti, evidente che sia la funzione conciliativa che quella di anticipazione del mezzo istruttorio ben potranno essere realizzate in sede di giudizio di merito, senza che il provvedimento negativo spieghi efficacia preclusiva o vincolante.

Tali conclusioni dovrebbero, pertanto, portare ad escludere la reclamabilità anche del provvedimento di rigetto del ricorso ex art. 8 L. 24/2017 a patto che si condivida l'impostazione precedentemente esposta secondo la quale il provvedimento di rigetto o di inammissibilità non preclude l'avveramento della condizione di procedibilità e che dunque la parte possa promuovere il giudizio di merito e in quella sede rinnovare la richiesta di consulenza tecnica senza subire limitazioni o preclusioni di sorta.

4. I soggetti: litisconsorzio necessario e chiamate in causa

Uno dei profili più controversi della nuova disciplina è quello relativo all'individuazione dei soggetti che sono tenuti a partecipare al procedimento di ATP, anche al fine di stabilire chi sia esposto alle conseguenze sanzionatorie di cui al comma 4 dell'art. 8. Le parti del procedimento per ATP devono coincidere con quelle che potrebbero essere parti nel giudizio di merito - da instaurarsi nell'ipotesi di fallimento della conciliazione- ovvero sia in primo luogo la struttura sanitaria e/o il sanitario indicati dal ricorrente come responsabili della condotta causativa del danno oggetto dell'accertamento preventivo. Il danneggiato, infatti, può agire ai sensi dell'art. 7 L. 24/2017 sia nei confronti della struttura sanitaria, pubblica o privata, responsabile ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. delle condotte colpose o dolose del sanitario, anche se questi non è dipendente o se sia stato scelto dal paziente (art. 7, commi 1 e 2), sia – in aggiunta o in alternativa- nei confronti dell'esercente (art. 7, comma 3) e ciò, sia in via contrattuale se il rapporto si basa per l'appunto su un rapporto contrattuale con quest'ultimo, sia ai sensi dell'art. 2043 c.c. negli altri casi, gravandosi in tale seconda ipotesi dei relativi maggiori oneri probatori.

Si ritiene che l'art. 8 della L. 24/2017 al comma 4 ove dispone: «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 che la disposizione si riferisca semplicemente a coloro che nel ricorso sono individuati come responsabili e verso i quali il danneggiato intende instaurare un giudizio: la struttura sanitaria, il medico (in aggiunta o in alternativa), gli altri sanitari coinvolti.

Deve, invece, escludersi che nel procedimento di ATP conciliativo ex art. 696-bis c.p.c. – e di conseguenza nel successivo giudizio di merito- proposto dal danneggiato nei confronti della sola struttura sanitaria, il medico responsabile sia litisconsorte necessario.

¹³Cass. n. 23976 del 26/9/2019. Cfr Cass. 26573 del 22.10.2018 secondo la quale “in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, per effetto del combinato disposto degli artt. 669 septies, comma 2, e 669 quaterdecies c.p.c., il giudice può procedere alla liquidazione delle spese processuali (a carico della parte ricorrente) solamente nei casi in cui dichiari la propria incompetenza o l'inammissibilità del ricorso oppure lo rigetti senza procedere all'espletamento del mezzo istruttorio richiesto”.

¹⁴ Costabile, L'irreclamabilità dei provvedimenti in tema di consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c., in *Giur. merito*, 2013, 1010 e ss.; Giordano, Istruzione preventiva e reclamo cautelare: l'intervento della corte costituzionale, in *Giust. civ.*, 2009, 299 e ss.; Id., Inammissibilità del reclamo contro i provvedimenti resi nel procedimento ex art. 696-bis c.p.c., in www.ilProcessoCivile.it; in giurisprudenza vd Tribunale Reggio Emilia 20/02/2020 e prima Trib. Reggio Emilia, 19/2/2012, in *Giur. merito*, 2013, 1010, con nota di Costabile. Pacifica invece la questione della non impugnabilità del provvedimento positivo sulla quale vd. Trib. Ravenna, 27 giugno 2016 in considerazione del fatto che la parte che intenda dolersi di eventuali vizi della consulenza o della sua attendibilità potrà farlo nel giudizio di merito nel quale potrà sia opporsi alla ammissione dell'elaborato sia richiedere che venga disposta una nuova consulenza.



In primo luogo l'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 8 porta a ritenere che l'obbligo di partecipazione sia imposto alle parti e, cioè, a chi è già evocato nel procedimento di istruzione preventiva e non certo che il danneggiato sia tenuto ad evocare nel procedimento di istruzione preventiva tutti i presunti corresponsabili (che ancora parti non sono).

Dal punto di vista dell'interpretazione sistematica sia l'art. 9 che l'art. 12 della L. 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 sostenuta che, nel procedimento di istruzione preventiva proposta nei confronti della struttura sanitaria e della sua impresa di assicurazione, il medico responsabile non è litisconsorte necessario. L'art. 12 al comma 4, poi dispone: «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 8 l. 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 sono litisconsorti necessari e, pertanto, possono 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.

Nulla quaestio, inoltre, sul fatto che, dopo l'entrata in vigore dell'azione diretta con l'emanazione del decreto ministeriale di cui all'art. 10, comma 6, della L. 24/2017 l'assicuratore potrà essere chiamato a partecipare al procedimento per ATP direttamente dal ricorrente danneggiato. Opinioni discordanti, invece, sussistono in giurisprudenza sulla ammissibilità della citazione diretta della compagnia assicurativa nell'intervallo temporale (di cui è molto difficile prevedere la durata) sino all'emanazione dei decreti attuativi.

Secondo un primo orientamento¹⁵ l'individuazione delle parti chiamate a partecipare al procedimento di ATP dipende dal tipo di azione di merito che il danneggiato intende esperire. Se essa si fonda sull'art. 7 della L. n. 24/2017 il giudizio dovrebbe essere promosso nei soli confronti della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria o di entrambi. Se la proponenda azione risarcitoria avesse carattere diretto, come consente il nuovo art. 12 l. n. 24/2017, legittimata passiva sarebbe anche la compagnia assicuratrice dell'una o dell'altro. Va, infatti, considerato che il litisconsorzio previsto all'art. 12 per l'ipotesi della azione diretta nei confronti dell'assicurazione e per estensione anche di ricorso per ATP, ha carattere processuale ed unilaterale nel senso che mentre la partecipazione al giudizio del responsabile del danno è necessaria quando il danneggiato proponga azione diretta nei confronti dell'assicuratore, ove il danneggiato opti per l'azione ordinaria nei confronti del danneggiante senza citare l'assicuratore, questi non assume la veste di litisconsorte necessario e potrà quindi essere pretermesso. Poiché, peraltro, le disposizioni di cui all'azione diretta nei confronti dell'assicurazione si applicano, ai sensi del comma 6 dell'art. 12, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto ministeriale che dovrà essere emanato (entro 120 giorni) a norma dell'art. 10, comma 6 (ove devono essere dettati i requisiti minimi sulle polizze assicurative), fino a

¹⁵ vd Trib. Venezia, sez. II civile, 11 settembre 2017; Trib. Padova, sez. ricorsi, 27 novembre 2017. In dottrina F.MARTINI, La legittimazione processuale dell'assicuratore nell'ATP ex art. 8 Legge Gelli e L'azione diretta del paziente contro l'assicuratore della struttura e del sanitario. Condizioni e criticità, in *Ridare.it* e Mariotti P. Caminiti R. ATP ex art. 8 l. n. 24 del 2017 e legittimazione processuale dell'assicuratore della struttura sanitaria e del professionista in *GiustiziaCivile.com*



quando non verrà approvato tale decreto il danneggiato potrà convenire nell'ATP solo la struttura sanitaria o il professionista sanitario.

Secondo altro orientamento¹⁶ la necessità della partecipazione delle compagnie assicuratrici dell'ente ospedaliero o del professionista discenderebbe “sia dalla funzione conciliativa dell'istituto che dal dato normativo, che precisa come tali soggetti sono parti del procedimento e, per di più, quelle principalmente onerate della proposta conciliativa”. Si ritiene, infatti, che “senza la Compagnia nell'ATP la CTU espletata nella fase sommaria non sarebbe a lei opponibile nel giudizio di merito, dove dovrebbe procedersi all'espletamento di una nuova consulenza. Pertanto, se è vero che il danneggiato (o il suo erede) non ha ancora (prima dei decreti ministeriali attuativi) titolo per agire direttamente contro la Compagnia e nonostante la chiamata in causa del terzo ad opera del convenuto sia ormai da ritenere discrezionale e teoricamente rifiutabile per esigenze di ragionevole durata del processo tuttavia è anche vero che il legislatore prevede espressamente la presenza della Compagnia di Assicurazioni e ciò certamente per garantire che l'ATP possa avere qualche possibilità di utile esito (ipotizzabile solo con la presenza della tasca solvibile della Compagnia) e per evitare che la CTU debba essere rifatta nel giudizio di merito (oltre che per munire di procedibilità la domanda verso tutti i soggetti potenzialmente coinvolti)”¹⁷. Vi è chi, infine, ritiene non solo che sia ammissibile la chiamata della compagnia assicurativa da parte del danneggiato ma anche che laddove la compagnia non venga chiamata né dal danneggiato né dal convenuto assicurato (sia esso struttura o sanitario) il giudice debba disporre la chiamata ex art. 107 c.p.c. a cura della parte ricorrente¹⁸.

Al Tribunale di Roma, stante il chiaro disposto degli artt. 12, commi 6 e 10, della L. 24/2017 si ritiene che, sino all'emanazione dei decreti, il ricorrente non abbia azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione del sanitario e/o della struttura e che pertanto, una eventuale chiamata diretta della compagnia assicurativa da parte del ricorrente sia da dichiarare inammissibile¹⁹.

Per quanto, poi, attiene alla possibilità che un terzo venga chiamato o intervenga nel procedimento di consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi, benché l'art. 696 bis c.p.c. , cui occorre fa riferimento per tutto quanto non specificamente disposto dall'art. 8 L. 24/2017, taccia sul punto, la giurisprudenza e la dottrina assolutamente prevalentemente sono orientate nel senso che non sussistano preclusioni alla partecipazione di terzi al procedimento de quo, partendo dall'assunto che il procedimento di consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. ha natura di giurisdizione contenziosa e non volontaria e, pertanto, debbono trovare applicazione le norme di diritto comune che disciplinano la partecipazione dei terzi al processo (art. 105 c.p.c. e ss).

Per quanto riguarda la chiamata in causa da parte dell'assicurato, sia esso struttura sanitaria o sanitario, della propria compagnia di assicurazione non mi pare siano sorti dubbi in ordine alla ammissibilità di tale chiamata. Dal necessario coordinamento tra i principi generali e le norme speciali in esame deriva, tuttavia, il dubbio sul concreto esercizio del potere discrezionale riconosciuto al giudice in ordine ai provvedimenti di cui agli artt. 106 e 107 c.p.c. in sede di ATP promosso ai sensi dell'art. 8 L. 24/2017²⁰.

¹⁶ Trib. Venezia, sez. II, 18 gennaio 2018; Trib. Verona, sez. III civ., 31 gennaio 2018 e, infine, Trib. Venezia, sez. II civ., ord. 25 febbraio 2018

¹⁷ Così Trib. Marsala 09/01/2017. In dottrina condivide tale impostazione Nuzzo C. “Responsabilità medica: i 6 problemi processuali irrisolti della Legge Gelli Bianco” in *Giur.civile*, 2018, 5.

¹⁸ In tal senso Trib. Marsala cit

¹⁹ Nel provvedimento di fissazione udienza si avvisa che “non è consentito al ricorrente procedere con azione diretta nei confronti dell'assicurazione del convenuto, quand'anche esistente e nota, non essendo ancora stato emanato il decreto di cui al decreto di cui all'articolo 10, comma 6 della predetta legge” e che “al fine di contenere i tempi di durata del procedimento, il giudice valuterà l'ammissibilità e l'opportunità della eventuale chiamata in causa dell'assicurazione del convenuto, da parte dello stesso, anche in relazione alla sollecitudine della costituzione e della chiamata”

²⁰ La Suprema Corte in materia di azione di risarcimento danni da circolazione stradale con sentenza n. 4593 del 22/02/2008 aveva affermato il principio secondo cui, nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante-assicurato, con azione risarcitoria in relazione ad incidente stradale, deve riconoscersi al giudice di primo grado, in applicazione dell'art. 107 cod. proc. civ., il potere di ordinare l'intervento dell'impresa assicuratrice, sia al fine di un'eventuale estensione nei suoi confronti della domanda attrice, sia in relazione all'eventuale pretesa del convenuto di trasferire a suo carico le conseguenze della propria soccombenza verso il danneggiato, atteso che, nella particolare disciplina dell'assicurazione obbligatoria introdotta dalla L. 24 dicembre 1969, n. 990, la stretta connessione del rapporto risarcitorio e del rapporto assicurativo comporta una situazione di comunanza di causa, giustificativa della suddetta chiamata iussu



Sia nel caso di istanza di parte di chiamata in causa dell'assicurazione ex art. 106 c.p.c. che nel caso di chiamata iussu iudicis ex art. 107 c.p.c. il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale dovrà porsi il problema di bilanciare diverse esigenze contrapposte. Da un lato si pone, infatti, su un piano più generale l'esigenza di ragionevole durata del processo la cui valutazione è stata ritenuta dalla Suprema Corte "intrinseca" ad ogni scelta discrezionale, dopo la novella dell'art. 111 Cost.²¹ e, più specificamente, in relazione alla procedura in oggetto, l'esigenza di celerità del procedimento per ATP - esigenza ritenuta dal legislatore talmente rilevante da imporre un inusuale termine perentorio per la conclusione del procedimento stesso e tale da rendere se non impossibile quantomeno assai difficoltoso consentire i differimenti necessari per la chiamata in causa di terzi. Dall'altro si pone l'interesse generale di economia processuale che depone nel senso di far sì che il procedimento per ATP si svolga in maniera proficua sia in termini di probabilità di un accordo conciliativo sia di successiva utilizzabilità della consulenza nel successivo giudizio di merito sia, infine, di soddisfacimento della condizione di procedibilità in relazione a tutti i soggetti potenzialmente coinvolti nel giudizio di merito.

Mi preme, peraltro, evidenziare che al Tribunale di Roma si è deciso che 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. vada valutata con rigore la successiva istanza di chiamata in causa della medesima compagnia in sede di giudizio di merito e che, in ogni caso, ove la compagnia di assicurazione non sia stata parte del giudizio di ATP la CTU svolta in tale sede sarà comunque valutabile dal Giudice del merito, previa sollecitazione del contraddittorio e tenuto conto delle eventuali osservazioni critiche specifiche mosse da chi non ha preso parte al giudizio di ATP e non vada, pertanto, ritenuta necessariamente "inopponibile" a chi non è stato parte dell'accertamento preventivo.

In conclusione io propenderei per l'autorizzazione alla chiamata in causa da parte dei resistenti (sia essa la struttura o i singoli sanitari o entrambi) delle rispettive assicurazioni mentre, per quanto sopra detto in ordine alla legittimazione della assicurazione, tendenzialmente non disporrei una chiamata iussu iudicis ex art. 107 c.p.c. In ogni caso anche laddove venisse disposta dovrebbe ritenersi, come per l'ipotesi in cui sia il ricorrente a convenirla, che dalla sua mancata partecipazione o mancata formulazione di una offerta non si possa trarre alcuna conseguenza sanzionatoria (sulle quali vd infra).

Questione assai più controversa è, invece, quella relativa alla possibilità per la struttura convenuta (e/o anche della sua compagnia assicurativa chiamata in causa eventualmente in surroga) di chiamare in causa il sanitario "responsabile" che non sia stato citato dal danneggiato ricorrente.

Alla luce di quanto sopra ritenuto in tema di litisconsorzio necessario e del disposto dell'art. 9 L. 24/2017 a mio parere non dovrebbe essere consentita 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 cod. proc. civ., involge 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 Cass. 4309/2010; Cass. 7406/2014 e Cass. 9570/2015). Dall'altro che l'art. 9 L. 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; 2) l'effettivo pagamento da parte della struttura; 3) il rispetto del termine decadenziale - rende inammissibile la proposizione di una azione di rivalsa "contestuale".

iudicis, anche in relazione ad un interesse generale di economia processuale e di evitare la possibilità di giudicati contrastanti. La situazione di comunanza di causa giustifica, altresì, l'esercizio del potere discrezionale del giudice di autorizzare la parte, ex art. 106 c.p.c., a chiamare in causa un terzo, ai sensi dell'art. 106 c.p.c. (in argomento, cfr. soprattutto Cass. 29 novembre 1985, n. 5928).

²¹ Cass. Sez. U, n. 4309 del 2010 in tema di chiamata in causa di un terzo su istanza di parte ha infatti affermato che "al di fuori delle ipotesi di litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 cod. proc. civ., è discrezionale il provvedimento del giudice di fissazione di una nuova udienza per consentire la citazione del terzo, chiesta tempestivamente dal convenuto ai sensi dell'art. 269 cod. proc. civ., come modificato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353; conseguentemente, qualora sia stata chiesta dal convenuto la chiamata in causa del terzo, in manleva o in regresso, il giudice può rifiutare di fissare una nuova prima udienza per la costituzione del terzo, motivando la propria scelta sulla base di esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo".



Parte della dottrina e della giurisprudenza, invece, ritiene che la chiamata in causa del sanitario da parte della struttura sia non solo ammissibile ma anche auspicabile osservando che “L’opportunità di convenire il professionista sanitario già nella procedura stragiudiziale discende anche dall’ultimo comma dell’art. 9, che riconosce al giudice la facoltà di desumere «argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o dell’impresa di assicurazione» se il primo è stato parte del giudizio stesso. Per giudizio infatti ben può intendersi anche l’ATP ante causam che non abbia avuto esito conciliativo, avendo esso anche una funzione di acquisizione della prova”²².

Senz’altro da ammettere riterrei, invece, l’intervento volontario del sanitario il quale abbia interesse a partecipare alla procedura conciliativa, magari a seguito dell’avviso dell’instaurazione di un giudizio o dell’avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, che ai sensi dell’art. 13 della l. 24/2017 la struttura, pubblica o privata, deve inoltrare all’esercente la professione sanitaria, a pena di inammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa.²³

Quanto alle modalità procedurali per effettuare la chiamata del terzo, al più tardi all’udienza di comparizione ex art. 695 c.p.c. la parte resistente – o la parte ricorrente ove la necessità della chiamata sorga a seguito delle difese del resistente - dovrà chiedere al giudice la fissazione di un termine per notificare l’atto al terzo chiamato onde consentire a quest’ultimo di far valere le sue eventuali difese alla successiva udienza. Alla luce della necessità di accelerare i tempi, tuttavia, si potrebbe ipotizzare di assegnare sin dal decreto di fissazione dell’udienza un termine al resistente per costituirsi e chiedere la chiamata del terzo benchè dall’inosservanza di tale termine non possa farsi discendere alcuna decadenza o preclusione. Si tratterebbe più di un invito a collaborare alla rapidità della trattazione. Ci si è chiesto, altresì, se l’istanza di chiamata in causa possa essere presentata anche in un momento successivo all’udienza di prima comparizione. Sul punto mi pare assolutamente condivisibile l’opinione di chi²⁴ ritiene che l’udienza fissata dal Giudice ai sensi dell’art. 694 c.p.c. ed in ogni caso la pronuncia dell’ordinanza di cui all’art. 695 c.p.c. – eventualmente all’esito di sommarie informazioni ed alla luce delle difese svolte dalle parti- costituiscano il termine ultimo entro il quale la parte possa chiedere di estendere il contraddittorio in un procedimento di istruzione preventiva posto che “se è regola che non ammette eccezione quella che impone sempre – anche nel caso di procedimenti deformalizzati – il rispetto del principio del contraddittorio, che si traduce nella sostanziale parità di tutte le parti del giudizio, verosimilmente si violerebbe questo precetto se si consentisse ad una delle parti di chiamare nel procedimento un terzo quando il Giudice si è già pronunciato sulla istanza introduttiva di un procedimento di istruzione preventiva, ammettendo il mezzo di prova ovvero l’accertamento tecnico”. Tale conclusione, peraltro, risulterebbe maggiormente corrispondente anche a quella esigenza di celerità del procedimento che, come si è già evidenziato, il legislatore ha manifestato imponendo un inusuale termine perentorio.

Allo stesso modo per l’intervento volontario del terzo che potrà realizzarsi sino all’udienza di comparizione ex art. 695 c.p.c. e fintanto che il giudice non abbia provveduto ad ammettere la consulenza tecnica.

A chiusura di questo paragrafo relativo alle parti del procedimento per atp, vale solo la pena di evidenziare che la contumacia della parte ritualmente citata non ostacola l’ammissibilità dell’ATP. Si ritiene, infatti, che se si consentisse al convenuto di vanificare l’iniziativa dell’istante disertando la procedura si rischierebbe di contraddire lo spirito della norma, frustrando gli effetti anticipatori e semplificativi che anche una consulenza resa in contumacia potrebbe spiegare, e comunque precludendo al danneggiato la possibilità di procedere nelle forme sommarie di cui all’art. 702-bis c.p.c. .

“Anche qualora le parti convenute non compaiano, il giudice dovrà dunque procedere alla nomina del Collegio peritale e questo dovrà svolgere le operazioni richieste, depositando la relazione che potrà essere acquisita nel successivo procedimento sommario, salva la possibilità per i convenuti stessi di aderire (anche tardivamente) al tentativo di conciliazione che i periti potrebbero in tal caso svolgere prima di depositare la relazione. (...) Con la

²² Così Vaccari M. “Le condizioni dell’azione di rivalsa nella legge Gelli-Bianco” in Ri.Da.Re.it

²³ sul punto vd BARLETTA A., Il tentativo di conciliazione nell’art. 8 della legge Gelli-Bianco, in Ridare.it

²⁴ Sileci G. “ATP per responsabilità sanitaria: la chiamata di terzo è tempestiva se richiesta non oltre la prima udienza” in ilprocessocivile.it



ovvia conseguenza che l'esito dell'esame tecnico gli sarà opponibile anche quando non abbia partecipato alle operazioni peritali (né abbia preso parte al tentativo di conciliazione), dovendosi allo stesso imputare le conseguenze (anche in termini di riduzione delle chances difensive) della propria diserzione volontaria”²⁵. A maggior ragione poi, dovrebbe ammettersi la possibilità per il giudice di nominare il Collegio peritale ed affidargli l'incarico istruttorio e conciliativo nel caso in cui — convenuti più soggetti — partecipino al procedimento solo alcuni di essi, ferma restando in questi casi l'applicazione delle sanzioni nei confronti delle parti assenti.

5. Il procedimento

All'udienza di comparizione il giudice, risolte le eventuali questioni di rito come sin qui prospettate, “nomina il consulente tecnico e fissa la data dell'inizio delle operazioni” (art. 696 comma 3 c.p.c.), o meglio, nomina il CTU formulando i quesiti tecnici sui quali il consulente dovrà rispondere e fissa l'udienza per il conferimento dell'incarico.

Sul punto mi limito a far presente che presso il Tribunale di Roma è prassi abbastanza diffusa che alla nomina dei CCTUU il Giudice provveda già con il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione alla quale, pertanto, vengono direttamente convocati i consulenti i quali, ovviamente presteranno il giuramento assumendo l'incarico solo ove il Giudice abbia, da un lato, riscontrato l'integrità del contraddittorio e, dall'altro, risolto in senso positivo eventuali questioni di ammissibilità del ricorso.

5.1. La nomina dei consulenti

In relazione alla nomina dei consulenti tecnici va tenuto conto che l'art. 15 della L. 24/2017 prevede che, nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria, la nomina dei consulenti debba avvenire secondo regole speciali ed in particolare: che l'incarico venga affidato ad un Collegio di esperti; che questi siano individuati tra gli iscritti negli albi dei consulenti di cui all'art. 13 disp. att. c.p.c.; che del Collegio facciano parte uno o più specialisti del settore medico interessato ed un medico legale; che il giudice nella selezione degli esperti debba evitare situazioni di conflitto di interesse che potrebbero verificarsi nello specifico procedimento o in altri connessi. In relazione alla consulenza disposta in sede di atp ex art. 8 è, inoltre, previsto che i consulenti nominati “siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi”.

Tralasciando, per il momento, tale ultimo requisito la cui effettività dipenderà dalla creazione di un apposito albo e da una auspicabile revisione di quello già esistente, occorre, invece, soffermarsi sull'obbligo della nomina di un collegio peritale il quale, invece, non presuppone la revisione degli albi di cui ai commi 2 e 3 della stessa norma e deve dunque ritenersi di immediata applicazione.

La previsione dell'obbligatoria nomina di un collegio peritale sta, infatti, registrando un'applicazione disomogenea nella prassi giudiziaria.

Se, infatti, la giurisprudenza largamente maggioritaria ritiene che la collegialità sia un requisito indispensabile per il rispetto della norma in esame, vi è anche chi ritiene che l'aspetto centrale della nuova previsione sia l'adeguata preparazione tecnica specifica dei consulenti chiamati a svolgere l'incarico e che dunque ben potrebbe il Giudice procedere alla nomina di un solo perito che abbia sia la specializzazione in medicina legale che quella nel singolo campo medico interessato dalla vicenda in esame. Vi è anche chi, poi, ritiene che nei casi meno complessi sia possibile la nomina del solo consulente medico legale, il quale potrà a sua volta indicare uno o più specialisti di cui intende avvalersi per l'espletamento della consulenza.

A Roma riteniamo che la norma debba interpretata nel senso che sia tendenzialmente richiesto il rispetto del requisito della collegialità anche - alla luce della Risoluzione del CSM in ordine ai criteri per la selezione dei consulenti nei procedimenti concernenti la responsabilità sanitaria, adottata con delibera del 25 ottobre 2017 che afferma che “l'affiancamento nelle perizie del medico legale allo specialista sostanzia la garanzia di un collegamento tra sapere giuridico e sapere scientifico, necessario per consentire al giudice di espletare in modo ottimale la

²⁵ Cuomo Ulloa F. “Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della legge Gelli” in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.2, 1 febbraio 2018



funzione di controllo logico razionale dell'accertamento peritale". Si propende, tuttavia, per una lettura flessibile della norma che consenta al giudice, su espresso accordo delle parti, di nominare un solo consulente laddove si tratti di compiere accertamenti semplici e, in ogni caso, optando per la nomina di un consulente che risulti provvisto della doppia specializzazione. Deve, infatti, considerarsi che la rigorosa applicazione della collegialità può presentare alcune complessità. In primo luogo, infatti, la formazione di un collegio composto da più consulenti tecnici d'ufficio fa aumentare notevolmente i costi del processo posti a carico del ricorrente il quale deve accollarsi i compensi di ciascun componente del collegio peritale²⁶. In secondo luogo le dinamiche interpersonali che si creano all'interno di un collegio peritale richiedono che i consulenti siano in grado di collaborare e arrivare ad una ricostruzione comune dei fatti. Ciò potrebbe non essere così scontato, specialmente nelle vicende più complesse in cui, accanto al medico legale, devono lavorare una molteplicità di specialisti.

Va comunque evidenziato che non è prevista alcuna sanzione per l'inosservanza di questo precetto, né tantomeno sembra ipotizzabile una nullità della consulenza redatta da un solo consulente, nullità che anche ove ravvisabile sarebbe peraltro sanata ove non fatta valere nella prima udienza utile, e quindi in quella successiva alla nomina dei consulenti e prima del conferimento dell'incarico.

Delicata appare, poi, la applicazione dell'art.15 ove dispone che il giudice provvede alla nomina dei consulenti "avendo cura che i soggetti da nominare (...) non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi". In assenza di una individuazione analitica o anche solo orientativa dei casi in cui debba ritenersi sussistente il detto "conflitto di interessi", spetterà al singolo giudice valutare se il CTU – per il complessivo numero di incarichi ricevuti da committenti privati o per la concreta sovrapposibilità del giudizio da esprimere come CTU nei confronti della struttura sanitaria rispetto ad altro procedimento che prima lo abbia visto agire quale consulente di parte del danneggiato – versi in una condizione di minorata terzietà da intendersi nell'accezione più ampia che il CSM attribuisce a tale nozione ossia anche in termini di mera apparenza. E' evidente che se, per un verso, non può precludersi ai CTU di svolgere incarichi anche in favore di soggetti privati, per altro, non possono giustificarsi continue sovrapposizioni e frequenti commistioni che evocano scenari di scarsa trasparenza, tenendo conto della latitudine del divieto di cui all'art.15 non circoscritto al solo procedimento in trattazione, ma esteso anche a quelli connessi in senso lato.

In generale deve osservarsi che il complesso delle disposizioni dettate dall'art. 15, sul numero, competenze e compenso dei consulenti, costituiscono talvolta un serio ostacolo alla rapida conclusione del procedimento ed ancor più al rispetto del termine perentorio di sei mesi. Se, infatti, è già complesso in numerose realtà giudiziarie italiane trovare esperti disponibili ad effettuare consulenze in materia di responsabilità medica – sia per una maggiore complessità dell'incarico sia per la tendenza ad evitare contrapposizioni con colleghi, sia infine per la scarsa "remuneratività" degli incarichi- adesso il Giudice deve trovare almeno due consulenti, di cui uno specialista possibilmente di livello pari o superiore al sanitario coinvolto nella vicenda, entrambi muniti di "adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione" e che riescano ad operare insieme e che non versino in situazione di conflitto di interesse.

5.2. Il tentativo di conciliazione

²⁶Ciò, ovviamente, laddove si acceda alla impostazione adottata dal Tribunale di Roma secondo la quale il co. 4 dell'art. 15 - che prevede che nella determinazione del compenso globale, non si applichi l'aumento del 40 per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio previsto dall'articolo 53 T.U. Spese di Giustizia- vada letto nel senso che a ciascun consulente vada liquidato il compenso integrale. Si ritiene, infatti, applicabile anche ai collegi l'ipotesi eccezionale contemplata dall'art. 53 T.U. spese di giustizia dalla quale discende l'onorario pieno per ciascuno dei componenti il collegio allorché "il magistrato disponga che ognuno degli incaricati debba svolgere personalmente e per intero l'incarico affidatogli" atteso peraltro che ai sensi del comma 2 dell'art. 221 c.p.p. "il giudice affida l'espletamento della perizia a più persone quando le indagini e le valutazioni risultano di notevole complessità ovvero richiedono distinte conoscenze in differenti discipline". Diversa potrebbe essere la conclusione ove si ritenesse invece, che con la norma in esame il Legislatore abbia voluto imporre un calmere ai compensi liquidati stabilendo una sorta di "2 al prezzo di 1" ossia che il compenso per il collegio sia quello previsto per il singolo consulente senza alcun aumento. In tale senso Ruvolo M. "ATP conciliativo ed altri profili processuali della nuova responsabilità sanitaria (legge 24/17) relazione tenuta per la SSM a Bologna, 16 ottobre 2017. Nello stesso senso parrebbe Cuomo Ulloa F. "Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria cit. in Resp.Civ.Prev. fasc.1, 1 gennaio 2018



Si può osservare, in via preliminare, che, nonostante l'art. 696 bis c.p.c. preveda testualmente che il consulente “prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, *ove possibile*, la conciliazione delle parti”, non sembra possa rimettersi ad una valutazione personale del consulente l'opportunità di procedere con il tentativo di conciliazione. Il consulente *deve* tentare la conciliazione non avendo nessun potere discrezionale in tal senso - eccettuati i casi di oggettiva impossibilità - dal momento che la limitazione del diritto d'azione, connessa all'obbligo di ricorrere al procedimento ex art. 696 bis c.p.c., si giustifica proprio in ragione dello svolgimento e dell'auspicato esito positivo dello stesso. L'indagine sulla “possibilità” del tentativo di conciliazione dovrebbe, piuttosto, tener conto per un verso della natura della causa e dall'altra del “concreto atteggiamento assunto dalle parti che potrebbe indurre il consulente a non tentare la conciliazione perché ritenuta del tutto inefficace”²⁷.

L'unica discrezionalità che si suole riconoscere al consulente attiene al momento in cui svolgere il tentativo di conciliazione.

Fermo restando che l'art. 696 bis c.p.c. dispone unicamente che esso deve essere effettuato prima di provvedere al deposito della relazione peritale definitiva, e che nulla sembra impedire che possa essere svolto anche prima dell'inizio delle indagini tecniche, si ritiene opportuno che il tentativo di conciliazione si svolga dopo che i consulenti hanno svolto 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. In tal modo il Collegio peritale potrebbe comunicare il contenuto della bozza della relazione alle parti e quindi convocarle per un incontro finalizzato a verificare la possibilità di un accordo, potendo in quella sede anche discutere con loro e con i rispettivi consulenti i contenuti e le conclusioni dell'elaborato. Ovviamente le peculiarità del caso potrebbero suggerire la scelta di un momento diverso eventualmente antecedente alla comunicazione della bozza così da sfruttare il margine di incertezza per rendere più appetibile un accordo. Sembra, peraltro, pacifico che i consulenti possano reiterare il tentativo in ogni momento. Nella prassi si è rilevato come il tentativo abbia maggiori possibilità di successo laddove venga fissata dal CTU un'apposita sessione conciliativa alla quale vengano convocate le parti e/o i loro difensori. Ci si è chiesti “se il CTU, nell'ambito del tentativo di conciliazione, possa tenere sessioni separate con ciascuna parte al fine di assumere informazioni che esse potrebbero non voler rivelare davanti alla controparte. La risposta in prima battuta parrebbe negativa, se si considera che la legge nulla dispone al riguardo, mentre una simile modalità è espressamente prevista in relazione al procedimento di mediazione dall'art. 9 del d.lgs. n. 28/2010, che stabilisce che il mediatore debba tenere riservate le dichiarazioni rese da ciascuna parte, nel corso di tali sessioni. Peraltro, qualora il CTU si facesse autorizzare preventivamente dalle parti, già al momento del conferimento dell'incarico, a ricorrere a tale incidente se lo ritenesse opportuno per raggiungere la conciliazione, non si ravvisano ostacoli al suo impiego. Le parti non potrebbero infatti lamentare una lesione del diritto al contraddittorio proprio in considerazione della specifica finalità della separata interlocuzione con esse”²⁸.

Se viene raggiunto l'accordo il consulente redigerà il verbale di conciliazione dando atto delle intese intervenute tra le parti ed 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 tale ipotesi, peraltro, mentre in alcuni tribunali si ritiene che il procedimento si concluda con il deposito della relazione peritale definitiva, in altri – come il Tribunale di Roma – si tende a fissare una udienza successiva al deposito della C.T.U. definitiva sia per verificarne il regolare e tempestivo deposito sia per eventualmente tentare la conciliazione tra le parti innanzi a sé, alla luce della relazione depositata dai consulenti tecnici d'ufficio.

²⁷ Così Dalfino D. Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova che evidenzia come non si possa imporre di avviare una trattativa tra le parti se queste dimostrano di non avere alcuna intenzione di procedere in tal senso. Vd anche Zulberti M. “La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17” in Rivista dell'Arbitrato, fasc.1, 1 MARZO 2018

²⁸ Vaccari M. La conciliazione nel procedimento di ATP in ilprocessocivile.it



L'art. 8 prevede, come già accennato a più riprese, la necessaria ed obbligatoria partecipazione al procedimento di "tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione" e l'obbligo a carico delle assicurazioni di formulare una offerta risarcitoria ovvero di comunicare i motivi per i quali essa non viene formulata. Entrambi tali obblighi trovano espressa sanzione nel disposto del co. 4 dell'art. 8. L'impresa di assicurazione che non abbia formulato la proposta transattiva o non abbia esplicitato le ragioni per le quali non lo abbia fatto in caso di accoglimento della domanda risarcitoria sarà, infatti, soggetta alla segnalazione da parte del Giudice all'Ivass "per gli adempimenti di competenza". La mancata partecipazione delle parti al procedimento è, invece, sanzionata direttamente dal Giudice del procedimento di merito il quale, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna la parte non presente in sede di ATP conciliativo al pagamento in favore della parte comparsa delle spese di lite e di consulenza, oltre che al pagamento di una pena pecuniaria da liquidarsi in via equitativa e ciò "indipendentemente dall'esito del giudizio" e, dunque, anche in ipotesi di totale rigetto della domanda attorea. Va, peraltro, sottolineato, da un lato, che la norma non sembra attribuire alcuna discrezionalità al giudice il quale è tenuto ad emettere la condanna della parte non comparsa indipendentemente, peraltro, dalla sussistenza di un giustificato motivo che ne abbia impedito la partecipazione e, dall'altro, che non è previsto alcun parametro per la determinazione della pena pecuniaria a differenza di quanto, invece, previsto in altre analoghe ipotesi sanzionatorie. Sembra, inoltre, ipotizzabile che la condanna venga disposta a favore di più parti ove ne siano comparse alcune e non altre. La norma, infatti, non prevede la condanna a favore del solo ricorrente ma della "parte comparsa".

Ci si chiede, peraltro, se le parti siano tenute esclusivamente a partecipare al tentativo di conciliazione svolto dal consulente²⁹ che le avviserà in ordine al tempo e luogo in cui procederà allo stesso ovvero se l'onere di partecipazione imponga alle parti di costituirsi nel procedimento di atp affrontando i relativi costi di difesa. Dal tenore della disposizione sembrerebbe doversi desumere che la partecipazione delle parti sia obbligatoria per tutta la durata del procedimento. Non si ravvisano, invece, elementi che depongano nel senso della obbligatoria partecipazione "personale" delle parti né della impossibilità di conferire procure ad hoc³⁰ e tuttavia il confronto immediato e diretto tra le persone coinvolte nel conflitto, e tra queste e il conciliatore, potrebbe risultare essenziale in una procedura che si basa sulla ricerca di un accordo negoziato: mi pare dunque opportuno quantomeno riconoscere al Collegio (o al giudice in sede di conferimento dell'incarico) il potere di richiedere la presenza personale delle parti al tentativo di conciliazione

6. Il termine perentorio di durata massima del procedimento

Il terzo comma dell'art. 8 fissa un termine di durata massima della procedura di sei mesi a decorrere dal deposito del ricorso, termine espressamente qualificato come perentorio, e come tale ai sensi dell'art. 152 c.p.c., non prorogabile. Il carattere di perentorietà attribuito ad un termine per lo svolgimento di un'attività lato sensu processuale appare a mio parere fortemente problematica. Se, infatti, è evidente la ratio acceleratoria della disposizione, occorre considerare che il termine di sei mesi, seppur non ridottissimo, risulta non adeguato nelle ipotesi maggiormente complesse sia da un punto di vista medico legale che da un punto di vista procedurale per il numero di soggetti coinvolti e per le sopra evidenziate difficoltà nella scelta dei consulenti.

Nella mia esperienza personale, infatti, non è infrequente che il procedimento duri più di sei mesi, se si considera il tempo necessario per l'instaurazione del contraddittorio o della necessità di integrarlo quando non sia stato convenuto un litisconsorte necessario o di rinnovare notifiche nulle, per le eventuali chiamate di terzo, per la nomina del collegio peritale che risponda a tutte i requisiti normativamente richiesti, per l'espletamento delle operazioni peritali, per il tentativo di conciliazione, nonché per l'eventuale redazione della relazione.

Dall'altro assai dubbie risultano essere le conseguenze che l'inosservanza del succitato termine perentorio può comportare.

²⁹ Zulberti M. "La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17" in Rivista dell'Arbitrato, fasc.1, 1 MARZO 2018

³⁰ In senso contrario Vaccari M. "L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria" in Ridare.it e Consolo C., Bertolini P., Buonafede A., Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato, in Corriere giur., 2017, 763,



Taluni hanno, infatti, affermato che in caso di violazione del termine perentorio “la conseguenza non potrà che essere quella della inutilizzabilità, nel successivo giudizio, degli accertamenti che dovessero essere espletati dopo la scadenza del predetto termine e a fortiori della relazione che fosse stata depositata dopo quel momento³¹. In tale ottica dunque il giudice del giudizio di merito sarà tenuto a rinnovare quelle attività, con conseguente ritardo e aggravio di costi.

Altri³², invece, partendo dal dato testuale della norma affermano che l'unica conseguenza connessa al mancato rispetto del termine perentorio di sei mesi è che l'attore potrà ritenere munita di procedibilità la sua domanda e instaurare o continuare il giudizio³³ mentre l'attività svolta seppur tardivamente nell'ambito dell'accertamento tecnico tra le medesime parti potrà comunque essere utilizzata nel successivo giudizio di merito.

Al di là della criticabilità del dato normativo, mi pare comunque preferibile tale ultima tesi e opportuno ritenere che la scadenza del termine semestrale rilevi unicamente ai fini della individuazione del dies a quo dell'ulteriore termine di novanta giorni entro il quale la parte ha l'onere di promuovere il giudizio di merito, e non invece per l'attività peritale che potrebbe quindi proseguire almeno fino all'udienza nella quale il giudice del merito potrebbe poi ulteriormente prorogare il termine delle attività stesse. Ipotizzare che alla scadenza del termine semestrale il Collegio peritale debba comunque terminare le operazioni e che in caso contrario ogni attività svolta successivamente sarebbe nulla costringerebbe il giudice del giudizio di merito a rinnovare la consulenza vanificando le attività peritali comunque regolarmente compiute.

7. Il giudizio di merito: termini e rito applicabile

Il comma 3 dell'art. 8 prevede che 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 salvati, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è 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.

La norma impone, dunque, all'attore di introdurre il giudizio di merito entro il termine, da ritenersi perentorio, di 90 giorni dal deposito della relazione o, qualora ciò non sia avvenuto, dalla scadenza del termine perentorio fissato per la conclusione del procedimento di ATP. In primo luogo si ritiene sia da escludere che il rispetto di detto termine sia richiesto “sia per rendere procedibile la domanda sia per assicurarne gli effetti”, e che in tal modo il legislatore avrebbe imposto una “doppia condizione di procedibilità” ossia prima l'attivazione del procedimento di ATP e, una volta concluso lo stesso, il rispetto del termine per proporre il giudizio di merito³⁴. La perentorietà del suddetto termine di 90 giorni deve, a mio parere, 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 per rendere procedibile la domanda di merito. Se depositato oltre la scadenza del termine di 90 giorni, il ricorso è, dunque, procedibile ma può produrre solo ex novo i suoi effetti sostanziali e processuali³⁵. La parte che vuole 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.

³¹ Vaccari M. “L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria” in *Ridare.it*

³² Ruvolo M e Ciardo S. “Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?” in *questionegiustizia.it*

³³ La Corte costituzionale ha affermato più volte che la garanzia del diritto di azione tollera dilazioni temporali al suo esercizio, in vista della salvaguardia di interessi generali, come l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari. Cfr. Corte cost. n. 276 del 2000

³⁴ In tal senso invece Vaccari M. L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria in *Ridare.it*

³⁵ Dalla lettera della norma parrebbe doversi attribuire analoga conseguenza al caso in cui la parte, anziché proporre ricorso nelle forme di cui all'art. 702-bis, promuova il giudizio nelle forme ordinarie, contravvenendo al favor che il legislatore ha voluto riservare al rito sommario. Ma si tratta di conclusione tutt'altro che pacifica e condivisibile, in assenza di una norma che chiaramente escluda il beneficio in questo caso e di una giustificazione logica in grado di legittimare una simile esclusione. In tal senso vd. Cuomo Ulloa F. *Risoluzione alternativa cit.*



Occorre, poi, verificare quali sono questi “effetti sostanziali e processuali della domanda” che vengono “assicurati” dalla tempestiva proposizione della domanda di merito³⁶.

In primo luogo viene in rilievo l'effetto interruttivo della prescrizione ex art. 2945, comma 2, c.c. e verosimilmente anche l'effetto sospensivo di cui all'art. 2945, comma 2 cc laddove si attribuisca al procedimento ex art. 696 bis c.p.c. natura latamente conservativa³⁷. Si è, peraltro, evidenziato come il vantaggio che il legislatore intenderebbe attribuire a chi propone tempestivamente il giudizio di merito possa non essere particolarmente rilevante atteso che la proposizione del ricorso, ex art. 696-bis c.p.c., produce di per sé l'effetto interruttivompeditivo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943 c.c., co. 1, in relazione al diritto oggetto della richiesta istruttoria, tenuto conto che il ricorso per accertamento tecnico preventivo, in quanto diretto ad acquisire elementi di prova in funzione della conferma della fondatezza della pretesa sostanziale dedotta dal ricorrente, integra la proposizione di un giudizio conservativo, come tale rientrando nell'espressa previsione di cui alla citata norma, configurando un'iniziativa processuale con la quale, il medesimo ricorrente inequivocabilmente manifesta alla controparte la propria volontà di esercitare il diritto in questione. La nuova norma aggiungerebbe, al più, il solo effetto sospensivo impedendo il decorrere del termine di prescrizione dalla data del deposito della prima domanda (anziché dalla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di merito) e fino alla pronuncia della decisione del giudizio di merito.

Si ritiene, in secondo luogo, che fra gli effetti sostanziali della domanda vada incluso anche l'impedimento della decadenza³⁸, laddove si ravvisino termini decadenziali con riferimento alle controversie soggette alla condizione di procedibilità di cui all'art. 8 in esame, che invece non viene di norma riconosciuto al ricorso ex art. 696-bis.

Per quanto attiene agli effetti processuali della domanda per consulenza tecnica preventiva, viene senz'altro in rilievo l'art. 5 c.p.c., in forza del quale la competenza e la giurisdizione vanno determinate in base allo stato di fatto ed alla legge vigente al momento della domanda e che dunque se il giudizio di merito viene introdotto nel termine prescritto, la competenza e la giurisdizione dovranno essere determinate in base allo stato di fatto e di diritto vigente al momento del deposito del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. Dubbio è se fra gli effetti processuali della domanda vada inclusa anche la litispendenza³⁹.

Il testo normativo prevede, poi, che in caso di esito negativo della conciliazione il danneggiato proceda nel merito con il procedimento sommario ex art. 702 bis cpc che dovrebbe garantire una maggiore celerità. Vi è tuttavia il dubbio se le controversie in oggetto debbano essere sempre e comunque trattate nell'ambito di procedimenti sommari di cognizione. Quanto alla opportunità di tale previsione mi limito a sottolineare che, se in un numero ridottissimo di casi, la causa di merito può essere decisa sulla sola base della CTU e dunque l'abbinata “consulenza preventiva- rito sommario” appare astrattamente idonea a realizzare il fine acceleratorio e deflattivo che le norme si prefiggono, nella maggior parte delle controversie in materia sanitaria in primo luogo vengono poste anche questioni che esulano dal tema affrontato dal consulente in via preventiva (si pensi al consenso informato, ai danni non patrimoniali diversi da quello biologico, ai danni parentali, danni patrimoniali) e che richiedono talvolta una

³⁶ Zulberti M. La consulenza tecnica preventiva cit. evidenzia come questo sia “un interrogativo di non agevole soluzione, posto che l'individuazione degli effetti della domanda di consulenza tecnica preventiva è discussa su un piano generale”. Sul tema si vd. Pezzani M.T., Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, in Riv. dir. proc., 2013, 44 ss.

³⁷ La dottrina prevalente ritiene applicabile l'art. 2945, comma 2, c.c. al procedimento ex art. 696 bis c.p.c.: cfr. Tedoldi A. La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c., in Riv. dir. proc., 2010, 811; e Pezzani M.T., Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva, cit., 59 ss..

³⁸ In senso contrario Zulberti M. La consulenza tecnica preventiva cit.che sottolinea che “l'art. 2966 c.c. stabilisce che «la decadenza non è impedita se non dal compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto», trattandosi essi di atti tipici non suscettivi di equipollenti. Soluzione, quest'ultima, in linea con quanto si afferma per le domande di istruzione preventiva che, data la loro natura di atto introduttivo di un procedimento meramente strumentale e preparatorio, non sono idonee ad impedire il verificarsi di eventuali termini di decadenza previsti per l'esercizio del diritto”.

³⁹ In senso positivo vd Cuomo Ulloa F. La risoluzione alternativa cit. In senso negativo, invece, Zulberti M. La consulenza tecnica preventiva cit che riconnette la litispendenza solo alla all'introduzione del giudizio di merito con la conseguenza che “se sia proposta la domanda di merito ad un giudice diverso da quello che ha trattato il procedimento per consulenza tecnica preventiva è ad essa che ci si deve riferire per stabilire il momento di pendenza della lite, ancorché la medesima domanda sia successivamente riproposta al giudice del procedimento di istruzione preventiva con le forme e nel termine di cui all'art. 8 in esame”.



istruttoria anche molto complessa, e dall'altro che l'ATP non assume in alcun modo carattere di definitività, non maturando in sede di procedimento ex art. 696 bis c.p.c. alcuna preclusione istruttoria. I convenuti in sede di ricorso ex art. 702 bis c.p.c. ben potrebbero, dunque, produrre nuovi documenti ed articolare prove volte a contrastare le conclusioni raggiunte in sede di ATP. Come è stato peraltro sottolineato "La previsione in esame risulta anche irragionevole dal momento che parifica, ai fini della scelta del procedimento semplificato, l'ipotesi in cui vi sia stato il tempestivo deposito della relazione del CTU, e a fronte della quale si giustifica la scelta di un giudizio sommario, a quella in cui esso non sia avvenuto o sia stato tardivo e occorra quindi un compiuto accertamento del quantum del danno"⁴⁰.

Va, inoltre, evidenziato che la norma fa esplicitamente riferimento all'introduzione della domanda con il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. solo in relazione all'ipotesi di assolvimento della condizione di procedibilità mediante ricorso alla consulenza preventiva a fini conciliativi e che, dunque, il danneggiato che ha scelto la mediazione ben potrebbe, invece, agire con il rito ordinario di cognizione senza peraltro essere tenuto a rispettare il termine di 90 giorni per la presentazione del ricorso⁴¹. L'ultimo comma dell'art. 8, infatti, era calibrato sull'ATP e non è stato riformulato all'esito della introduzione, nell'ultima versione parlamentare dell'impianto normativo, dell'alternativa della mediazione⁴².

Da taluni⁴³ si è, peraltro, ritenuto che il giudizio di merito successivo al procedimento stragiudiziale obbligatorio non vada necessariamente introdotto con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. ben potendo l'attore scegliere di introdurre il giudizio di merito con il rito ordinario a prescindere dal fatto che egli abbia esperito la mediazione o l'atp conciliativo prima del giudizio. Al Tribunale di Roma si ritiene che in linea di massima ove la parte abbia assolto la condizione di procedibilità con il procedimento per ATP ex art. 696 bis c.p.c. il giudizio di merito andrà introdotto con ricorso ex art. 702 bis e svolto con il rito sommario, ove invece abbia svolto il tentativo di mediazione il giudizio di merito andrà introdotto con citazione e svolto con il rito ordinario.

Mi pare del tutto condivisibile, in ogni caso, la tesi secondo la quale ove anche l'attore avesse errato nella scelta del rito, l'unica conseguenza derivante da tale errore sarebbe la conversione dal rito ordinario al rito sommario. Allo stesso modo si ritiene che vada fatta salva la possibilità per il giudice, qualora ritenga che – pur essendo stato svolto il procedimento per atp- le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria, di convertire il rito in quello ordinario. Va, infatti, evidenziato che l'art. 8 richiama espressamente l'applicabilità degli artt. 702 bis e seguenti c.p.c. e quindi deve intendersi richiamato anche l'art. 702 ter co. 3 c.p.c. che prevede il mutamento del rito. Ove si ritenga, poi, che l'introduzione del giudizio di merito ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. sia necessitata e non soggetta alla scelta dell'attore, occorre chiedersi se l'erroneità del rito adottato abbia delle conseguenze anche per la salvezza degli effetti della domanda. Si ritiene che sia preferibile la tesi secondo la quale è idonea a produrre la salvezza degli effetti della domanda anche la citazione notificata (erroneamente, al posto del deposito del ricorso), purché depositata entro il limite dei novanta giorni al fine di rispettare la lettera della norma, ma soprattutto in applicazione di un noto orientamento giurisprudenziale che afferma l'equivalenza della citazione al ricorso e viceversa, tutte le volte in cui siano comunque rispettati i termini che la legge pone per lo svolgimento delle attività che, in base al rito di volta in volta previsto, sono necessarie ai fini dell'instaurazione del processo (di primo grado o di appello) o della sua riassunzione.

8. Il rilievo dell'improcedibilità

L'art. 8 della L. 24/2017 prescrive che l'improcedibilità vada eccepita dal convenuto o rilevata dal giudice, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza. Il rilievo d'ufficio è dunque obbligatorio e non facoltativo anche in difetto di

⁴⁰ Così sempre Vaccari M. in "l'ATP obbligatorio" cit.

⁴¹ Vd Hazan M. e Centonze S. "Responsabilità medica: al via la nuova legge sul rischio clinico e la sicurezza delle cure" in Il Quotidiano Giuridico e Ruvolo M. e Ciardo S. che sottolineano che "non si saprebbe da quando fare decorrere (il termine) senza neppure considerare che questo termine è poco compatibile con la minore durata massima del procedimento di mediazione, che è, per il D.lgs. 28/2010, di tre mesi.

⁴² Esso fa infatti riferimento al deposito della relazione del tecnico, alla scadenza del termine perentorio per l'ATP, all'introduzione del sommario di cognizione davanti allo stesso giudice dell'ATP

⁴³ Si veda in tal senso il protocollo sull'ATP ex art. 8 Legge Gelli dell'Osservatorio Valore Prassi del Tribunale di Verona



eccezione di parte, dovendosi, peraltro, ritenere che ove la parte non la eccepisca ed il giudice non la rilevi l'assenza della condizione di procedibilità sia sanata.

La norma prevede, inoltre, che quando il giudice rileva che il procedimento di cui all'articolo 696 bis cpc non sia stato espletato ovvero che sia iniziato ma non si sia concluso, e che quindi allo stato la domanda sia improcedibile, "assegna alle parti il termine di 15 giorni per presentare dinanzi a sé l'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento"⁴⁴.

Due sole righe, ed anche piuttosto oscure, il legislatore ha dedicato alla disciplina del raccordo tra condizione di procedibilità e domanda di merito. Purtroppo, come ben sa chi si occupa della materia, i problemi che si presentano al giudice che deve affrontare – su eccezione o d'ufficio poco importa – la questione della procedibilità o meno della domanda sono numerosissimi.

Partendo dall'ipotesi, per certi versi più semplice, della introduzione del giudizio di merito non preceduto né da atp né da mediazione. In tal caso, instaurato il processo senza l'osservanza della condizione di procedibilità e rilevata d'ufficio o eccepita dal convenuto l'omissione entro la prima udienza, il giudice dovrà assegnare alle parti il termine di quindici giorni per lo svolgimento dell'attività omessa. Ci si è chiesto se il giudice sia tenuto ad assegnare il termine per il deposito del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. ovvero possa assegnare, eventualmente in alternativa, il termine per proporre istanza di mediazione ai sensi dell'art. 5 dlgs 28/2010. La norma fa, infatti, riferimento al solo procedimento di consulenza tecnica preventiva. Si ritiene che il disposto sia frutto dell'ennesima svista dovuta al tardivo inserimento della mediazione come modalità alternativa di assolvimento della condizione di procedibilità che, come abbiamo già visto ha determinato il mancato coordinamento con le restanti parti dell'art. 8 e che dunque il termine possa alternativamente essere assegnato per la presentazione dell'istanza ex art. 696-biscpc innanzi allo stesso giudice oppure per la presentazione dell'istanza di mediazione ex art. 5, comma 1-bis, d.lgs 28/2010 innanzi ad un organismo di mediazione, sembrando irragionevole che l'alternatività prevista dallo stesso legislatore per l'integrazione della condizione di procedibilità valga solo prima della pendenza della lite nel merito⁴⁵. Né pare possibile limitare la concessione di un termine per la proposizione della istanza di mediazione alla sola ipotesi in cui l'attore abbia introdotto il giudizio di merito con il rito ordinario. Si ritiene, peraltro, che una volta divenuta procedibile la domanda, il processo possa continuare secondo il rito ordinario o sommario prescelto dall'attore fatta salva la valutazione del giudice in ordine alla l'opportunità di mutare il rito.

A mio parere, inoltre, sarebbe possibile che il giudice si limiti ad assegnare il termine per assolvere ad una delle due condizioni di procedibilità consentendo all'attore di sanare l'improcedibilità mediante la procedura che ritiene più idonea⁴⁶.

In ogni caso laddove vada introdotta - ovvero sia prescelta dall'attore - la procedura per atp, l'istanza deve assumere la forma del ricorso con cui la parte chiede al giudice, già investito del merito della causa, la nomina del CTU affinché questi proceda all'esame tecnico e al tentativo di conciliazione.

Più complessa è l'ipotesi in cui uno dei due procedimenti qualificati come condizione di procedibilità sia stato avviato ma non si sia concluso alla data della prima udienza. Ovviamente in tal caso l'invito del giudice rivolto alle

⁴⁴ Sulla natura del termine assegnato dal giudice per presentare il ricorso per ATP o l'istanza di completamento vi è contrasto in giurisprudenza. Infatti a fronte di un indirizzo che si è espresso nel senso che il termine sia ordinatorio al pari di quello previsto per l'espletamento della mediazione (Trib. Como, 12 gennaio 2015; Trib. Trapani 6 febbraio 2018), altro lo ritiene perentorio (Trib. Milano 27 novembre 2015; Trib. Firenze, 14 settembre 2016), mentre secondo un terzo orientamento si tratterebbe di un termine non processuale, e come tale liberamente gestibile da parte del giudice (Trib. Roma, sez. XIII, 14 luglio 2016; App. Milano, 7 giugno 2017).

⁴⁵ Ruvolo M., ATP conciliativo ed altri profili processuali della legge 24/2017 sulla nuova responsabilità sanitaria, in Ridare e Zulberti M. La consulenza tecnica preventiva cit che sottolinea come "il giudice potrebbe ritenere che la controversia non dipenda, neanche in parte, da questioni tecniche o, semplicemente, che sia maggiormente opportuno il procedimento di mediazione, anche in un'ottica di contenimento dei costi, come ad esempio quando sia già stato disposto accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 696 c.p.c."

⁴⁶ In tal senso anche Vaccari M. L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria in Ridare.it il quale afferma che "qualora il procedimento non sia stato nemmeno iniziato, il giudice, nell'assegnare il predetto termine, dovrà avere l'accortezza di precisare che esso varrà sia per il deposito dell'istanza di mediazione che per il deposito dell'istanza di ATP, e ciò al fine di assicurare l'effettiva alternatività tra i due istituti



parti per il suo completamento non potrebbe che riguardare il procedimento già pendente in quanto già scelto dall'istante e così se l'attore ha proposto istanza di mediazione il giudice dovrà procedere ai sensi dell'art. 5 dlgs 28/2010 che dispone che "Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6".

Ove l'attore abbia proposto ricorso per ATP e questo non si sia concluso l'art. 8 prevede che il Giudice debba assegnare un termine di 15 giorni per il deposito di una "istanza di completamento del procedimento". Taluni hanno ritenuto che in tal caso "la parte potrà depositare un'istanza di prosecuzione del procedimento a seguito della quale il giudice convocherà le parti ed il Collegio peritale per stabilire, alla luce di quanto già svolto fino a quel momento, le modalità di completamento della procedura"⁴⁷. Al Tribunale di Roma riteniamo, tuttavia, che se il procedimento ex art. 696-bis c.p.c. sia iniziato ma non ancora concluso, il giudice possa limitarsi a fissare una udienza per il giudizio di merito in data successiva al completamento del procedimento di ATP.

Tale sarà, poi, senz'altro il *modus procedendi* laddove alla prima udienza sia già decorso il termine massimo di durata del procedimento per ATP di sei mesi atteso che in questa ipotesi la condizione di procedibilità dovrà considerarsi già avverata ed il giudice dovrà solo disporre una proroga delle operazioni peritali ed un rinvio per consentire il tentativo di conciliazione ed in caso di esito negativo il deposito della relazione⁴⁸.

Deve, infine, osservarsi che l'art. 8 della legge n. 24/2017 non indica le modalità di prosecuzione del giudizio di merito dopo che il giudice abbia rilevato il mancato esperimento o il mancato completamento della consulenza preventiva e le parti ne abbiano tempestivamente richiesto l'avvio o la prosecuzione, mancando una previsione simile a quella relativa alla mediazione obbligatoria che impone la fissazione di un'udienza successiva alla scadenza del termine per l'espletamento o il completamento della procedura. Non è chiaro, dunque, come prosegua il giudizio di merito, nell'ipotesi in cui ovviamente non si sia raggiunta la conciliazione.

Secondo una lettura rigorosa della norma⁴⁹ a seguito dell'esaurimento del procedimento di consulenza preventiva, la parte avrebbe l'onere di proporre ricorso ex art. 702-bis ai sensi del comma 3, dell'art. 8, ricorso che tuttavia, essendo il giudizio già pendente, dovrebbe valere come atto di impulso endoprocessuale finalizzato alla riassunzione del giudizio stesso. Ove poi il giudizio fosse stato promosso nelle forme ordinarie e non in quelle sommarie, a seguito del ricorso/riassunzione, si avrebbe una conversione automatica del rito in applicazione analogica dell'art. 5 del d.lgs. n. 150/2011; nel caso in cui il giudizio fosse stato già promosso nelle forme del rito sommario, sarà comunque necessario un nuovo ricorso/riassunzione non seguito però da alcuna conversione.

All'attore, in quest'ottica, incomberebbe l'onere di manifestare il proprio perdurante interesse alla prosecuzione del processo (già avviato senza il previo esperimento della condizione di procedibilità) nonostante l'esito della consulenza o pur in assenza della consulenza.

Si ritiene, tuttavia, del tutto condivisibile l'opinione di chi⁵⁰ ritiene che la previsione di cui al comma 3 riguarderebbe la sola ipotesi fisiologica di svolgimento della consulenza preventiva prima dell'avvio del giudizio di merito ed esclude che nel caso in esame sia necessario un ulteriore atto di impulso, consistente nel deposito del ricorso sommario ex art. 702 bis c.p.c.. Trattandosi di un sub procedimento giudiziale e strumentale rispetto al giudizio già pendente che si svolge dinanzi allo stesso giudice, il suo avvio non dovrebbe, infatti, comportare la sospensione del processo che rimane dunque pendente, ancorché temporaneamente non procedibile. Una volta completata la consulenza tecnica ed esaurito inutilmente il tentativo di conciliazione, il giudizio dovrebbe pertanto poter proseguire, con l'acquisizione dell'elaborato peritale, fino alla decisione di merito. Così ritenendo non occorrerebbe un ulteriore ricorso della parte né alcun atto di riassunzione del giudizio ma più semplicemente quest'ultimo potrebbe proseguire all'udienza già fissata nel corso della quale il giudice dovrà dichiarare invece l'improcedibilità della domanda, ove rilevi che nessuna delle parti ha tempestivamente attivato/proseguito il procedimento conciliativo.

⁴⁷ Cuomo Ulloa F. Risoluzione alternativa delle controversie cit.

⁴⁸ In tal senso anche Ruvolo M e Ciardo S. "Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia" in questionegiustizia.it.

⁴⁹ vd Consolo C., Bertolini P., Buonafede A., Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" cit., 766, —

⁵⁰ Cuomo Ulloa F. op cit



Vi è anche chi⁵¹, a mio parere condivisibilmente, ritiene che “anche in questo caso ci si trova al cospetto di una svista del legislatore, che ha dimenticato di aggiungere che, nell’assegnare il termine alle parti, deve anche indicare un’udienza successiva alla prima nella quale verificare se la condizione è stata espletata oppure no. Orbene, sembra ragionevole ritenere che, in analogia con quanto disposto dall’art. 5, comma 1-bis cit., egli debba comunque indicare tale udienza, con la sola accortezza di individuare una data che, a seconda dei casi, sia superiore ai tre mesi (nel caso in cui il “filtro” prescelto sia la mediazione) oppure superiore ai sei mesi (nel caso in cui il “filtro” prescelto sia la consulenza tecnica preventiva)”.

Tale soluzione consente peraltro di ovviare ad una serie di problemi pratici che insorgono quotidianamente per questo difficile raccordo tra atp e giudizio di merito. Al Tribunale di Roma ad esempio accade che se l’attore – una volta esaurita la procedura ex art. 696 bis c.p.c. ovvero la mediazione disposta dal giudice alla prima udienza del giudizio di merito - propone ricorso ex art. 702 bis c.p.c. per “riassumere” o riattivare il giudizio di merito, a tale ricorso viene dalla cancelleria attribuito un nuovo numero di ruolo generale e si determina una duplicazione di procedure identiche.

Non è da escludersi inoltre che la proposizione di un nuovo ricorso ex art. 702-bis c.p.c. possa costituire l’occasione per l’attore per modificare la domanda originaria laddove tale esigenza sia indotta dagli esiti della consulenza tecnica, con ulteriori difficoltà di coordinamento.

Resta da vedere cosa avviene nel caso in cui, nonostante il giudice abbia ordinato l’assolvimento della condizione, la domanda di consulenza tecnica preventiva non venga mai presentata. Anche qui, come in caso di mediazione obbligatoria, la norma si limita a stabilire che l’esperienza del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, senza specificare chiaramente quale sia la sorte della richiesta risarcitoria ove tutte le parti lascino inadempito l’ordine dato dal giudice. Se si optasse per la soluzione più rigorosa sopra evidenziata occorrerebbe attendere la presentazione del ricorso ex art 702 bis e quindi dichiarare la definitiva improcedibilità del giudizio di merito. E’ ben possibile, tuttavia che l’attore conscio della verosimile declaratoria di improcedibilità non presenti mai il ricorso ex art. 702 bis c.p.c.. In tal caso dovrebbe ritenersi che il convenuto, che abbia interesse a ottenere la declaratoria di improcedibilità presenti egli stesso il ricorso al solo fine di giungere alla sentenza di improcedibilità.

Nel caso, invece, in cui si ritenga che il giudice possa fissare l’udienza di prosecuzione del giudizio contestualmente al provvedimento con il quale assegna termine per assolvere o completare la procedura, il Giudice all’udienza così fissata, dato atto della inosservanza del termine assegnato provvederà con sentenza a dichiarare l’improcedibilità della domanda.

9. La acquisizione della consulenza nel giudizio di merito

L’art. 8 nulla dispone in ordine alla “trasmigrazione” della consulenza redatta in sede di atp conciliativo nel giudizio di merito. L’art. 696 bis al co. 5 prevede, invece, espressamente che “ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito”. Al generico ricorso ex art. 696 bis c.p.c. si ritiene, poi, applicabile il disposto del successivo art. 698 che prevede che “l’assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito” e che “i processi verbali delle prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso”.

Occorre, dunque, verificare se anche in materia di atp svolto ai sensi del comb. Disp. degli art. 696 bis c.p.c. e art. 8 L. 24/2017 l’acquisizione in giudizio della relazione peritale sia soggetta ad una ulteriore valutazione di ammissibilità da parte del giudice del merito. A mio parere, deve escludersi un tale vaglio di ammissibilità ma deve anche ritenersi che il Giudice non sia vincolato all’istanza di parte ben potendo (ed anzi dovendo) disporre l’acquisizione della consulenza anche d’ufficio altrimenti si finirebbe per svalutare del tutto la ratio della riforma, che, invece, fa leva proprio sul vantaggio istruttorio costituito dalla trasponibilità in sede giudiziale dei risultati tecnici del procedimento

⁵¹ Dalfino D. Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell’onere della prova in Questionegiustizia.it



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

preventivo fermo restando il potere del giudice di disporre accertamenti supplementari ed anche una nuova perizia, qualora la ritenga necessaria alla luce di nuovi elementi di fatto emersi nel giudizio di merito.

Resta inteso che, ai sensi dell'art.696-bis, ultimo comma, c.p.c. si debba procedere all'acquisizione della sola relazione tecnica, ma è indubbio che sia facoltà della parte richiedere al giudice l'acquisizione dell'intero fascicolo concernente l'accertamento tecnico preventivo laddove intenda avvalersi anche della documentazione medica prodotta in quella fase, magari ai fini di un rinnovo della CTU o per riproporre un'eccezione di nullità o inutilizzabilità del procedimento o della consulenza. A questo proposito occorre ricordare che l'udienza conclusiva ex art. 696-bis c.p.c. - non prevista dalla norma, ma usualmente disposta al Tribunale di Roma – alla quale il giudice, in contraddittorio con le parti, prende atto del deposito della relazione peritale e dichiara l'estinzione del procedimento non reca alcuna valutazione in ordine alla correttezza, sufficienza e adeguatezza dell'elaborato depositato dai consulenti, ma ha il solo fine di controllare la regolare conclusione delle operazioni peritali.